

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**CONCORRÊNCIA E CONSUMIDOR:
DÚPLICE CAPITULAÇÃO DA VENDA CASADA**

DANIELA COPETTI CRAVO

Porto Alegre

2013

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

**CONCORRÊNCIA E CONSUMIDOR:
DÚPLICE CAPITULAÇÃO DA VENDA CASADA**

Autora: Daniela Copetti Cravo

Orientador: Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa “Fundamentos Dogmáticos da Experiência Jurídica”, ênfase II: “consumidor e concorrência”.

Porto Alegre
2013

FOLHA DE APROVAÇÃO**CONCORRÊNCIA E CONSUMIDOR:
DÚPLICE CAPITULAÇÃO DA VENDA CASADA**

DANIELA COPETTI CRAVO

_____ de _____ de 2013

Prof. Dr. Augusto Jaeger Junior
Orientador

Prof. Dr. Roberto Pfiffer

Prof. Dr. Cristiano Schmitt

Prof. Dr. Bruno Miragem

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, Angela e Ricardo, por terem dedicado grande parte de suas vidas na minha educação. O apoio e o incentivo desses muito colaboraram não só para a realização desta etapa de mestrado, como para todas as outras conquistas e aventuras da minha vida.

Aos meus irmãos, Augusto e Vanessa, por serem tão exemplares e brilhantes. Preciso agradecer, com destaque, à Vanessa, por todo o apoio desde o início da minha vida acadêmica, seja emprestando seus livros, seja dando conselhos e tirando dúvidas. Ao meu cunhado, William, e à minha sobrinha, Laurinha, esta só por existir e ser tão fofa! Aos demais familiares que, mesmo de longe, sempre torcem pelo meu sucesso.

Às queridas amigas – Camila, Luciana e Paola – por serem tão divertidas e, obviamente, pela ótima e grande amizade, que extrapola qualquer jurisdição. Às estudiosas amigas, Carol, Daiane, Elisa, Flávia, Júlia e Juliana, por serem um exemplo de dedicação, lembrando, sempre, que: “eu confio em cada uma de vocês”. À Clarissa, grande *roomate* nos Estados Unidos, à Lívia, minha prima *young*, e à Stella, sempre com papos fantásticos sobre os lugares mais inusitados do planeta, pela amizade.

Aos amigos brasileiros, Felipe, Gabriel, João, Júlia, Mariana, Rafaela e Teresa, pelo belo acolhimento na Capital Federal. Às ATPS, Angélica, Débora, Larissa e Marília, por tornarem nossa carreira bem mais alegre.

Ao orientador, Professor Dr. Augusto Jaeger Jr., por toda dedicação, atenção e apoio. Sem isso, essa dissertação não se tornaria realidade! Aos colegas de mestrado, pela ajuda e pela motivação, nos momentos de dúvida e angústia, inerentes a essa longa caminhada acadêmica. Aos professores do PPGDir da UFRGS, em especial, à Professora Dra. Claudia Lima Marques e ao Professor Dr. Bruno Miragem, por terem proporcionado, com a disciplina do Diálogo das Fontes, boas idéias a esta dissertação. Ao Professor Dr. Bruno Miragem, também, por ter participado da banca de qualificação, juntamente com o Professor Dr. Cristiano Heineck Schmitt, ao qual igualmente agradeço. Agradeço a esses dois professores não apenas pela participação, mas principalmente pelas sugestões, que foram todas aceitas e inseridas na presente dissertação.

À Secretaria do PPGDir da UFRGS, em especial à Rose e à Denise, por serem, sempre, tão atenciosas.

À Assessoria Jurídica da SAS/MS e à CGMAC/SAS/MS e seus integrantes, pela recepção e pela oportunidade de crescimento.

À CAPES, pela Bolsa, e à SEAE/MF, pelo prêmio. Esses dois incentivos foram fundamentais para a continuidade dos meus estudos.

Ao CADE, pela oportunidade de conhecer melhor suas atividades, por meio do programa de intercâmbio (PINCADE). Ao Conselheiro Eduardo Pontual e aos Gestores Alden Sousa e Daniel Boson, por terem compartilhado, nessa oportunidade, seus conhecimentos. Aos pincadistas, pelos divertidos momentos no programa e na ENAP.

Ao Prof. Dr. Luciano Benetti Timm, pelas primeiras lições na matéria e na pesquisa científica. Agradeço, ainda, a esse e ao Dr. Rafael Bicca Machado, pela oportunidade de experiência profissional no Carvalho, Machado, Timm & Deffenti Advogados.

Ao IDERS, pela possibilidade de discussão da pesquisa sobre venda casada no VI Congresso de Direito e Economia, em que foi possível colher algumas sugestões e propostas para o aperfeiçoamento da dissertação.

RESUMO

Apesar dos princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor estar lado a lado em sede constitucional e terem uma relação bastante íntima, tendo em vista o objetivo comum que os une, percebe-se, com poucas ressalvas, que a defesa da concorrência e a defesa do consumidor, no Brasil, sempre se mantiveram quase que incomunicáveis. Um exemplo de conduta que realça essa íntima interface entre Defesa do Consumidor e da Concorrência é o abuso de posição dominante, que tem como uma das suas principais manifestações a venda casada (*tying* ou *vente liée*). A venda casada, por gerar danos à livre concorrência e constituir-se como uma falha interna na relação de consumo, vem a ser capitulada como prática abusiva no Código de Defesa do Consumidor (CDC) e como infração à ordem econômica na Lei de Concorrência. Assim, a prática comercial pode vir a ser reprimida simultaneamente pelas duas esferas, o que impinge um diálogo entre a tutela da concorrência e a tutela do consumidor. Desta feita, a presente dissertação visou a responder aos seguintes problemas de pesquisa: (i) qual o liame entre defesa do consumidor e da concorrência? (ii) Como essas defesas podem ser mais bem coordenadas e harmonizadas? (iii) É necessária a dúplice capitulação? (iv) como articular as defesas, a fim de que resultados mais efetivos no que toca ao bem-estar do consumidor possam ser atingidos? A conclusão que se chegou é que a dúplice repressão à venda casada – não só não constitui um *bis in idem* – como é necessária. Não há que se falar em repressão apenas pela esfera da concorrência ou pela do consumidor, uma vez que, como bem salientado ao longo do presente estudo, em ambas as hipóteses restaria o consumidor desprotegido, sem mecanismos de defesa. Dessarte, poderá haver a aplicação simultânea da Lei Antitruste e do Código do Consumidor a uma prática de venda casada, sendo que cada uma irá atuar em um nível diferente de proteção ao consumidor: a primeira de forma macro e a segunda, micro. No entanto, para que essa dupla tutela se torne eficaz, é necessário uma coordenação entre essas duas leis, a fim de que se preserve a coerência do sistema.

PALAVRAS-CHAVE: Livre Concorrência, Consumidor, Venda Casada

ABSTRACT

Although the principle of free competition and consumer protection are side by side in the constitutional seat and have a very intimate relationship, In view of the common goal that bind them, it is clear, with few exceptions, that antitrust and consumer protection in Brazil, always remained almost unreachable. An example of conduct that emphasizes this intimate interface between Consumer and Competition is the abuse of a dominant position, which has as one of its main manifestations the tying. The tying, since generates damage to competition and to the consumers, is typified as a violation of the economic order in the Competition Act and as an abusive practice in the Consumer Protection Code. Thus, commercial practice is likely to be suppressed simultaneously by the two spheres, which enforces a dialogue between the protection of the consumer and the protection of competition. Therefore, this thesis aims to answer the following research problems: (i) what is the link between consumer protection and competition protection? (ii) How these defenses can be better coordinated and harmonized? (iii) The dual capitulation is required? (iv) How to articulate the defenses to achieve more effective results, when it comes to the welfare of the consumer? The conclusion reached is that the twofold repression of tying - not only isn't a *bis in idem* - as it is needed. There is no way to speak of repression only by the sphere of competition or of consumer, since, as stressed throughout this study, in both cases the consumer would be left unprotected, without defense mechanisms. Thus, is possible that in a practice of tying occurs the simultaneous application of the Antitrust Act and the Consumer Protection Code. Each of these laws will act on a different level of consumer protection: the first, in the macro level and the second, on the micro. However, for this dual control becomes effective, it is necessary coordination between these two laws, in order to preserve the coherence of the system.

KEYWORDS: Free Competition, Consumer, Tying

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
I. RELAÇÃO ENTRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DEFESA DO CONSUMIDOR	13
A. DESENHOS DISTINTOS, OBJETIVO COMUM	13
A.1 Desenho Normativo e Institucional	13
A. 2 Objetivo Comum	33
B. HARMONIZAÇÃO E COORDENAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRENCIA E DA DEFESA DO CONSUMIDOR	58
B.1 O que Coordenar e Harmonizar	58
B.2 Como Coordenar e Harmonizar	75
II. CONDUTAS ABUSIVAS: DÚPLICE CAPITULAÇÃO DA VENDA CASADA.....	94
A. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE: PROTEÇÃO DIRETA AOS CONSUMIDORES.....	94
A.1 Prática Abusiva e Infração à Ordem Econômica.....	94
A.2 Abuso de Posição Dominante.....	110
B. DÚPLICE CAPITULAÇÃO DA VENDA CASADA	125
B.1 Venda Casada	126
B.2 Proposta de Harmonização e Coordenação	140
CONSIDERAÇÕES FINAIS	156
REFERÊNCIAS	159

INTRODUÇÃO

A defesa da concorrência tem como matriz histórica a política norte-americana consagrada com a edição do *Sherman Act*, em 1890, que visava à repressão dos *trusts*. Essa legislação inspirou inúmeras normas no mundo todo, principalmente a partir da emergência das Constituições Sociais, no século XX.

O Brasil adotou a mesma tendência, estabelecendo na Constituição de 1946 o papel do Estado na repressão do abuso de poder econômico e editando normas de cunho concorrencial. Essas, ao lado de outras leis que regulavam a prestação de serviços de saúde, o sistema financeiro e a economia popular, podem ser consideradas como as primeiras tentativas de tutela do consumidor.

No entanto, essa atenção aos consumidores por via reflexa, como demonstra a história, não foi suficiente para prevenir e reprimir o abuso por parte dos agentes econômicos. Inevitavelmente, surge um novo paradigma no que toca à proteção do consumidor, que tem como marco histórico a década de 60.

Um dos fatos mais marcantes dessa nova realidade foi, sem dúvida, a declaração do Presidente norte-americano, John Kennedy, ao Congresso em 15 de março de 1965. Nessa oportunidade, o Presidente frisou a famosa afirmação de que consumidores somos todos nós.

No Brasil, o movimento consumerista chega atrasado, apenas na década posterior, mas com força bastante para incluir o tema na agenda política. Tais esforços desaguam na década de 80, quando a defesa do consumidor se torna realidade, ao lado da redemocratização do país.

Outrossim, com a Constituição Federal de 1988, desenha-se uma ordem econômica balizada pelos Direitos Sociais. Nessa, exalta-se uma livre iniciativa condicionada, que deve observar o princípio da livre concorrência e o da defesa do consumidor, entre outros princípios.

Apesar desses dois princípios estar lado a lado em sede constitucional e terem uma

relação bastante íntima, percebe-se, com algumas poucas ressalvas, que a defesa da concorrência e a defesa do consumidor sempre se mantiveram quase que incomunicáveis. Tal situação começa a apresentar uma nova face a partir do contexto de Reforma do Estado, o qual absorveu os ideários do Consenso de Washington.

Nesse contexto de reforma, surge a proposta de alteração do sistema de defesa da concorrência. Junto à análise de modificações aos procedimentos técnicos substanciais e formais das autoridades antitruste brasileiras, muito se discutiu acerca do seu modelo institucional, e muitas propostas foram levantadas.

Uma dessas, inclusive, previa a criação de uma agência única, a Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC), que visava a reunir em uma mesma instituição o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Superada a fase de estudos e pesquisas acerca de um modelo institucional ideal à defesa da concorrência, concluiu-se pelo fortalecimento do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que, com a edição da Lei 12.529/11, absorveu as competências do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e passou a contemplar uma Superintendência-Geral com uma Procuradoria Geral, um Departamento de Estudos Econômicos e um Tribunal Administrativo. Ao Direito do Consumidor, por sua vez, coube a criação, em 2012, da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON).

Assim, diferentemente do que ocorre em outras jurisdições, o elo entre a Defesa do Consumidor e a da Concorrência não se encontra positivado em Lei única, nem recai em um modelo institucional unificado. Mas, onde estaria, pois, o liame que exige coordenação e harmonização dessas tutelas?

Sem embargo de toda a divergência de cunho jurídico e econômico que a questão enfrenta, é possível afirmar que o liame reside no estado de coisas que o Direito da Concorrência e o do Consumidor buscam promover. Esse estado, nada mais é, que o bem-estar do consumidor.

Evidentemente que, apesar dessa finalidade comum, as políticas terão lógicas e racionalidades distintas. A Defesa da Concorrência defende o interesse do consumidor sob a

ótica da oferta (*supply-side*), incidindo sobre as falhas externas do mercado, e a Defesa do Consumidor preocupa-se com as falhas internas da relação de consumo, atuando no lado da demanda (*demand-side*).

Apesar de certas diferenças no que toca à forma com que é exercida a tutela e o seu objeto direto, há pontos sensíveis em que o Direito do Consumidor e o da Concorrência interagem. Mas a que se referem esses pontos de interação?

Esses podem se referir tanto à atuação antitruste que gera benefícios aos consumidores, quanto à atuação consumerista que beneficia o ambiente competitivo. Há, ademais, situações em que ambas as políticas incidirão concomitantemente sobre o mesmo fato, conquanto seja aplicado a esse remédios distintos (e seria especificamente neste ponto de interação a maior necessidade de uma coordenação e harmonização das políticas).

Dentro do rol de condutas que são passíveis de repressão por parte do CADE, por gerarem prejuízos à livre concorrência, podemos notar que certas práticas não se relacionam com a proteção do consumidor – apenas – de uma forma indireta: pelo contrário, aquelas estão a esta intimamente relacionadas.

Em decorrência de tais peculiaridades, a doutrina aponta a repressão a essas condutas como o centro nervoso do Direito Concorrencial, em matéria de proteção do consumidor. O maior exemplo dessa densa interface entre Defesa do Consumidor e da Concorrência é o abuso de posição dominante.

O abuso de posição dominante é expressamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico, que, apesar de não definir esse fato, enumerou alguns comportamentos que se caracterizam como práticas abusivas mais triviais. Uma dessas práticas é a venda casada, a qual, na economia moderna, pode ser considerada como uma doença endêmica.

A venda casada está manifestamente presente no dia-a-dia do consumidor e causa-lhe extremo prejuízo, seja através da diminuição da sua opção de escolha e da exploração de suas deficiências motivacionais e informacionais, seja pelo pagamento de um preço superior ao devido. Esse ilícito pode ser encontrado nas operações mais simples, como até mesmo nas mais complexas, realizadas no mercado financeiro.

Além de ser tipificada como infração à ordem econômica pela Lei de Defesa da Concorrência por representar danos à livre concorrência – já que oportuniza o domínio do mercado através da inserção de barreiras à entrada e, por conseguinte, o fechamento do mercado – a venda casada constitui uma falha interna na relação de consumo, razão pela qual é capitulada como uma prática abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor – CDC.

Assim, o mesmo fato – tendo em vista essa dupla capitulação – é reprimido tanto pela esfera do consumidor, quanto pela da concorrência. Diante desse contexto, a presente dissertação visa a responder às seguintes indagações: o modelo adotado seria o que gera mais benefícios ao consumidor? Caso se conclua pela necessidade da dúplice repressão, como a política da concorrência e a do consumidor deverão ser coordenadas e harmonizadas, a fim de que resultados mais efetivos no que toca ao bem-estar do consumidor possam ser atingidos?

Para tanto, utilizando o método dedutivo de abordagem de dados, a presente dissertação será dividida em duas grandes partes. A primeira buscará investigar a relação entre o Direito da Concorrência e o do Consumidor, identificando qual seria o elo que os une e exige uma coordenação e harmonização dessas tutelas. Já a segunda parte, após analisar o abuso de posição dominante e sua relação direta com o bem-estar do consumidor, buscará apresentar algumas propostas à dúplice repressão da venda casada, a fim de possibilitar uma tutela mais efetiva e eficaz.

Ainda, a técnica de pesquisa empregada será essencialmente bibliográfica, destacando-se, também, a coleta de jurisprudência, de decisões administrativas e de legislações do Brasil e de outras jurisdições pertinentes. Quanto à metodologia de interpretação, o material pesquisado será avaliado sob o viés sistemático e teleológico.

I. RELAÇÃO ENTRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DEFESA DO CONSUMIDOR

Esta primeira parte da dissertação buscará investigar a relação entre o Direito da Concorrência e o do Consumidor, identificando, na parte “A”, qual seria o elo que une estes dois sistemas autônomos e exige uma coordenação e harmonização dessas tutelas. Já na parte “B”, com apoio no Método Diálogo das Fontes, será tecida uma proposta de coordenação e harmonização à problemática.

A. DESENHOS DISTINTOS, OBJETIVO COMUM

Para a realização desta investigação, é necessário, primeiramente, que se faça uma análise histórica e genética do aparato legal e institucional da defesa do consumidor e da concorrência. Uma vez delineado e explicitado o modelo vigente, passa-se ao estudo do elo existente entre essas defesas.

A.1 Desenho Normativo e Institucional

A instituição jurídica de uma Ordem Econômica¹ veio a ocorrer, no plano mundial, com as Constituições Sociais², das quais a Constituição Mexicana de 1917³ foi a pioneira e a

1 Acerca dos modelos de Ordem Econômica Constitucional, Luciano Benetti Timm identifica dois modelos. O primeiro é um modelo liberal “que respeita e institucionaliza as relações espontâneas de mercado, protetor da propriedade, do contrato e da livre iniciativa”. Por sua vez, o modelo constitucional social é aquele que “sem rejeitar os postulados liberais, busca o planejamento e a intervenção do Estado nas relações de mercado, estabelecendo programas de políticas públicas vinculadas aos Poderes do Estado”. TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil: Ensaio sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 90.

2 No século XVIII, a dimensão jurídica da economia era estranha à ideia de Constituição, já que a grande preocupação estampada pelo liberalismo era restringir os fins estatais, garantindo as liberdades individuais. Manoel Gonçalves Ferreira Filho explica: “Tal omissão, ademais, se ajusta perfeitamente ao pensamento econômico liberal, segundo o qual a regra de ouro seria o *laissez faire, laissez passer*,

Constituição Alemã de Weimar de 1919⁴, o modelo responsável pela disseminação de Constituições que contemplam a questão econômica em seu corpo. No Brasil, a primeira Constituição que adotou tal padrão foi a de 1934⁵.

Uma vez instituída em nível constitucional, a disciplina econômica permaneceu em todos os diplomas posteriores⁶, inclusive na atual Constituição de 1988⁷ (CF). No entanto, a disciplina econômica na atual Carta aparece com uma nova orientação, que deixa de ter, segundo Washington Peluso Albino de Souza⁸, a essência “nacionalista e intervencionista das Cartas que a antecederam”.

O Estado assume, a partir dessa orientação, nova fase, qual seja, a de agente normativo e regulador. Augusto Jaeger Junior⁹ elucida que, nesse diapasão, o Estado deixa cada vez mais de ser agente econômico e passa a garantir à iniciativa privada o acesso a setores até então reservados a ele. Assim, com base no entendimento de Eros Roberto Grau¹⁰, o papel estatal passa a ser verificado na implementação de políticas públicas, que possibilitem estabilidade e segurança ao mercado.

A consagração da livre iniciativa e, por conseguinte, do sistema capitalista, não é, todavia, absoluta, sendo balizada pelos preceitos e princípios estabelecidos na Constituição¹¹, que, além de limitar o exercício da atividade econômica, impõem ao Estado uma atuação

devendo o Estado abster-se de ingerência na órbita econômica. Melhor do que ele, a ‘mão invisível’ de que fala Adam Smith regularia a economia”. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.p. 348. Sobre o Estado Liberal e o Social, interessante é a colocação de Alberto Venâncio Filho de que aquele operou uma dissociação bem nítida entre a atividade econômica e a atividade política, já este, principalmente tendo como referência a formulação econômica de John Maynard Keynes, recriou a concepção de que a economia e a política estão indissolúvelmente ligadas. VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 1968.

3 MÉXICO. Constituição da República do México de 1917. *Diário Oficial de la Federación*: 5 de fevereiro de 1917.

4 ALEMANHA. Constituição do Império Alemão de 1919. *Amtsblatt*: 11 de agosto de 1919.

5 BRASIL. Constituição de 1934. *Diário Oficial*: 16 de julho de 1934.

6 Sobre a Constituição Econômica, ver: GURGEL, José Marcelo Monteiro. O Desenvolvimento da Constituição Econômica no Brasil e o Impacto das Reformas Constitucionais no Modelo Econômico. In: *Caderno de Pós-Graduação em Direito Público*. São Paulo: v. 4, n. 1, p. 33-44, 2004.

7 BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*: 5 de outubro de 1988.

8 SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 4 ed. São Paulo: LTR, 1999, p. 230.

9 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

10 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

11 BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 de outubro de 1988.

normativa e reguladora, constituindo a assim chamada por Cláudia Lima Marques¹² “ordem pública econômica”¹³. É neste rol que se encontram a livre concorrência¹⁴ e a defesa do consumidor, as quais são elevadas, pela primeira vez em 1988, como princípios da Ordem Econômica¹⁵.

A Carta de 1988¹⁶, no que toca à livre concorrência veio, ainda, a repetir a disposição já prevista desde a Constituição de 1946¹⁷, a qual busca reprimir qualquer forma de abuso de poder econômico. Essa preocupação com o abuso de poder econômico e a consagração da livre concorrência como um princípio da ordem econômica encontraram respaldo no Direito Antitruste Norte-Americano¹⁸, de origem bem mais antiga que as próprias constituições econômicas. Essa matriz histórica¹⁹, que inspirou inúmeras normas no mundo todo, teve como marco inicial o *Sherman Act*²⁰ de 1890²¹, que ficou caracterizado como um texto severo e de grande abrangência.

12 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 597.

13 Bruno Miragem complementa introduzindo que, como parte da ordem constitucional positiva, o Direito do Consumidor, por expressa determinação da CF, não pode ser afastado ou desconsiderado na atividade de regulação econômica. MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 1149.

14 Para Isabel Vaz, livre concorrência é “ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou de vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente e duradouro, nos preços dos bens ou serviços”. VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 27.

15 Nesse sentido, expõe Cláudia Lima Marques: “a Constituição Federal de 1988, pela primeira vez na história dos textos constitucionais brasileiros, dispõe expressamente sobre a proteção dos consumidores, identificando-os como grupo a ser especialmente tutelado através da ação do Estado”. MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 595.

16 BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*: 5 de outubro de 1988.

17 BRASIL. Constituição de 1946. *Diário Oficial*: 19 de setembro de 1946.

18 Sobre a evolução do Direito Antitruste Norte-americano e suas origens ideológicas, citamos: PAGE, William. *The Ideological Origins and Evolution of U.S Antitrust Law*. *ABA Section of Antitrust Law*, vol. 1, n.º 1, p. 1-17, 2008.

19 Devemos ressaltar, no entanto, que, segundo Paula Forgioni, as normas de concorrência surgiram antes mesmo da existência do livre mercado, podendo ser encontradas em períodos como antiguidade grega e romana e idade média. FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

20 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Anti-Trust Act*. *National Archives*: 2 de julho de 1890.

21 Há de se ressaltar, no entanto, que o *Sherman Act* não pode ser considerado uma novidade. Esse vem apenas compilar o objetivo já exposto em teorias que buscavam reprimir práticas prejudiciais ao comércio, segundo Giorgio Bernini. BERNINI, Giorgio. *Um Secolo di Filosofia Antitrust*. Bologna: Editrice, 1991, p. 93.

Com a repressão dos *trusts*, que constituíam a maior preocupação na época da edição do *Sherman Act*, a defesa da concorrência nos Estados Unidos da América passou a apresentar novos desafios: a utilização de operações societárias para controlar os preços e a produção. Assim, surgiu o *Clayton Act* em 1914²², a fim de proteger os consumidores norte-americanos por meio do controle de fusões e aquisições (*mergers and acquisitions*), segundo informa a autoridade antitruste norte-americana, a *Federal Trade Commission*²³.

Voltando ao contexto brasileiro, a regulamentação do abuso de poder econômico, expresso em nossas Constituições desde a de 1946²⁴, foi o que deu ensejo à edição da Lei n.º 4.137/62²⁵, a qual, segundo Augusto Jaeger Junior²⁶ pode ser considerada como a primeira – verdadeiramente – Lei Antitruste brasileira.

Como complemento à Lei n.º 4.137/62²⁷, já sob a égide na nova Constituição, surgiu a Lei n.º 8.158 de 1991²⁸, a qual, apesar de representar, num primeiro momento, a implementação da política antitruste de uma maneira técnica e eficiente, acabou, na prática, sendo desvirtuada. Paula Forgioni²⁹ explica que a mesma foi “abafada” e utilizada como instrumento de ameaça e retaliação, por parte do governo federal, a determinados setores da economia.

A fim de aperfeiçoar e sistematizar, pois, a matéria antitruste, foi editada a Lei n.º 8.884/94³⁰, que foi a responsável pela consolidação e visibilidade dos órgãos de defesa da

22 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Clayton Act*. *National Archives*: 15 de outubro de 1914.

23 FEDERAL TRADE COMMISSION. *FTC Fact Sheet: Antitrust Laws: A Brief History*. Disponível em: < http://www.ftc.gov/bcp/edu/microsites/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition_Antitrust-Laws.pdf>. Acesso em 28 de fevereiro de 2013.

24 BRASIL. Constituição de 1946. *Diário Oficial*: 19 de setembro de 1946.

25 Note-se que a Lei n.º 4.137/62 é considerada pela doutrina especializada como a primeira Lei Antitruste Brasileira, apesar da mesma ter sido antecedida pelo Dec.-Lei n.º 7.666 de 1945, conhecido como Lei Malaia, que dispôs sobre os atos contrários à ordem moral e econômica, além de reprimir os *trusts*, cartéis e demais práticas anticompetitivas que tivessem como efeito o domínio do mercado nacional. BRASIL. Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962. *Diário Oficial*: 12 de novembro de 1962.

26 JAEGER JUNIOR, Augusto. *Direito Internacional da Concorrência*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

27 BRASIL. Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962. *Diário Oficial*: 12 de novembro de 1962.

28 BRASIL. Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991. *Diário Oficial da União*: 9 de janeiro de 1991.

29 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

30 BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

concorrência. Em que pese os reconhecidos avanços trazidos pela Lei n.º 8.884/94³¹, mudanças ao sistema se fizeram necessárias, tanto para enfrentar novos desafios, quanto para preservar os avanços já conquistados, o que acabou desembocando na nova Lei Antitruste, Lei n.º 12.529/11³², que entrou em vigor em 29 de maio de 2012³³.

Assim, lançando mão dessa estrutura institucional idealizada pela nova Lei³⁴, a tutela da livre concorrência, ao concretizar um dos princípios da ordem econômica constitucional, visa a garantir a alocação eficiente de recursos na economia, de maneira a impedir a transferência indevida de renda entre fornecedor e consumidor e a exclusão do mercado de consumo de parcela da população.

A regulamentação infraconstitucional da defesa do consumidor, no entanto, é mais recente que a da concorrência e teve como impulso a Constituição de 1988³⁵. Leciona Cláudia Lima Marques³⁶ que a Constituição, além de estabelecer como princípio de direito fundamental e da ordem econômica a proteção do consumidor, veio a indicar a elaboração de um código de defesa do consumidor, “demonstrando a sua vontade (e a necessidade) de renovar o sistema”³⁷.

Como bem observado na posse da Comissão de Atualização do Código do Consumidor, o CDC veio a coroar a tendência de novos direitos e responsabilidades centrados

31 BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

32 BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

33 As modificações trazidas pela nova Lei Antitruste vieram a atender as exigências demandadas por uma eficiente e moderna tutela da concorrência, a qual era inviabilizada pelo sistema anterior. É notório o esforço que o Brasil, especialmente após a edição da Lei n.º 8.884/94, vem desempenhando na tutela da concorrência, através do SBDC (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), mas, em que pese o reconhecimento internacional e a consolidação do CADE como instituição, reformas ao sistema tornaram-se necessárias, há pelo menos uma década, tanto para enfrentar novos desafios, quanto para preservar os avanços já conquistados. O fato gerador dessa reforma, sem dúvida, recai no desenho do SBDC, que era tido por muitos como ineficiente. Diante da impossibilidade de otimizar o mesmo através de meios infralegais, tornou-se imperiosa a criação da nova Lei, que entrou em vigor no dia 29 de maio de 2012.

34 BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

35 BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*: 5 de outubro de 1988.

36 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 599.

37 A elaboração de um Código de Defesa do Consumidor veio prevista nas Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) da Constituição Federal de 1988: “Art. 48. O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor.” BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*, 5 de outubro de 1988.

na relação de consumo, bem marcada pela evocação do Presidente Kenedy, em 1962, de que todos somos consumidores³⁸.

Isso não significa dizer, por outro lado, que o consumidor brasileiro, antes da CF de 1988³⁹ e do CDC, não recebia qualquer tipo de proteção. Desde a década de 30 podemos observar no Brasil a edição de diversas leis que, ao regular sobre saúde, sistema financeiro, economia popular, acabavam protegendo indiretamente o consumidor. Dentre essas citamos: Decreto Federal nº 22.626/33 (Lei da Usura), Lei n.º 1221/51 (Lei de Economia Popular) e Lei Delegada n.º 4/62 (Lei sobre a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo).

Pode-se observar que a proteção, em que pese não fosse a mais eficiente, era implementada, em especial, pelas normas de Direito Comercial e Econômico, conforme sustenta Fábio Konder Comparato⁴⁰. No mesmo sentido, aborda Antonio Herman Benjamin⁴¹:

é equivocado imaginar-se que a proteção do consumidor nasceu do 'nada'. Em realidade, o movimento consumerista encontra parte de sua origem na luta mais antiga contra os monopólios, oligopólios e as práticas de dominação de mercado. É aí, na fase que precede o consumo (o plano concorrencial), que vamos localizar uma primeira preocupação com a posição de vulnerabilidade do consumidor.

Nessa trilha, com apoio em Arthur Badin⁴², conclui-se que “a proteção do consumidor, no Direito brasileiro, é hoje objeto de dois microssistemas jurídicos distintos”: de um lado, a Lei Antitruste e, do outro, o CDC⁴³. Cláudia Lima Marques⁴⁴ respalda o entendimento: “a

38 SARNEY, José. *Discurso Presidente Sarney por ocasião da posse da Comissão de Atualização do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/palavra_presidente.asp>. Acesso em 5 de junho de 2013.

39 BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*: 5 de outubro de 1988.

40 COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor. Importante Capítulo de Direito Econômico. In MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do Consumidor: Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, cap. 7, p. 167-186, 2011.

41 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos. Proteção do Consumidor e Patentes: O Caso dos Medicamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, p. 22, abr./jun. 1994.

42 BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, p. 49-86, jan./mar. 2005.

43 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

proteção do consumidor (...) representa, politicamente, um comprometimento com a lealdade do mercado, assegurada em visão macro pelo direito da concorrência e em visão micro, (...), pelo direito do consumidor”, assim como Bruno Miragem⁴⁵: “a proteção da livre concorrência resulta, ainda que de modo indireto, na proteção dos direitos do consumidor”.

Cristiano Heineck Schmitt⁴⁶, em complementação, enfatiza que a proteção do interesse do consumidor a partir da garantia à livre concorrência entre os fornecedores, respalda a realidade jurídica que é instaurada pelo chamado Direito Social. Essa se consubstancia em um ambiente estruturado por critérios de justiça social, mas, ao mesmo tempo, fundado na livre iniciativa.

Esse foi o modelo implementado no Brasil, ou seja, preferiu-se que a tutela do consumidor e a da concorrência fossem desenvolvidas de maneira apartada. Cada âmbito terá um *watchdog* diferente, apesar dos agentes econômicos serem os mesmos.

No entanto, a questão de uma agência única não passou despercebida, distante de eventuais propostas legislativas. Para demonstrar essa evolução de desenho institucional que acabou resultando no Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e na SENACON (Secretaria Nacional do Consumidor), aquele como uma autarquia independente e a esta como um órgão subordinado ao Ministério da Justiça, necessário se faz analisar a evolução e criação dos órgãos integrantes do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC).

O CADE foi criado pela Lei nº 4.137/62⁴⁷, que determinou que esse seria diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos da Lei. Já com relação ao SNDC, com a edição da

44 MARQUES, Cláudia Lima. *A Insuficiente Proteção do Consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado– Da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre Lei Aplicável a Alguns Contratos e Relações de Consumo*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidipvii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf - Cláudia LIMA MARQUES 2001>. Acesso em: 14 de abril de 2012.

45 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012, p. 69.

46 SCHMITT, Cristiano Heineck. A Proteção do Interesse do Consumidor por Meio da Garantia à Liberdade de Concorrência. *Revista dos Tribunais: Doutrina Civil*, São Paulo: RT, p. 11, ano 98, fev. 2009.

47 BRASIL. Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962. *Diário Oficial*: 12 de novembro de 1962.

primeira norma de proteção direta ao consumidor – o CDC⁴⁸ –, foi atribuída à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) do Ministério da Justiça, criada pelo Decreto n.º 99.244⁴⁹ de 10 de maio de 1990, segundo Zoraide Amaro⁵⁰, a coordenação, através do Departamento Nacional de Defesa do Consumidor, da política do SNDC.

Com a edição da Lei n.º 8.158 de 1991⁵¹, que veio a complementar a Lei n.º 4.137/62⁵², a SNDE passou a receber mais uma atribuição, além daquela conferida pelo CDC⁵³. Essa nova atribuição, no entanto, tinha natureza concorrencial.

Caberia à SNDE, assim, através do seu Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE):

(...) apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica⁵⁴.

Um dos momentos mais marcantes para o desenvolvimento institucional da Defesa da Concorrência ocorreu, no entanto, em 1994, com a Lei 8.884⁵⁵, que, segundo Paula Forgioni⁵⁶, veio a sistematizar e aperfeiçoar a matéria antitruste. Instituiu-se, com a referida lei, o SBDC, composto pelo CADE – que se transformou em autarquia –, Secretaria de Direito Econômico (SDE) e Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), que muito contribuíram para aumentar a difusão da concorrência do país.

48 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

49 BRASIL. Decreto n.º 99.244, de 10 de maio de 1990. *Diário Oficial*: 11 de maio de 1990.

50 AMARO, Zoraide. Estrutura Orgânica do Mercosul: Direito de Concorrência no Processo de Integração. *Revista Jurídica da Presidência da República*, Brasília, v. 9, n. 85, p.34, jun./jul, 2007.

51 BRASIL. Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991. *Diário Oficial da União*: 9 de janeiro de 1991.

52 BRASIL. Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962. *Diário Oficial*: 12 de novembro de 1962.

53 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

54 Cópia *ipsis litteris* do artigo 1º da Lei n.º 8.158 de 1991. BRASIL. Lei 8.158, de 8 de janeiro de 1991. *Diário Oficial da União*: 9 de janeiro de 1991.

55 BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

56 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.143.

Percebe-se que nessa oportunidade a antiga Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) passou a ser denominada de Secretaria de Direito Econômico (SDE). A sua dúplici participação no SNDC e no SBDC é respalda pelo Decreto nº 6.061 de 2007⁵⁷, que aprova a organização da secretaria em dois departamentos: o de proteção e defesa econômica e o de proteção e defesa do consumidor.

O interessante de ser analisado nesse modelo apresentado é que os dois sistemas (SNDC e SBDC), apesar de autônomos, possuíam um órgão comum, representado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE). A grande questão que se coloca é saber se, na prática, essa intersecção era apenas formal e visava, em última análise, à redução do gasto público através de uma economia de escopo, ou se objetivava uma convivência frutífera entre as duas políticas.

Acredita-se que uma resposta para essa questão possa ser identificada através da análise das propostas de modificação desse desenho institucional. Conforme relatado no trabalho “O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Uma Proposta de estruturação⁵⁸”, durante dois anos e meio os três órgãos integrantes do SBDC foram incumbidos, por determinação da Administração de Fernando Henrique Cardoso, da responsabilidade de elaborar projeto de lei sobre uma possível reorganização desse sistema.

Assim, foi elaborado um Grupo de Trabalho Interministerial – composto por representantes da Casa Civil da Presidência da República, do Ministério da Fazenda, do Ministério da Justiça, do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão e do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior – em 2000.

Nessa oportunidade, concluiu-se que, apesar dos grandes avanços obtidos pelo SBDC, ainda havia uma série de dificuldades estruturais que comprometiam o desempenho da tutela da concorrência no Brasil. Esses problemas resumiam-se não só a um inadequado desenho institucional e uma carência de recursos, mas principalmente versavam sobre impropriedades de ordem normativa da Lei 8.884/94⁵⁹.

57 BRASIL. Decreto nº 6.061 de 2007, *Diário Oficial da União*: 16 de março de 2007.

58 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. *O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Uma Proposta de Reestruturação*. Brasília: SEAE, CADE e SDE, 2002.

59 BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

Desta feita, o Grupo de Trabalho, em 26 de outubro de 2000, apresentou como resultado da análise dois anteprojetos de lei. O primeiro referia-se à Criação da Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC) e o segundo, simplesmente, a alterações pontuais na Lei 8.884/94⁶⁰.

A criação desta nova agência, que unificaria as duas tutelas, seria formada pela fusão da SDE com o CADE. Além disso, parte da SEAE que trata da questão da concorrência também seria incorporada à nova agência.

Essa assumiria a forma administrativa autárquica de natureza especial, nos moldes das demais agências reguladoras: independência administrativa, mandato fixo, estabilidade de dirigentes e conselheiros e autonomia financeira. Sua estrutura seria formada por: um Tribunal da Concorrência, uma diretoria geral e cinco outras diretorias. Em compensação, a vinculação ministerial não foi inicialmente estabelecida no anteprojeto, sendo essa uma das questões mais polêmicas e sensíveis da proposta legislativa.

Os projetos foram submetidos à consulta pública, oportunidade que deu ensejo a manifestações de diversas entidades da sociedade civil. Estavam incluídas nessas, segundo o trabalho “O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Uma Proposta de estruturação⁶¹”, a Comissão de Defesa do Consumidor, Meio Ambiente e Minorias da Câmara dos Deputados, a Ordem dos Advogados do Brasil, o Instituto Brasileiro de Estudos das Relações de Concorrência e de Consumo e o Instituto Hélio Beltrão.

Curiosamente, apesar das inúmeras opiniões divergentes, tanto os interessados na Defesa do Consumidor, quanto os na da concorrência chegaram a uma conclusão uníssona: a criação dessa agência unificada seria um retrocesso institucional⁶². Reportagem do Estadão⁶³ destacou que o Programa de Proteção e Defesa do Consumidor (PROCON) alegou que a

60 BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

61 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. *O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Uma Proposta de Reestruturação*. Brasília: SEAE, CADE e SDE, 2002.

62 Nessa mesma linha de raciocínio são as críticas de Daniel Firmato. GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003, p. 130.

63 Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/arquivo/economia/2001/not20010112p10290.htm>>. Acesso em 2 de março de 2013.

medida implicaria em perda considerável de conquistas alcançadas pelos consumidores, em especial algumas consolidadas no CDC⁶⁴.

Para Gesner de Oliveria, ex-presidente do CADE, o modelo adotado de agência no anteprojeto estaria “na contramão da tendência internacional e da própria evolução institucional brasileira e do Mercosul”⁶⁵. Gilberto de Abreu Sodré Carvalho⁶⁶, em análise sobre a proposta de uma agência única, alertou:

O conceito de uma agência com função dupla parece produto do equívoco de querer-se dar nova solução para questões já em curso maduro de bons resultados, por outros meios e modelagens. A defesa do consumidor é bem atendida, pela própria cidadania, junto aos órgãos próprios do Judiciário, Ministério Público, departamentos das administrações públicas estaduais e municipais, e entidades civis, em muitos anos de sucesso, a partir do começo da vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Nessa senda, as principais propostas geradas por intermédio da consulta pública foram, em síntese: (a) a criação de uma agência nacional exclusiva para tratar da defesa do consumidor, tendo em vista que as desvantagens de uma agência única para cuidar dos dois temas (defesa da concorrência e do consumidor) superaria as vantagens; (b) a implementação da política nacional de defesa do consumidor junto às demais agências reguladoras, através de um sistema de competências compartilhadas de forma harmônica; (c) a interação entre consumidor e concorrência, com a participação da defesa do consumidor nos assuntos da concorrência e vice-versa; e (d) a reestruturação do SBDC através da criação de um guichê único, que extinguiria o velho modelo ineficiente dos três balcões representados pelo CADE, SDE e SEAE.

Ao lado das críticas surgidas no meio institucional, acadêmico e também representado pelo terceiro setor e pelos agentes econômicos, é importante analisarmos o *background* desse anteprojeto de criação da ANC. Como anteriormente afirmado, esse foi elaborado na Administração do Presidente Fernando Henrique Cardoso.

64 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

65 OLIVEIRA, Gesner. *Modelo Fujimori para a defesa da concorrência?* Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2810200004.htm>>. Acesso em 2 de março de 2013.

66 CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. Concorrência e Consumidor no Âmbito da Administração Pública: Uma Relação a Ser Vista Como de Tensão no Plano dos Valores. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro: FGV, n. 38, p. 653, Jul./Ago. 2004.

Pois bem, a política desenvolvida durante esse período (segundo mandato) foi consolidada na tríplice mudança, que abarcava questões de cunho cambial, monetário e fiscal. No que toca ao regime fiscal, esse foi alterado através do compromisso de uma política econômica necessária para o alcance de um superávit primário⁶⁷ elevado suficientemente para produzir a estabilização da razão entre a dívida pública e o Produto Interno Bruto (PIB), segundo nos informam Gesner Oliveira e Frederico Turolla⁶⁸.

Assim, poderíamos inferir, ainda que superficialmente, que a motivação desse anteprojeto, longe de buscar coordenar a implementação de políticas públicas na área econômica de correção às falhas de mercado, sejam essas internas, sejam externas, que tanto prejudicam os consumidores, seria a redução de gastos, a busca por uma maior eficiência.

Nesse sentido complementa Ronaldo Porto Macedo Junior⁶⁹:

E recursos. Essa era uma questão que surgiu no governo Fernando Henrique, houve algumas oscilações, no governo Lula ficou mais parado. Salvo engano, se discutiu mais isso no governo Fernando Henrique. De se criar uma agência de defesa do consumidor e concorrência, e se deveria ser uma agência única. Curiosamente, quais eram os argumentos prós e contras? De um lado, *uma agência única tem, é claro, ganho de escala e de poder*, e de quadros, isso no ponto de vista de uma bandeira de fortalecimento de uma democracia encarregada e capacitada. Isso é super importante! *Não tem porque ter o órgão, e uma secretária e um economista aposentado. É uma exigência ter uma agência toda equipada.* (Grifo nosso.)

Em compasso com as críticas lançadas à criação de uma agência única, as propostas acabaram se aprimorando e concluíram que a competência da agência, que, então, passaria a manter o nome CADE, o que posteriormente rendeu o apelido de “Supercade”, deveria ficar

67 Caio Marini e Humberto Martins justificam a adoção destas medidas: “Os países dependentes de crédito para o desenvolvimento deveriam seguir a linha do "consenso de Washington" - expressão cunhada por John Williamson (1990) para se referir ao conjunto de políticas liberais que deveriam iluminar a reestruturação econômica e a reforma dos Estados latinoamericanos, condicionando a concessão de crédito e a atribuição de credibilidade aos países em desenvolvimento à adoção de duras medidas de ajuste fiscal que implicariam na redução do Estado. Pressupunham que o ajuste fiscal se bastaria, sinalizando credibilidade e atraindo investimentos, ou seria uma pré-condição para o desenvolvimento”. MARTINS, Humberto; MARINI, Caio. Fundamentos do Modelo Matricial de Gestão. *PROGEAL*, Integrando Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento de Alagoas. Alagoas, 2006, v. , p.4.

68 OLIVEIRA, Gesner; TUROLLA, Frederico. Política Econômica do Segundo Governo FHC: Mudança em Condições Adversas. *Tempo Social*, São Paulo: vol.15, n.º 2, Nov. 2003.

69 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Íntegra Entrevista Pensando o Direito. In SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Agências Reguladoras e a Tutela do Consumidor*. SAL: Brasília, 2010. p. 91.

restrita à defesa da concorrência⁷⁰. Além disso, desde essa oportunidade já se alertou sobre a falha do SBDC de focar apenas nos atos de concentração, deixando de lado a repressão a condutas anticompetitivas.

Assim, concluiu-se, na época, pelo não encaminhamento da proposta de criação da ANC. No entanto, a proposta de modificação do SBDC teve seguimento, por impulso da Administração do então Presidente Luís Inácio Lula da Silva.

A proposta teve início na Câmara de Deputados com o Projeto de Lei n.º 3.937/2004, que propunha alterações específicas e pontuais à Lei de Concorrência, Lei n.º 8.884/94. A tramitação legislativa foi complementada com um outro Projeto de Lei, de n.º 5.877/2005, que foi apensado ao Projeto de Lei n.º 3.937/2004 e um substitutivo, que visavam a revogar a Lei n.º 8.884/94⁷¹.

Sendo a reestruturação do SBDC incluída no Programa de Aceleração de Crescimento (PAC) da Administração de Luís Inácio Lula da Silva, o Projeto de Lei foi aprovado em plenário pela Câmara dos Deputados e transformado em norma jurídica, submetida à sanção presidencial. Em 1º de dezembro de 2011 foi, então, sancionada a Lei 12.529/11⁷², com um período de *vacatio legis* de 180 dias a contar da data de sua publicação. Essa, finalmente, entrou em vigor em 29 de maio de 2012⁷³.

A aprovação dessa lei se deu após uma espera de quase dez anos, segundo Leonor Augusta Giovine Cordovil e Vicente Bagnoli⁷⁴. A mudança estampada nessa, como já observado por César Costa Alves Mattos⁷⁵, embute profunda alteração institucional, que

70 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. *O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Uma Proposta de Reestruturação*. Brasília: SEAE, CADE e SDE, 2002.

71 BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

72 BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

73 Sobre a nova Lei, ver: ANDERS, Eduardo Caminati; CORDOVIL, Leonor Augusta Giovanne; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques de. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: RT, 2012.

74 CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine; BAGNOLI, Vicente. *Condutas Anticoncorrenciais e a Lei do Cade*. Disponível em: <<http://paginas.urisantiago.br/ccontabeis/noticia/1124>>. Acesso em 16 de ago. de 2012.

75 MATTOS, César. *Projeto de Lei 5877/2005 - Reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)*. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br/pdf/seminario/2007/Resumo%20Projeto%20de%20Lei%205877.pdf> . Acesso em 11 de fevereiro de 2012.

busca, ao diminuir o relacionamento dos agentes econômicos com três balcões, quais sejam, SDE, SEAE e CADE, racionalizar o Sistema de Defesa da Concorrência. Dentro do formato proposto, a nova estrutura do CADE contempla uma Superintendência-Geral com uma Procuradoria Geral, um Departamento de Estudos Econômicos e um Tribunal Administrativo.

Assim, visando eliminar a *via crucis* dos três guichês, a SDE retira-se do SBDC: suas competências passam a ser atribuídas à Superintendência-Geral do CADE. Já a SEAE torna-se a verdadeira advogada da concorrência.

Uma das maiores novidades trazida com a edição da nova Lei⁷⁶ diz respeito à notificação dos atos de concentração, que deixa de ser após a consumação do ato. A aprovação do CADE, portanto, será condição precedente à implementação da operação.

A apreciação do CADE passa a ter um prazo fixo, que será de, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda. Esse prazo poderá ser dilatado, eventualmente, em apenas duas hipóteses: (i) mediante requisição das partes envolvidas na operação por até 60 (sessenta) dias improrrogáveis; ou (ii) mediante decisão fundamentada do Tribunal por até 90 (noventa) dias improrrogáveis. Além desse prazo, ficou determinado com a nova Lei que aos atos de concentração será dada prioridade em relação aos processos que apurem condutas anticoncorrenciais.

Os critérios de notificação dos atos de concentração também sofreram modificação. Conforme a redação original, submeter-se-ão à aprovação do CADE as operações em que (i) pelo menos um dos grupos econômicos envolvidos na operação tiver registrado, no último balanço, faturamento bruto anual no Brasil, no ano anterior à operação, igual ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais) e (ii) pelo menos um do grupo econômico envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual no Brasil, igual ou superior, a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Importante mencionar que tão logo a legislação entrou em vigor, os atos de concentração já passaram a observar novos valores mínimos, tendo em vista a Portaria

76 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

Interministerial MJ/MF n.º 994 de 30 de maio de 2012⁷⁷. O faturamento de R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais), exigido inicialmente pela Lei, foi substituído pelo de R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e o faturamento de R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais) pelo e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais)⁷⁸.

Além disso, a nova Lei Antitruste abarcou novos critérios de fixação de penalidades para a prática de infrações à ordem econômica. Conforme a redação da lei, a prática de infração da ordem econômica, no caso de empresa, sujeita essa ao pagamento de multa de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do valor do faturamento bruto da empresa, grupo ou conglomerado obtido, no último exercício anterior à instauração do processo administrativo, no ramo de atividade empresarial em que ocorreu a infração, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação⁷⁹.

77 BRASIL. Portaria Interministerial MJ/MF n.º 994 de 30 de maio de 2012. *Diário Oficial*: 30 de maio de 2012.

78 Para Elizabete Farina e Fabiana Tito, “o efeito dessa mudança será a redução do número de casos notificados, liberando recursos tangíveis e intangíveis para uma análise mais cuidadosa dos casos complexos e também para investigação de condutas anticompetitivas, o coração da defesa da concorrência. Ganha-se eficiência no processo”. FARINA, Elizabete; TITO, Fabiana. *Nova Era de Defesa da Concorrência Brasileira*. Disponível em <<http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=1639>>. Acesso em 4 de março de 2013. No entanto, devemos alertar que esse critério bastante alto, comparável ao critério de economias bastante sofisticadas, pode representar um retrocesso às conquistas da Defesa da Concorrência, permitindo que agentes, com significativo poder de mercado, mas longe de atingir os novos critérios de faturamento, fiquem isentos do controle prévio antitruste.

79 Dentre as novidades trazidas pela nova Lei, sem dúvida, a questão da multa será uma das que trará muita discussão ao CADE, à academia, aos agentes econômicos, aos consumidores e até mesmo ao judiciário. A primeira questão seria verificar se de fato a lei se tornou ou não mais benéfica ao administrado, parte passiva de um processo administrativo no CADE. Segundo, sendo mais benéfica, deve-se estudar a obrigatoriedade ou não de sua retroação, estendendo-se e aplicando-se a norma contida no artigo 5º, inciso XL da CF. Por fim, mais uma vez considerando que a norma seria mais benéfica, há de se concluir pelo retrocesso da nova Lei, que acabará incentivando a prática de infrações a ordem econômica, como bem levantado por Gabriel Pinto Moreira. MOREIRA, Gabriel Pinto. *A infração Compensa na Nova Lei de Defesa da Concorrência?* Disponível em <<http://www.valor.com.br/opiniao/3004748/infracao-compensa-na-nova-lei-de-defesa-da-concorrenca#ixzz2Mc1d7oN3>>. Acesso em 4 de março de 2013. Devemos ter em mente, apenas complementado o aspecto negativo da nova Lei tendo em vista a diminuição dos critérios de fixação da pena, que apesar de essa frisar que a pena nunca será inferior à vantagem auferida, na prática é muito difícil essa estimação. Nesse sentido, temos o estudo OCDE sobre efetividade das sanções, que bem destaca essa problemática: ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency programmes*. Paris, 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

Outra mudança de relevância implantada pela nova Lei refere-se à aplicação de multa para litigantes de má-fé, estampada no § 3º do artigo 65 da Lei n.º 12.529/11⁸⁰. Interessante notar que na Lei n.º 8.884/94⁸¹ não havia qualquer previsão equivalente.

No rol de infrações à ordem econômica, pode-se visualizar algumas alterações pontuais, em especial a retirada de algumas condutas, como os acordos de exclusividade. Não obstante, deve ser ressaltado que mesmo as condutas que foram retiradas do rol poderão configurar como infração à ordem econômica, desde que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos dispostos no artigo 36 da Lei n.º 12.529/11⁸² (incisos I a IV), ainda que não alcançados, o que respalda a natureza exemplificativa do rol.

No que toca ao setor de telecomunicações, a nova Lei Antitruste sofreu reflexos do grande clima de insatisfação existente quanto à defesa da concorrência implementada conjuntamente pela ANATEL (no lugar das secretarias do SBDC) e pelo CADE. Assim, deixa-se de lado o antigo procedimento adotado pela ANATEL – que passou a ser atribuição integral do CADE – o qual era considerado, consoante estudo da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) sobre Lei e Política de Concorrência no Brasil⁸³, como menos eficiente do que se a investigação fosse conduzida unicamente pelo SBDC, conforme ocorreria em todos os demais setores regulados.

Essas foram, em linhas gerais, as principais mudanças ocasionadas ao SBDC, com a entrada em vigor da Lei 12.529/11⁸⁴. Apesar de não ter sido implementada a agência única de defesa do consumidor e da concorrência – ANC –, não é possível afirmar que a defesa do consumidor não passou por mudanças em 2012, já que essa sofreu, sim, reflexos desse novo ambiente institucional.

80 BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

81 BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

82 BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

83 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *Lei e Política de Concorrência no Brasil: Uma Revisão Pelos Pares*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/4/41/45154401.pdf>> Acesso em 11 de fevereiro de 2012.

84 BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

Note-se que com a nova estruturação do CADE, a SDE perdeu um de seus braços institucionais, no que se refere ao Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE), já que esse passou a compor a Superintendência-Geral, integrante da organização administrativa do CADE. Assim, a SDE acabou sendo extinta.

No entanto, o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC), pertencente à antiga SDE, acabou sendo integrado a outra secretaria, especificamente destinada à Defesa do Consumidor. Essa secretaria é a SENACON – Secretaria Nacional do Consumidor –, vinculada ao Ministério da Justiça, como sua antecessora, e criada pelo Decreto de n.º 7.738 de 2012⁸⁵.

As atribuições da SENACON podem ser resumidas à coordenação do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC), o qual é constituído pelos PROCONS, pelas Defensorias Públicas, pelas entidades civis, pelas delegacias do consumidor e pelo Ministério Público⁸⁶. Partindo-se do texto legal e de uma visão estrito senso, as agências reguladoras⁸⁷ e o próprio CADE não fariam parte do SNDC.

A regulação e o SBDC estariam lado a lado no SNDC, sendo necessária uma articulação entre esses sistemas, como bem estabelecido no Regulamento da Agência Nacional de Telecomunicações⁸⁸. Esse é um dos pontos sensíveis a serem enfrentados em

85 BRASIL. Decreto de n.º 7.738 de 2012. *Diário Oficial da União*: 29 de maio de 2012.

86 O Artigo 5º do CDC apresenta a constituição SNDC: “Para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, contará o poder público com os seguintes instrumentos, entre outros: I - manutenção de assistência jurídica, integral e gratuita para o consumidor carente; II - instituição de Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor, no âmbito do Ministério Público; III - criação de delegacias de polícia especializadas no atendimento de consumidores vítimas de infrações penais de consumo; IV - criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo; V - concessão de estímulos à criação e desenvolvimento das Associações de Defesa do Consumidor”. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

87 Sobre o papel de regulador assumido pelo Estado e o conseqüente surgimento das agências reguladoras, Calixto Salomão Filho complementa: “no campo econômico, a utilização do conceito de regulação é a correspondência necessária de dois fenômenos. Em primeiro lugar, a redução da intervenção direta do Estado na Economia, e em segundo o crescimento do movimento de concentração econômica”. SALOMAO FILHO, Calixto. *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15.

88 BRASIL. Decreto n.º 2.338 de 1997. *Diário Oficial da União*: 8 de outubro de 1997.

propostas de modificações legislativas (como a de atualização do CDC⁸⁹ e a do Projeto de Lei Geral das Agências⁹⁰).

Sobre essa problemática, José Marques Teixeira⁹¹ sugeriu que fosse melhor explicitado quais órgãos federais integram o SNDC, bem como que fosse estabelecido que as agências reguladoras integrassem o SNDC.

Importante pontuar que, diferentemente do SBDC, que é bastante centralizado, os integrantes do SNDC encontram-se em nível federal, estadual e municipal, o que demonstra uma boa capilaridade da política.

Assim, diante dessa digressão histórica a respeito do modelo institucional brasileiro, podemos inferir que não só foi desejado não seguir em frente com um modelo único para a defesa do consumidor e da concorrência, como se operou – até mesmo – um afastamento dos

⁸⁹ Segundo informação da Agência do Senado Federal, em dezembro de 2010 foi criada, por meio de ato do Presidente José Sarney, a Comissão de Juristas, tendo como objetivo a formulação de propostas de atualização do CDC. Durante o trabalho desenvolvido pela Comissão, foram realizadas 37 audiências públicas com Senadores, Procuradores da República e organismos de defesa do consumidor. “Além do ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) Herman Benjamin, também compõem a comissão a coordenadora do Observatório do Crédito do Superendividamento do Consumidor, Cláudia Lima Marques, e a professora de Direito Processual Penal Ada Pellegrini Grinover. O promotor de Justiça de Defesa do Consumidor Leonardo Roscoe Bessa, o diretor da Revista de Direito do Consumidor, Roberto Augusto Pfeiffer, e o desembargador Kazuo Watanabe completam a comissão. Benjamin, Watanabe e Ada Pelequini integraram, em 1990, a Comissão original que elaborou o projeto do atual Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90).”. Após amplo debate, em 14 de março de 2012 foi entregue pela Comissão documento preliminar, em que aborda temas chaves como comércio eletrônico, endividamento e oferta de crédito e questões processuais. AGÊNCIA SENADO. *Comissão de Juristas Apresenta Relatório sobre Atualização do CDC*. Disponível em: < <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/03/14/comissao-de-juristas-encerra-primeira-etapa-do-cdc>>. Acesso em 22 de agosto de 2013.

⁹⁰ O Projeto de Lei n.º 3.337/2004 é de autoria do Poder Executivo e projeta-se como uma Lei geral, disciplinando a gestão, a organização e o controle social destas autarquias especiais. O projeto impõe o contrato de gestão, retira das competências das agências os atos de outorga de serviços e explicita a interação das Agências Reguladoras com o CADE e com os órgãos de regulação estaduais e municipais. O Deputado Leonardo Picciani, então relator do projeto na Comissão Especial, proferiu parecer pela aprovação do Projeto de Lei n.º 3.337/2004, na forma do substitutivo. Destaca-se neste substitutivo, de maneira geral: a caracterização da natureza especial das agências como mandato fixo de seus dirigentes e autonomia financeira e administrativa (art. 3º); obrigatoriedade do contrato de gestão anual e de desempenho com o Ministério ao qual a Agência estiver vinculada (art. 12); normatização do processo decisório, da prestação de contas, do controle social, da interação com o CADE e da cooperação com outras entidades e/ou órgãos de regulação; mandato de 4 anos para os dirigentes, vedada a recondução; dentre outras disposições.

⁹¹ TEIXEIRA, José Marques. *Conquistas Obtidas pelos Consumidores e Proposta de Reformulação do CDC em Curso no Senado Federal*. Audiência Pública – Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, 2011.

departamentos pertencentes e subordinados a uma mesma Secretaria. Essa proximidade configurava, mesmo que idealmente, uma articulação e uma comunicação maior entre essas duas tutelas, já que estavam ali, uma ao lado da outra.

Conquanto seja esse o modelo desejado pelo Brasil, no seu estágio atual de amadurecimento institucional e econômico, nem todos os países seguem esse mesmo padrão. A OCDE publicou em 2008 um estudo sobre a interface Consumidor e Concorrência⁹² que bem analisa os diferentes desenhos institucionais adotados por diversos países, explanando as suas vantagens e desvantagens.

Nesse, a OCDE relevou que o design institucional é um fator importante na implementação de uma política pública efetiva:

*Public policies do not operate in a vacuum; they are implemented by institutions, and the quality of institutions determines in many ways the capacity of the system to deliver good policy products to individual citizens. In the case of competition and consumer policies, the central question is whether to combine the two functions in a single agency. There are advantages and disadvantages to this approach, and countries have made different decisions on this question.*⁹³

As vantagens apresentadas pelo estudo vão além de uma simples redução dos custos e de burocracia: (a) poderá haver um substancial compartilhamento de dados e informações dos dois lados, de maneira que a formulação e implementação das políticas poderá ser mais coerente; (b) tendo em vista que a política do consumidor e a da concorrência exigem similar, embora não idêntico, *expertise*, ter isso numa agência única seria bastante positivo, já que o nível técnico exigido é bastante específico e limitado a pouco profissionais; (c) como os Estados, em geral, são mais familiarizados com a política do consumidor do que com a da concorrência – principalmente naquelas em que esta é bastante incipiente –, a combinação da

92 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>>. Acesso em 5 de março de 2013.

93 Tradução livre autora: “As políticas públicas não operam em um vácuo; essas são implementadas por instituições, e a qualidade das instituições determina de várias maneiras a capacidade do sistema de oferecer bons produtos (políticas públicas) para os cidadãos. No caso das políticas de concorrência e do consumidor, a questão central é saber quando combinar as duas funções em uma única agência. Há vantagens e desvantagens para esta abordagem, e os países têm tomado decisões diferentes sobre esta questão”. ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>>. Acesso em 5 de março de 2013.

tutelas pode ajudar no desenvolvimento da política da concorrência; (d) considerando que a defesa do consumidor tem *fewer supporters* do que a da concorrência, uma agência única pode ser positiva à primeira, que receberia uma parcela maior de orçamentos⁹⁴.

A respeito das desvantagens de um modelo único para as defesas, o estudo⁹⁵ relata o seguinte:

*But joining the two functions in one agency could also introduce problems. Competition policy and consumer policy are far from identical, after all. Although not cited by joint agencies as having occurred, in theory co-ordinating their disparate procedures, cases and objectives could be difficult. The two sides may compete for resources, with the outcome being less than optimal. Also there is the view, though perhaps a minority one, that if the two policies operating separately can be adequately co-ordinated, then two voices in unison, for example in public advocacy, can be more effective than one*⁹⁶.

Um bom modelo que serve de paradigma para a instituição de uma agência única refere-se àquele adotado pela Austrália. Segundo a colaboração dada por esse país ao estudo da OCDE⁹⁷, a Austrália formula as políticas da concorrência e do consumidor de uma maneira integrada.

O *enforcement* das políticas fica a cargo da Australian Competition and Consumer Commission (ACCC). Pode-se afirmar que esse modelo institucional uno garante à ACCC sinergias e eficiências.

94 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>>. Acesso em 5 de março de 2013.

95 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>>. Acesso em 5 de março de 2013.

96 Tradução livre autora: “Mas a aglutinação das duas funções em uma agência pode também apresentar problemas. A política de concorrência e a política do consumidor estão longe de serem idênticas, apesar de tudo. Embora não seja citado por nenhuma agência única a ocorrência, em tese, a coordenação de procedimentos, casos e objetivos díspares poderia ser difícil. Os dois lados podem competir por recursos, com o resultado sendo menor do que o ideal. Também há a visão, apesar de minoritária, que, mesmo que as duas políticas operem separadamente, essas podem ser adequadamente coordenadas, então, duas vozes juntas, por exemplo na *public advocacy*, podem ser mais eficazes do que uma”.

97 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>>. Acesso em 5 de março de 2013.

Exemplo que justifica esses ganhos constantes de escopo é registrado no estudo da OCDE⁹⁸, qual seja, entender a dinâmica competitiva de um mercado pode ajudar a ACCC a identificar e avaliar os possíveis danos sofridos pelos consumidores. Deve-se ressaltar, ademais, que essa unificação da defesa do consumidor e da concorrência garante à ACCC o uso do mais efetivo *mix* de medidas de *enforcement*, como processos judiciais, execuções, processos administrativos, persuasão e educação para atingir o *compliance* da legislação.

Como se pode perceber, pelo menos no caso do Brasil, o elo entre a Defesa do Consumidor e da Concorrência não se encontra positivado em uma Lei única⁹⁹, nem recai no modelo institucional. Assim, indaga-se, onde estaria o liame que exige uma coordenação e harmonização dessas tutelas? Um apanhado da literatura específica sobre o tema dá indícios de que esse residiria no objetivo compartilhado pelas defesas.

A. 2 Objetivo Comum

Conforme o raciocínio desenvolvido anteriormente, apesar de o desenho institucional brasileiro não privilegiar uma agência única dedicada às duas defesas (do consumidor e da concorrência) e o ordenamento jurídico ser composto por Leis apartadas nessas temáticas, há algo que une intimamente essas duas defesas. O que essas defesas compartilham é o seu

98 ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>>. Acesso em 5 de março de 2013.

99 Diferentemente do que ocorre na Austrália que além de uma agência única, as provisões relacionadas à proteção do consumidor, às condutas anticompetitivas e às operações societárias estão combinadas em uma Lei singular: o *Trade Practices Act 1974*. SYLVAN, Louise. *Activating Competition: The Consumer Protection – Competition Interface*. Trade Practices Workshop, University South Australia, 2004.

objetivo¹⁰⁰, afirmação essa que é amplamente aceita e confirmada em várias ocasiões, segundo Henry Ergas¹⁰¹.

Buscando proporcionar e garantir o bem-estar do consumidor, o Direito do Consumidor atua no lado da demanda – *demand-side* –, isto é, no lado oposto ao da Concorrência, como será visto a seguir. Essa atuação visa a estabelecer uma escolha livre, qualitativa e consciente do consumidor.

Para tanto, estabelecem-se direitos essenciais como: o de ser protegido contra a comercialização de bens e serviços que sejam prejudiciais à sua saúde e à sua propriedade, o de ser informado sobre a qualidade, quantidade, potência, pureza padrão e o preço de bens ou serviços, o de ser assegurado, sempre que possível, o acesso a uma variedade de bens e serviços a preços competitivos, o de não ser coagido por práticas de abuso de poder de mercado (aqui em consonância com a Defesa da Concorrência), entre outros.

Thierry Bourgoignie¹⁰² bem explicita:

*Les objectifs du droit de la consommation sont: l'éducation du consommateur, l'information du consommateur, la protection de ses intérêts économiques, de sa santé, de sa sécurité physique, l'accès des consommateurs à la justice et, enfin, l'organisation, la représentation de ses intérêts collectifs*¹⁰³.

100 Conforme será desenvolvido no presente trabalho, o objetivo da concorrência é, em última análise, garantir o bem-estar do consumidor. Para tanto, os mercados deverão ser eficientes, em termos de preço e qualidade. Nesse sentido, coloca Louise Sylvan: “Há, em geral, pouca ou nenhuma discussão acerca da assertiva que a concorrência é boa para os consumidores. Várias evidências empíricas atestam o benefício aos consumidores, em termos de proposições de preço-qualidade, quando um mercado é competitivo. SYLVAN, Louise. *Activating Competition: The Consumer Protection – Competition Interface*. Trade Practices Workshop, University South Australia, 2004.

101 ERGAS, Henry. The Interaction and Coordination of Competition Policy and Consumer Policy: Challenges and Possibilities. In ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>>. Acesso em 5 de março de 2013.

102 BOURGOIGNIE, Thierry. *Droits des Consommateurs et Marché Économique: Une Perspective Doctrinale*. Bruxelles: Story-Scientia, 1993, p. 52.

103 Tradução livre da autora: “Os objetivos do direito do consumidor são: educação e informação dos consumidores; a proteção de seus interesses econômicos, de sua saúde e de sua segurança física; acesso dos consumidores à justiça e, por fim, organização, representando seus interesses coletivos”.

Acrescente-se que o Direito do Consumidor também proporciona a redução dos custos de procura (*search costs*) e de substituição (*switching costs*), como bem assevera Martha Kisiyombe. O *Office of Fair Trade* (UK)¹⁰⁴ define *switching costs* como:

*Switching costs arise when there is a cost incurred by changing supplier that is not incurred by remaining with the current provider. These costs typically arise due to some firm-specific investment that is not transferable to the new supplier, such as investment in equipment or in learning how to use a firm's products. This firm-specific investment leads to economies of scale in repeat-purchasing; that is it creates a saving from continuing to purchase from the current provider, which is not available when changing to another provider*¹⁰⁵.

Pode-se perceber que o objetivo do Direito do Consumidor é bastante claro. Mas o do Direito da Concorrência, será tão claro assim?

Maurice E. Stucke¹⁰⁶ relata qual é a importância de se ter o objetivo da concorrência bem definido e claro. Segundo o autor, os objetivos da concorrência informam o aplicador da lei, moldando as prioridades da política e sua execução. Esses alertam os formuladores da política de qualquer *gap* entre os resultados atuais e os desejados da corrente implementação. Ademais, eles podem assistir as Cortes nas aplicações dos requisitos legais, a fim de assegurar que os resultados estejam alinhados com os objetivos.

Em segundo lugar, ainda no pensamento de Maurice E. Stucke¹⁰⁷, os objetivos podem aumentar o *accountability* da política da concorrência, já que estimulam a transparência e facilitam o debate no que toca às razões de decidir explicitadas nos casos individuais.

Por fim, e o mais importante, Maurice E. Stucke¹⁰⁸ destaca que a definição dos objetivos permite que os esforços das diferentes agências que atuam sobre vertentes que

104 OFFICE OF FAIR TRADE. *Switching Costs*. Londres: OFT, 2003, p.11.

105 Tradução livre autora: “Os custos de mudança surgem quando há um custo incorrido por mudar de fornecedor, que não ocorre quando se permanece com o provedor atual. Estes custos normalmente surgem devido a algum investimento específico da empresa, que não é transferível para o novo fornecedor, como o investimento em equipamentos ou em aprendizagem para usar o produto. Esse investimento específico de uma empresa acarreta economias de escala de compras-repetidas, que é o que cria um crédito ao consumidor enquanto esse permanecer a comprar do fornecedor atual, o que não ocorrerá quando o consumidor muda para outro fornecedor”.

106 STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*. Vol. 53, 2012, p. 558.

107 STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*. Vol. 53, 2012, p. 558.

afetam a concorrência possam ser melhores coordenados e reforçados, tornando menos viável a execução de políticas que enfraqueçam uma as outras, ou se contradigam.

Apesar dessa evidente relevância, definir os objetivos da defesa da concorrência é uma tarefa, por si só, bastante complicada. Em uma perspectiva histórica da política antitruste nos Estados Unidos da América se observa que nem a jurisprudência, nem a legislação conseguem bem delimitar o objetivo precípua da política.

Tradicionalmente sempre se associou a defesa da concorrência com múltiplos benefícios à sociedade e à economia como um todo, que seriam: (i) eficiência econômica, (ii) proteção da democracia, ao impedir o acúmulo de poder, e (iii) promoção do desenvolvimento.

Como se pode perceber, tais objetivos são claramente muito amplos. Essa amplitude provoca muita insegurança e põe em xeque a efetividade da defesa da concorrência.

Assim, no recente ciclo político norte-americano, segundo Maurice E. Stucke¹⁰⁹, tentou-se limitar o antitruste a um objetivo único. Nesta tentativa de unificação, apontou-se o bem-estar do consumidor.

O grande problema, como relata Maurice E. Stucke¹¹⁰, é que não existe consenso acerca do que bem-estar do consumidor realmente significa. A esse respeito, discorre:

Em 1987, um estudioso observou que os termos eficiência e bem-estar do consumidor ‘tinham se tornado os termos dominantes no discurso antitruste sem haver qualquer consenso claro quanto ao que significariam exatamente’, e que bem-estar consumidor ‘é o termo mais abusadamente utilizado na moderna análise antitruste.’ Isto continua a ser verdade hoje¹¹¹.

108 STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. Boston College Law Review. Vol. 53, 2012, p. 558.

109 STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. Boston College Law Review. Vol. 53, 2012, p. 568.

110 STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. Boston College Law Review. Vol. 53, 2012, p. 568.

111 Tradução livre.

A respeito do bem-estar do consumidor, Charles-Etienne Gudin¹¹² retoricamente indaga:

de qu'oit s'agit-il? D'une utopie ou au contraire d'une réalité qui se fonde sur les théories économiques les plus précises? Vraisemblablement les deux, puisque la précision des théories ne les empêche pas de se succéder, voire de se contredire rapidement, ce qui laisse solvante le juriste perplexe sinon même secrètement satisfait¹¹³

Segundo Calixto Salomão Filho¹¹⁴, para qualquer escola antitruste a busca e a preservação do bem-estar do consumidor é o fim último a ser tutelado, seja para os estruturalistas, para os neoclássicos, ou para os ordoliberalistas. A grande divergência entre as teorias decorre da conceituação do termo “bem-estar” do consumidor.

A Escola de Harvard, também conhecida como estruturalista, surgiu em meados do Século XX. O argumento central da escola residia no número de agentes atuando no mercado e seus tamanhos, considerando que, quando os mercados são concentrados, as firmas tendem a implementar condutas anticompetitivas.

Trata-se do Paradigma Estrutura, Conduta e Desempenho (E - C - D), o qual visa a demonstrar que o resultado ou desempenho do mercado, isto é, o sucesso de uma indústria em produzir benefícios aos consumidores e empregados, estabilizar preços e desenvolver avanços tecnológicos, está relacionado à conduta dos agentes econômicos e dos consumidores. Esta conduta será determinada pela estrutura do mercado relevante¹¹⁵.

Buscando, portanto, evitar as excessivas concentrações de poder econômico, a questão central dos estruturalistas é que o valor a ser protegido é a concorrência em si mesma e não a

112 GUDIN, Charles-Etienne. Qu'est Devenu le Consommateur em Droit Communautaire e de la Concurrence? *Revue des Affaires Européennes*, Paris: v.8, n.3, p. 223, 1998.

113 Tradução livre autora: “de que se trata? De uma utopia ou, ao contrário, de uma realidade que se baseia nas teorias econômicas mais precisas? Provavelmente os dois, pois a precisão das teorias não as impedem de se suceder e, rapidamente, se contrariarem, deixando o jurista perplexo ou secretamente satisfeito”.

114 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

115 Em resumo, para tal teoria, a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho. Além disso, a teoria também se preocupa com a presença de barreiras à entrada, que possibilitam a colusão e o aumento dos preços.

eficiência. Paula Forgioni¹¹⁶ pontua que a base estruturalista é manter a estrutura pulverizada, “evitando-se as disfunções no mercado”, sendo, por tal razão, que a Escola de Harvard pode ser identificada pela frase “*small is beautiful*”.

Para Thomas A. Piraino¹¹⁷, o erro da Escola mencionada reside em não ter levado em consideração os prejuízos causados ao mercado por uma concorrência agressiva, selvagem, que pode ser igualmente prejudicial às estruturas e, por consequência, ao desempenho. Além disso, as Cortes e Agências Reguladoras, embasadas nessa Escola, barraram operações societárias que poderiam ter beneficiado os consumidores sem trazer maiores prejuízos às empresas com menor participação no mercado¹¹⁸.

A Escola de Harvard foi bastante utilizada pela política antitruste norte-americana nos anos 60 e assim permaneceu até a difusão da visão neoclássica, que ganhou soberania em meados dos anos 70. Com bem destaca Calixto Salomão Filho¹¹⁹, “a partir do final dos anos 70, a Escola de Harvard simplesmente desaparece, já que seus representantes aceitaram grande parte dos pressupostos da Escola de Chicago”.

Ganha destaque, assim, a Escola de Chicago, no final dos anos 70, principalmente quando vários dos seus estudiosos são nomeados para a Suprema Corte Federal (Bork, Easterbrook e Posner). Esta teoria – conhecida também como neoclássica – vem a romper a tradição fundamentalmente estruturalista, determinando que a concentração pode gerar benefícios à sociedade e ao consumidor, quando proporcionar a denominada eficiência econômica. Outra afirmação dos estruturalistas que é rebatida pelos neoclássicos refere-se à possibilidade de haver concorrência, ainda quando forem poucos os agentes no mercado.

116 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 179.

117 PIRAINO, Thomas A. Reconciling the Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal*. vol. 82, p. 346-409, 2007.

118 Apesar de trazer algumas inconsistências, a Escola de Harvard trouxe benefícios à análise antitruste, observa Thomas A. Piraino, principalmente no que toca à segurança jurídica. As Cortes passaram a adotar uma presunção de ilegalidade a inúmeros tipos de condutas, sendo dispensável, então, realizar, para tais casos, a complicada análise econômica do mercado relevante. Os agentes econômicos, por seu turno, passaram a ter o prévio conhecimento das condutas que deveriam evitar. PIRAINO, Thomas A. Reconciling the Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal*. vol. 82, p. 346-409, 2007.

119 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 22.

Roger Van Den Bergh e Patrick Van Cayseele¹²⁰ relatam que o ponto de partida da Escola de Chicago pode ser encontrado na teoria neoclássica do preço. Foi o confronto entre a dogmática clássica e o ângulo microeconômico que deu origem a uma nova teoria da eficiência.

Para os *Chicagoans*, as condutas dos agentes econômicos no mercado não são justificadas pelas estruturas, mas sim explicadas pela maximização dos lucros, utilidade e bem-estar. O principal objetivo da tutela antitruste para esses estudiosos residiria na eficiência, deixando as concentrações de serem vistas como um mal a ser evitado, quando pudessem trazer ganhos aos consumidores e ao mercado.

Para Robert Bork¹²¹, a eficiência buscada pela tutela antitruste pode ser definida como uma condição para maximizar o bem-estar dos consumidores, através da redução dos custos e, conseqüentemente, dos preços, bem como do aumento da oferta de produtos e serviços desejados por esses. Como bem coloca Thomas A. Piraino¹²², Bork acreditava que o único objetivo legítimo do Direito Antitruste norte-americano seria a maximização do bem-estar do consumidor, sendo que quaisquer outros objetivos, incluída a proteção dos pequenos empresários em face das grandes empresas, seriam irrelevantes.

Tal posicionamento de Bork resta bastante evidente em sua obra intitulada de “*The Antitrust Paradox: A Policy at War with It Itself*”¹²³. Para o mencionado autor, a coexistência de outros objetivos sendo tutelados pelo Direito Antitruste acabaria por criar uma situação paradoxal na aplicação de suas normas.

Pode-se concluir, destarte, que a Escola Neoclássica vem romper a tradição estruturalista, introduzindo a concepção da eficiência econômica¹²⁴. A partir desta revolução

120 BERGH, Roger Van Den; CAYSEELE, Patrick Van. *Antitrust Law*. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/5300book.pdf>>. Acesso em: 1º de outubro de 2012.

121 BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993.

122 PIRAINO, Thomas A. Reconciling the Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal*. vol. 82, p. 346-409, 2007.

123 BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993.

124 Não há como deixar de reconhecer a contribuição trazida pela Escola de Chicago ao desenvolvimento da análise do Direito Antitruste. Pode-se afirmar, com base em Thomas A. Piraino, que “by the early 1990s, the Chicago School had completed a revolution in antitrust

ocasionada pela Escola de Chicago, a concorrência deixa de ser um fim em si mesma, podendo ser sacrificada em prol de bens maiores. As concentrações não são mais vistas como algo prejudicial à estrutura de mercado, passando os seus benefícios à sociedade e aos consumidores a serem destacados e sopesados.

A grande contraposição lançada à Escola de Chicago, seja pelos ordoliberais, seja pelos Pós-Chicago, é que a eficiência econômica não é suficiente para garantir que os ganhos sejam distribuídos aos consumidores e não, simplesmente, retidos pelos agentes econômicos. Além disso, nem sempre os consumidores buscam apenas preços mais baixos, razão pela qual, critérios como inovação, variedade e qualidade devem ser, também, levados em consideração.

A abordagem Ordoliberal, nascida na Escola de Freiburg¹²⁵, na Alemanha, baseia-se na garantia da competição, não sendo necessária, todavia, a sua existência, mas sim a sua potencialidade, que seria assegurada pela ausência de barreiras à entrada no mercado. Em

analysis”(tradução livre autora: pelo início dos anos 90, a Escola de Chicago já tinha completado uma revolução na análise antitruste). É a partir da Escola de Chicago e dos estudos desenvolvidos por Aaron Director que surge a Análise Econômica do Direito, que serve como uma boa ferramenta para a elaboração, interpretação e aplicação do Direito, de maneira que os ganhos causados superem as perdas. Ressalva-se que a utilização dessa ferramenta não pode ser irrestrita, devendo ser deixada de lado, quando estivermos diante de valores fundamentais que não podem ser deixados de lado. PIRAINO. Thomas A. Reconciling the Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal*. vol. 82, p. 346-409, 2007.

125 A emergência da Escola de Freiburg no âmbito do direito concorrencial, com a sua filosofia econômica ordoliberal, ocorreu após a segunda guerra mundial, diante da necessidade de renascimento da economia europeia e, em especial, da alemã. A principal estratégia, para tanto, foi a busca por um desenvolvimento econômico sustentável, sendo indispensável, para tanto, um aparato legal de promoção e defesa da concorrência. A esse respeito, explica Carl Martin Gölstam: Quando a Segunda Guerra Mundial terminou e a Alemanha foi derrotada em 1945, houve uma enorme necessidade de recuperação econômica na Europa. Muitos governos europeus voltaram-se ao direito da concorrência para garantir o crescimento sustentável. Assim fez a Alemanha, mas a Alemanha não teve outra escolha. A fim de recuperar a plena soberania, o Estado alemão teve que provar para os ocupantes americanos que a indústria de pré-guerra, fortemente cartelizada, nunca iria ressuscitar (...). A Alemanha, não apreciando no mesmo grau do que outros países europeus a voluntariedade neste assunto, foi forçada a adotar não só leis de concorrência, mas todo um sistema de concorrência. Um primeiro passo importante foi dado em 1947, quando os estatutos anti-cartelização foram postos em vigor. O trabalho foi finalizado em 1958, quando o sistema de Direito da Concorrência alemã, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), foi adotado. A coerção dos ocupantes não desempenhou um papel crucial neste processo legislativo, porque houve também um impulso interno para reformar a economia. Um quadro para a reforma realmente foi elaborado secretamente na Universidade de Freiburg, no início da década de 30, quando Hitler estava no escritório. *No momento em que a guerra terminou, e durante o período do pós-guerra, os pensamentos de Freiburg haviam se tornado uma filosofia política e econômica bem definida, conhecida como ordoliberalismo.* GÖLSTAM, Carl Martin. *Article 102 TFEU, Aimed at Serving the Ordoliberal Agenda or European Consumers?* Författare: Ulf Adolphson, 2010, p.14. (grifo nosso.)

decorrência disso, toda a identificação do poder econômico se dará através da constatação ou não de barreiras a novos concorrentes.

Através dessa concepção busca-se assegurar a liberdade de escolha do consumidor, entre as opções ofertadas pelos agentes econômicos. A Escola defende que o bem-estar do consumidor estará protegido com a possibilidade de escolha, que decorre da pluralidade potencial ou real de produtos e serviços e suas respectivas qualidades e preços, ou seja, defende o interesse do consumidor sobre a ótica da oferta (*supply-side*).

É nesse ponto que a Escola de Freiburg confronta a Escola de Chicago. Calixto Salomão Filho¹²⁶ explicita que enquanto o bem-estar dos consumidores para os Ordoliberalis significa liberdade de escolha, para os teóricos neoclássicos ele significa apenas a eficiência econômica.

Em consonância com os Ordoliberalis, no que toca ao direito de escolha do consumidor, encontra-se o movimento Pós-Chicago, conhecido também como revisionismo, que lança críticas à Escola de Chicago, por entender que essa se apoia demasiadamente na ideologia *laissez-faire*. O movimento Pós-Chicago¹²⁷, nessa linha de raciocínio, é caracterizado por uma política antitruste um pouco mais agressiva, porém sem abandonar os princípios econômicos¹²⁸.

O American Antitrust Institute¹²⁹ define os *Post-Chicago marketers* como aqueles que, da mesma forma que os neoclássicos, tendem a ter uma grande confiança nos mercados e uma abordagem regulatória orientada pela análise econômica. No entanto, esses encontraram um objetivo adicional à eficiência gerada pelo ambiente competitivo, tal como a inovação e a

126 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Conduas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

127 O movimento Pós-Chicago se apoia nas novas ferramentas econômicas, especialmente na teoria dos jogos que enfatiza um comportamento estratégico entre os agentes econômicos.

128 John E. Lopatka e William H. Page complementam: “*In recent years, post-Chicago scholars have advocate a more activist approach to antitrust, indentifying circumstances in which, under certain assumptions, markets may fail and government intervention may be justified*” (tradução livre autora: nos recentes anos, escolas pós-chicago tem advogado uma abordagem mais ativista da defesa da concorrência, identificando as circunstâncias em que, sob determinados pressupostos, os mercados podem falhar e a intervenção estatal pode ser justificada”). LOPATKA, John E.; PAGE, William H. *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2002. p. 129.

129 AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE. *The Post-Chicago School*. Disponível em: <<http://www.antitrustinstitute.org/content/post-chicago-school>>. Acesso em 11 de março de 2013.

escolha do consumidores. Esses seriam, segundo o instituto, menos sanguinários que o homem econômico que age racionalmente no senso neoclássico, uma vez que observam as falhas do mercado mais frequentemente que a Escola de Chicago e têm mais confiança na sua qualidade de reguladores para intervir na presença de uma falha de mercado¹³⁰.

Utilizando-se da Análise Econômica proposta pelos neoclássicos e introduzindo novas metodologias com enfoque estruturalista, os Pós-Chicago buscam verificar quando a eficiência supera as perdas ocasionadas pela concentração no mercado, bem como pela diminuição de incentivos à entrada no mercado de novos concorrentes. O ponto fulcral nessa nova abordagem, no que toca ao bem-estar dos consumidores, é apontar que “nem sempre soluções centradas apenas no resultado alocativo vão ao encontro dos interesses dos consumidores”¹³¹, alerta Paula Forgioni.

130 Em mercados competitivos podemos afirmar que há eficiência, no sentido de Pareto. No entanto, o ambiente propício para tanto requer ausência de poder de mercado e simetria de informações. Evidente que na prática tais pressupostos não são nada fáceis de serem alcançados e justamente nessa dificuldade que residem as falhas de mercado. Gregory Mankiw corrobora: “no mundo real, contudo, a concorrência muitas vezes está longe de ser perfeita”. MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 157. Podemos apontar como falhas de mercado a existência de *externalidades* e de *bens públicos*, o *poder de mercado*, os *mercados incompletos* ou que apresentam *riscos pesados*, *assimetria informacional* e a *existência de desemprego e inflação*. Vejamos mais detalhadamente algumas dessas falhas, que podem ser consideradas com as mais relevantes. O *poder de mercado* é a capacidade de um único comprador ou vendedor (ou um pequeno grupo) controlar os preços de mercado. Esse poder pode provocar a ineficiência nos mercados ao manter os preços e quantidades longe do equilíbrio de oferta e de demanda. As *externalidades* são os efeitos colaterais que algumas decisões de compradores e vendedores geram, afetando pessoas que estão fora do mercado, explica Gregory Mankiw. MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 157. Tendo em vista que os compradores e vendedores não levam em conta esses efeitos na hora de decidir, o equilíbrio de um mercado pode ser ineficiente do ponto de vista da sociedade como um todo. A *assimetria de informação* ocorre quando um agente na transação tem mais informação que o outro. Essa ausência de informação acaba ferindo um dos requisitos de um mercado competitivo ocasionando a falha de mercado. Da assimetria de informação temos a seleção adversa, que é um problema pré-contratual, permitindo que os bons pagadores sejam penalizados pelos maus pagadores, e o risco moral, que ocorre na fase pós-contratual, quando a conclusão de um negócio modifica o comportamento dos agentes, prejudicando a outra parte de boa-fé. A respeito da informação assimétrica, importante conferir o trabalho de George Akerlof: AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality, Uncertainty and The Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, 84, p.488-500, 1970. Por fim, tecemos alguns comentários acerca dos *bens públicos*, que são aqueles que podem ser consumidos a preços inferiores ao custo marginal (ou até mesmo nulo), diante a impossibilidade de barrar o uso pelos *freeriders* (caronas).

131 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 171.

Apesar das divergências entre as teorias econômicas antitruste, defende-se que o Direito da Concorrência, em consonância com o Direito do Consumidor, tem a busca pelo bem-estar do consumidor como a sua razão de ser.

Assim, pode-se expressar aqui que a proteção da concorrência tem como fim último a garantia da satisfação dos interesses dos consumidores. Amanda Flávio Oliveira arremata a questão sustentando que o caráter instrumental do direito da concorrência é o que permite que a proteção do consumidor seja entendida como sua finalidade¹³².

O trabalho do CUTS-International¹³³ bem arremata tudo o que tentou-se desenvolver e defender acima, nas seguintes palavras:

Autrement dit, la promotion de la concurrence n'est qu'un moyen pour atteindre ces objectifs. Manifestement, la maximisation de l'intérêt des consommateurs devient une préoccupation principale. La politique de la concurrence fait fonctionner le marché et protège le consommateur d'une quelconque déception. Ce sont également les deux buts importants de la protection des consommateurs.

Ainsi, les objectifs finals des deux politiques sont, à la base, identiques. Pourtant la politique de concurrence est une politique plus proactive qui inter alia tente de promouvoir l'intérêt du consommateur tandis que la politique de protection des consommateurs est plus réactive. Elle protège les intérêts des consommateurs et assure l'accès aux moyens de contester les abus. Bien sur, la politique de protection des consommateurs contient également certains éléments proactifs. A cet égard les deux politiques sont fortement complémentaires puisqu'elles ont l'intérêt du consommateur comme objectif commun¹³⁴.

132 OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Defesa da concorrência e proteção do consumidor. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, v. 14, n. 01, p. 169-181, 2007.

133 CUTS-INTERNATIONAL. *La Politique de la Concurrence et la Politique de la Protection des Consommateurs*. Jaipur: Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, 2008, p.1.

134 Tradução livre autora: “Em outras palavras, a promoção da concorrência é um meio para atingir esses objetivos. Claramente, a maximização do interesse do consumidor se torna uma preocupação principal. A política de concorrência faz o mercado funcionar e protege o consumidor de qualquer decepção. Esses são também os dois objetivos importantes da defesa do consumidor. Assim, os objetivos finais das duas políticas são, na base, idênticos. No entanto, a política da concorrência é uma política mais pró-ativa, que entre outras coisas visa a promover os interesses dos consumidores, enquanto que a defesa do consumidor é mais reativa. Ela protege os interesses dos consumidores e assegura o acesso aos meios de defesa para contestar os abusos. É claro que a política de defesa do consumidor também contém igualmente elementos proativos. Neste contexto, as duas políticas são altamente complementares, já que possuem o interesse do consumidor como um objetivo comum.”

Conclui-se, então, com apoio na tese de Augusto Jaeger Junior¹³⁵, pela “necessária correlatividade, interdependência, indissociabilidade e indivisibilidade” da relação da concorrência com o tema do consumidor¹³⁶. Importante citar, a fim de respaldar a literatura estrangeira com a realidade jurídica brasileira, que logo no artigo 1º da Lei 12.529/11¹³⁷, no capítulo denominado *Da Finalidade*, pode-se encontrar a seguinte disposição¹³⁸:

Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, *defesa dos consumidores* e repressão ao abuso do poder econômico.
Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta Lei¹³⁹. (Grifo nosso.)

Imperioso frisar o destaque dados aos consumidores na exposição da finalidade da Lei¹⁴⁰. Soma-se a isso a titularidade dos bens jurídicos protegidos pela Lei, de maneira que o

135 JAEGER JUNIOR, Augusto. *A Liberdade de Concorrência como a Quinta Liberdade Fundamental: Contribuição para um Mercado Comum do Sul*. 2005. 620 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 172.

136 Nesse sentido, bem destaca Daniel Frimato de Almeida Glória: “não há sentido na concorrência se não houver a ótica do consumidor”. GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003, p. 116.

137 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

138 Ana Paula Martinez afirma que tal artigo “torna inequívoca a posição que os consumidores ostentam frente às normas de defesa da concorrência, devendo a proteção de seus interesses servir como diretriz para o aplicador de tais normas”. MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 01, p. 79, 2004.

139 Através de uma comparação, podemos perceber que se trata do mesmo dispositivo previsto na antiga Lei, a 8.884 de 1994.

140 Estudo realizado pela UNCTAD sobre modelos de Lei de Concorrência nos revela que na análise dos objetivos ou dos propósitos das Leis do mundo todo, pode-se observar que muitas dessas legislações apontam para o interesse do consumidor com uma das suas finalidades, vejamos: “na Argélia: ‘a organização e promoção da livre concorrência e a definição das regras para a sua proteção com o objectivo de estimular a eficiência econômica o bem dos *consumidores*’, no Canadá: ‘para manter e incentivar competição no Canadá, a fim de promover a eficiência e capacidade de adaptação da economia canadiana, a fim de ampliar as oportunidades de participação canadense nos mercados do mundo, enquanto ao mesmo tempo, o reconhecimento do papel da competição estrangeira no Canadá, a fim de assegurar que o as pequenas e médias empresas tenham uma equitativa oportunidade de participar na economia canadense e a fim de oferecer aos *consumidores preços competitivos e opções de produtos*’.(...) No Panamá: ‘para proteger e garantir o processo de desenvolvimento econômico de livre concorrência, eliminando práticas monopolistas e outras restrições, do eficiente funcionamento dos mercados e serviços, e para a salvaguarda *do superior interesse dos consumidores*’, no Peru: ‘Para eliminar práticas monopolistas, controladoras e restritivas, que

princípio da livre concorrência deva ser visto como um instrumento a serviço da coletividade, consoante os ensinamentos de Tércio Sampaio Ferraz Junior¹⁴¹, nomeadamente a serviço dos consumidores.

Diante do texto legal pode-se tirar outra conclusão: a concorrência não é um fim em si mesmo, e sim um instrumento. Paula Forgioni¹⁴² complementa que “aparece clara, conjuntamente com o aspecto instrumental desse tipo de norma, sua aptidão de servir à implementação de políticas públicas¹⁴³, especialmente políticas econômicas”.

A grande ressalva que deve ser feita, já à guisa de conclusão, é que nenhuma política pública econômica poderá ignorar os direitos fundamentais, em particular a proteção ao consumidor (artigo 5º, inciso XXXII da CF¹⁴⁴), sendo essa a finalidade que deve nortear a aplicação da Lei de concorrência. A não observância a tais preceitos constitui-se como uma inconstitucionalidade, uma vez que de nada adianta os direitos e as garantias serem declarados na Constituição, se o Estado não busca empreender esforços para promovê-los e concretizá-los¹⁴⁵.

afetam a livre concorrência, buscando o desenvolvimento da iniciativa privada e o *benefício dos consumidores*’, (...) na Venezuela: ‘promover e proteger o exercício da livre concorrência’ bem como a “eficiência que beneficia os produtores e consumidores’ (...) (grifo nosso). UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Model Law on Competition*. Geneva, United Nations, 2000, p. 14.

141 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Concorrência como Tema Constitucional: Política de Estado e de Governo e o Estado como Agente Normativo e Regulador. . *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC, v. 16 n. 1. p. 174, 2009.

142 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.179.

143 Maria das Graças RUA define políticas públicas (*policies*) como resultantes das atividades política (*politics*), compreendem um conjunto de decisões e ações relativas à alocação imperativa de valores. RUA, Maria das Graças e Carvalho. *O Estudo da Política: Tópicos Seleccionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998.

144 BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*: 5 de outubro de 1988.

145 Nessa temática, merece destaca a Ação Direta de Inconstitucionalidade de n.º 2591-1. A norma acoimada como inconstitucional nessa ADIN era a do § 2º, do art. 3º do CDC, que define como serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária. A ADIN restou julgada improcedente, por maioria dos votos, a fim de determinar que as instituições financeiras estão, todas elas, alcançadas pela incidência das normas veiculadas pelo Código de Defesa do Consumidor. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2.591. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Velloso e Relator para Acórdão Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 07 de junho de 2006.

Note-se, por oportuno, que a defesa do consumidor caracteriza-se como um direito fundamental e, portanto, encontra-se no núcleo duro da Constituição. Desta feita, apenas admite-se eventuais restrições a esse direito fundamental quando essas forem razoavelmente necessárias à promoção de outros direitos fundamentais.

Nesta seara, identifica-se, de cara, que a “busca”, puramente, pelo desenvolvimento econômico, muito embora tenha previsão constitucional como objetivo da República, não é suficiente para justificar possível infringência aos direitos do consumidor. Humberto Ávila¹⁴⁶ nos alerta: “a realização de uma regra ou princípio constitucional não pode conduzir à restrição a um direito fundamental que lhe retire um mínimo de eficácia.”

Um exemplo fático do possível conflito entre política econômica e defesa do consumidor, que muitas vezes tem sede na política da concorrência, é o caso de operações societárias para a criação de grandes empresas brasileiras. Trata-se dos campeões nacionais ou *national champions*, que Paulo Todescam Mattos¹⁴⁷ defende nos seguintes termos:

O fortalecimento de grupos econômicos nacionais poderia, no entanto, ser analisado sob outra perspectiva. Tal como descrevemos acima, pode ser um fortalecimento necessário para garantir, dadas as condições macroeconômicas de determinado país, o aumento da competitividade industrial por meio da ampliação da capacidade de investimentos produtivos (incluindo investimentos em inovação). Ao mesmo tempo, em situações de crise financeira, pode ser um fortalecimento crucial para evitar processos de desindustrialização.

Nos últimos tempos, muito se ouviu falar, no Brasil, nesses tais campeões nacionais, em que o Estado, ainda que indiretamente através do BNDES¹⁴⁸, seria um dos maiores

146 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. Porto Alegre: Malheiros Editores, 2008, 146.

147 MATTOS, Paulo Todescam. *Política Industrial e política de Defesa da Concorrência: Conflito ou Convergência?*. Revista Conjuntura Econômica - FGV/IBRE, Rio de Janeiro, 01 jul. 2009.

148 Desse papel do BNDES emergem muitas preocupações, tanto de ordem competitiva, quanto com relação aos consumidores. Interessante é a reportagem de Patrick Cruz intitulada “BNDES é Bom para Quem?”, publicada pela Revista Exame em 7 de março de 2013: CRUZ, Patrick. *BNDES é Bom Para Quem?* Disponível em <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1036/noticias/o-bndes-e-bom-para-quem?page=4>>. Acesso em 19 de março de 2013.

incentivadores das operações societárias, questão que foi exaustivamente discutida nos jornais e na internet¹⁴⁹ em face da especulada (e suspensa) fusão entre Carrefour e Pão de Açúcar.

Outro caso, não menos paradigmático e recente, refere-se à aprovação, mediante Compromisso de Desempenho, da fusão entre Perdigão e Sadia, como a criação da gigantesca e líder em – alguns mercados – Brasil Foods S. A¹⁵⁰.

Para Roberto Domingos Taufick¹⁵¹, a defesa dos campeões nacionais nada mais é que um *trade-off* entre um prejuízo para o consumidor nacional e o benefício aos consumidores dos outros mercados. Esse *trade-off* enfrentado pelas autoridades antitruste – que deverão sempre levar em consideração os interesses dos consumidores – se materializa na apreciação dos atos de concentração.

Esse papel preventivo, que sofreu uma das mudanças mais significativas com a entrada em vigor da Lei 12.529 de 2011¹⁵², como destacado anteriormente no presente estudo, levanta inúmeras preocupações e gera muita divergência, nomeadamente quando pensamos no bem-estar do consumidor. Por tal razão, um *diálogo* entre as duas políticas se torna quase que *indispensável*.

O controle de estruturas ganha destaque e relevância principalmente em decorrência do fenômeno social de concentração econômica¹⁵³, que nos proporciona a “era das fusões”.

149 Citamos aqui um dos destaques: THE ECONOMIST. *Too Little, Too Late*. Disponível em <<http://www.economist.com/node/18929248>>. Acesso em 19 de março de 2013.

150 Não podemos deixar de destacar aqui o posicionamento de Lúcia Helena Salgado e Rafael Pinho de Moraes sobre esse ato de concentração: “na sessão do Cade que aprovou a fusão Sadia-Perdigão, decidiu-se sobre algo indisponível: o interesse público da concorrência. Com a palavra os que ainda crêem em sua defesa”. SALGADO, Lúcia Helena; MORAIS, Rafael Pinho. *Pesadelo para o Consumidor*. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9547&Itemid=75>. Acesso em 19 de março de 2013.

151 TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

152 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

153 Waldirio Bulgarelli nos informa que esse fenômeno possui origem bastante antiga, mas é a partir da Revolução Industrial que o movimento intensifica-se, com uma tendência ao crescimento incessante. BULGARELLI, Waldirio. *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2000. Sobre esse tema, destacamos, ainda, o trabalho de Beatriz Gontijo de Brito: BRITO, Beatriz Gontijo. *Concentração de Empresas no Direito Brasileiro*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2002.

As megaempresas vão tomando corpo, tendo como âmbito de atuação não mais apenas territórios nacionais, mas sim mercados mundiais, deixando de lado as antigas fronteiras¹⁵⁴.

Trabalhos sobre o assunto, assim os de Heloisa Carpena¹⁵⁵ e Daniel Glória¹⁵⁶, vêm apontando que o CADE e demais autoridades antitruste brasileiras não estão dando a tutela que o princípio da proteção dos consumidores, não apenas requer, como também necessita, ficando este interesse, na maioria dos atos de concentração, apenas, quando muito, nas notas de rodapé. Por tal razão, Heloisa Carpena¹⁵⁷ indaga, “como tornar realidade a dignidade da pessoa humana sem contemplar o consumidor em primeiro lugar, como portador de interesse prioritário a ser tutelado?”

Postas as preocupações que dizem respeito ao objeto específico deste trabalho, passamos à análise técnica e procedimental do controle dos atos de concentração realizado pelo CADE, a fim de, num segundo momento, focar na questão do bem-estar do consumidor na tomada de decisão. A primeira questão que nos vem a mente é a seguinte: mas por que o CADE analisa atos de concentração?

De maneira bastante simplificada e objetiva podemos dizer que esse tipo de conduta em um mercado atrai a atenção das autoridades antitruste já que a possibilidade de concorrentes autônomos/independentes passarem a atuar conjuntamente sinaliza a possibilidade de efeitos negativos ao mercado como um todo. Urs Lehmann e Rolf Watter¹⁵⁸

154 Essa internacionalização de empresas não fica restrita à realidade dos países desenvolvidos. Os países emergentes estão cada vez mais participando do fluxo de investimentos diretos, especialmente direcionados a outros países em desenvolvimento. Com relação ao Brasil, a internacionalização das empresas constitui-se como uma das políticas industriais prioritárias do governo atual, como bem estampado no Plano Brasil Maior. Ver: < <http://www.brasilmaior.mdic.gov.br/>> e CAMEX. *Termo de Referência: Internacionalização de Empresas Brasileiras*. Disponível em <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1260377495.pdf>. Acesso em 19 de out. de 2012. Augusto Jaeger Junior contribui que vários países e mesmo blocos econômicos têm registrado um número crescente de metamorfoseamentos, fusões e aquisições de empresas realizadas com o objetivo primordial de incrementar a competitividade local ou internacional, diante do fortalecimento de concorrentes em ambas as esferas, sobretudo no exterior. JAEGER JUNIOR, Augusto. *A Liberdade de Concorrência como a Quinta Liberdade Fundamental: Contribuição para um Mercado Comum do Sul*. 2005. 620 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005, p. 289.

155 CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

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

157 CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

158 LEHMANN, Urs; WATTER, Rolf. *Merger Control in Switzerland*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1998, p. 9.

justificam o controle de estruturas: “em geral, as concentrações adicionais de poder são indesejáveis”. Ao chegar a notificação do ato no CADE, que passa a ser prévia e portanto deverá ser feita após um instrumento formal que vincule as partes, mas antes de consumado o ato, a autoridade antitruste preocupar-se-á com a definição do mercado relevante (tanto do produto ou serviços quanto o geográfico).

Constatado o poder de mercado através de testes, como o do monopolista hipotético¹⁵⁹, o C4¹⁶⁰ ou HHI¹⁶¹, e da investigação da substituíbilidade pelo lado da demanda e da oferta, e sendo esse superior a 20% – o que configura a possibilidade de exercício de poder –, passa-se à verificação da probabilidade de exercício de poder unilateral ou coordenado. Nesta etapa, avalia-se o nível de importações, a probabilidade, a tempestividade e a suficiência da entrada

159 Malcolm B. Coate e Jeffrey H. Fischer relatam que o teste do monopolista hipotético, desenvolvido pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos (*Department of Justice – DOJ*), é muito bem estabelecido como um teste para a definição do mercado pelas Agências Reguladoras e Cortes Federais dos Estados Unidos e por muitos regimes internacionais antitruste, como é o caso do Brasil. COATE, Malcolm; FISCHER, Jeffrey. *A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition. Potomac Papers in Law and Economics*, p. 1-49, October 2007. No Brasil, o teste do monopolista hipotético está descrito no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, nos seguintes termos: “O teste do ‘monopolista hipotético’ consiste em se considerar, para um conjunto de produtos e área específicos, começando com os bens produzidos e vendidos pelas empresas participantes da operação, e com a extensão territorial em que estas empresas atuam, qual seria o resultado final de um ‘pequeno porém significativo e não transitório’ aumento dos preços para um suposto monopolista destes bens nesta área”. BRASIL. Ministério da Fazenda. SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO (SEAE). *Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal*. Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, 1º de agosto de 2001, p. 9.

160 Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Kenys Menezes Machado lecionam que o teste C4 seria nada mais que a soma das participações dos quatro maiores agentes do mercado. Assim, quanto maior o resultado obtido pela soma, maior será a probabilidade de exercício de poder coordenado. RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert ; MACHADO, Kenys Menezes . *Desafios da Análise do CADE no Setor de Planos de Saúde*. In: PERILLO, Eduardo Bueno da Fonseca; AMORIM, Maria Cristina Sanches. (Org.). *Para Entender a Saúde no Brasil* 4. ed. São Paulo: LCTE, p. 203-234, 2011.

161 Sobre o HHI, Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Kenys Menezes Machado, com apoio nas *guidelines* norte-americanas, esclarecem: “O Herfindahl-Hirschman Index (HHI) é um índice de concentração extensamente empregado na análise antitruste. Ele é calculado com base no somatório do quadrado das participações de mercado de todas as empresas de um dado mercado. O HHI varia de 0 (zero), quando o mercado é totalmente fragmentado, até 10.000, valor no qual uma única empresa detém 100% do mercado. Os dois principais critérios para a análise do HHI são os empregados pelos EUA e pela União Européia. Até o ano passado, nos EUA, o ato de concentração que resultasse em um HHI acima de 1800 (alta concentração) com variação de pelo menos 50 pontos deveria ser analisado, pois apresentaria elevada possibilidade de efeitos sobre a concorrência. Se o HHI ficasse entre 1.000 e 1.800 pontos, mas tivesse variação acima de 100 pontos, também seria investigado. Esses valores foram revisados para cima em 2010 pelas autoridades antitruste americanas; ou seja, HHI de 2500 pontos e variação acima de 100 pontos demandam investigação, o mesmo ocorrendo com HHI entre 1500 e 2500, com variação acima de 100 pontos.” RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert ; MACHADO, Kenys Menezes . *Desafios da Análise do CADE no Setor de Planos de Saúde*. In: PERILLO, Eduardo Bueno da Fonseca; AMORIM, Maria Cristina Sanches. (Org.). *Para Entender a Saúde no Brasil* 4. ed. São Paulo: LCTE, p. 203, 2011.

de novos agentes, a existência de rivalidade e a sua efetividade e a existência de outros fatores relevantes como: custos irrecuperáveis, barreiras regulatórias, exclusividade, economias de escala, integração da cadeia, fidelidade à marca, entre outros.

Caso a análise mencionada acima conclua pela potencial probabilidade do poder de mercado, dá-se prosseguimento à verificação das eficiências geradas pelo ato. Para não ser reprovada a operação nessa etapa, as eficiências, além de serem específicas¹⁶², deverão proporcionar um efeito líquido positivo, isto é, as eficiências da operação precisam ser superiores aos custos (efeitos líquidos negativos), como bem apontam Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo e Kenys Menezes Machado¹⁶³.

A análise das eficiências estava estabelecida no artigo 54 da Lei 8.884/94¹⁶⁴, inciso I, do § 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”. Acontece que a produção de efeito líquido positivo não era condição *per se* para a aprovação do ato, já que o inciso II do mesmo artigo assim exigia: “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais¹⁶⁵, de outro”.

Portanto, as eficiências *deveriam impactar positivamente no mercado e no bem-estar do consumidor*, residindo aqui mais um ponto de interação entre a política da concorrência e a do consumidor. O condicionamento da aprovação do ato à geração de benefícios ao

162 Precisa estar claro que não quaisquer eficiências, mas tão somente aquelas decorrentes especificamente do ato de concentração em análise pelo CADE. Ricardo Ruiz e Marina da Gama defendem que o CADE, geralmente, considera como eficiências específicas da concentração aquelas cuja magnitude e possibilidade de ocorrência possam ser verificadas por meios razoáveis e para as quais as causas (como) e o momento em que serão obtidas (quando) estejam especificados. RUIZ, Ricardo; GAMA, Marina. *A Práxis Antitruste no Brasil: uma Análise do CADE no período 1994-2004. Economia e Sociedade* (UNICAMP), Campinas, v. 16, p. 256, 2007.

163 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert ; MACHADO, Kenys Menezes . *Desafios da Análise do CADE no Setor de Planos de Saúde*. In: PERILLO, Eduardo Bueno da Fonseca; AMORIM, Maria Cristina Sanches. (Org.). *Para Entender a Saúde no Brasil* 4. ed. São Paulo: LCTE, p. 203-234, 2011.

164 BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

165 Para Heloísa Carpena, a Lei ao se referir a “consumidores ou usuários finais” teria adotado, sem qualquer dúvida, o conceito de consumidor instituído pelo CDC: “Portanto, não se trata de tutelar interesses de pequenas empresas, distribuidores, verejistas 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 da legalidade do ato”. CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 231.

consumidor –ainda que não integral, uma vez que os benefícios seriam compartilhados com os demais participantes da operação – representa, segundo Jorge Fagundes¹⁶⁶, a incorporação de um critério distributivo às políticas de defesa da concorrência no Brasil, validando, do ponto de vista legal, o emprego do modelo *price-standard*.

Segundo Jorge Fagundes¹⁶⁷ o critério *price-standard*:

estabelece como objetivo das políticas de defesa da concorrência a maximização do excedente agregado do consumidor e não do excedente total, como propõe Williamsom e os defensores da Escola de Chicago, evitando-se, com isso, o problema distributivo e as prováveis perdas de bem-estar social dele derivadas.

O critério consequencialista inserido na norma concorrencial exige, pois, que as eficiências que subsidiam a aprovação do ato, pelo menos, não reduzam o bem-estar do consumidor, cujo aferimento se baseia em seu excedente. E o excedente do consumidor, consoante descreve Gregory Mankiw¹⁶⁸, é a quantia que esse está disposto a pagar por um bem, menos a quantia que ele efetivamente paga.

A confirmação do critério *price-standard* ocorreu no paradigmático caso Nestlé-Garoto¹⁶⁹, que resultou na reprovação da operação pelo CADE¹⁷⁰. Realizando a análise do caso conforme as etapas apresentadas acima, a autoridade antitruste concluiu pela grande concentração, elevadas barreiras à entrada e não existência de uma rivalidade efetiva.

166 FAGUNDES, Jorge. Excedente do Consumidor, Excedente Agregado e Uso Simulação com Modelo PCAIDS no Caso Nestlé-Garoto. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, vol. 14, n.º 1, p. 131-148, 2007.

167 FAGUNDES, Jorge. Excedente do Consumidor, Excedente Agregado e Uso Simulação com Modelo PCAIDS no Caso Nestlé-Garoto. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, vol. 14, n.º 1, p. 137, 2007.

168 MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001, p. 143.

169 As partes envolvidas no ato de concentração reprovado pelo CADE buscaram a revisão judicial da decisão da autarquia. Em 2009, já em sede de recurso, a Terceira Seção do TRF da 1ª Região, entendeu, por maioria, por anular a decisão do CADE e que um novo julgamento fosse proferido. No presente momento, o processo aguarda o julgamento de Embargos Infringentes. BRASIL. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO. Partes: Chocolates Garoto S/A, Nestlé Brasil Ltda. e Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Terceira Seção. Relator: Desembargador Carlos Moreira Alves.

170 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Ato de Concentração n.º 08012.001697/2002-89. Partes Chocolates Garoto S/A e Nestlé Brasil Ltda. Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade. Julgado em 4 de fevereiro de 2004.

Restando apenas ganhos de eficiência para reverter a situação, essas não se fizeram presentes. As supostas eficiências alegadas pelas partes interessadas não eram suficientes para evitar danos ao consumidor, o que, diante da disposição legal, impede a aprovação do ato.

Nessa esteira, citamos o voto do Conselheiro Thompson Almeida Andrade¹⁷¹:

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

Outro importante precedente do CADE que levou em consideração o interesse do consumidor como fator de decisão foi o ato de concentração que teve como partes as empresas Sadia e Perdigão. Assim se posicionou o Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo¹⁷²:

Na realidade, o fato é que, mesmo se, *ad argumentandum*, fossem consideradas todos os ganhos de sinergias alegados pelas partes, a magnitude de tais eficiências, ainda assim, se mostra insignificante perto dos graves danos à coletividade que este ato de concentração gerará. *O potencial de danos aos consumidores advindo desta operação, conforme foi aqui demonstrado à exaustão, é substancial em um grau raramente observado.*

(...)

Certamente, a mera comparação de alegados ganhos de sinergias com os resultados de aumentos de preços advindos de testes de simulação e UPPs *não servem, por si só, para atestar que haveria um repasse de eficiências aos consumidores.*

(...)

Isso ocorreria porque, ainda assim, o repasse das eficiências aos consumidores seria demasiadamente incerto.

(...)

Dito isso, conclui-se, de modo bastante evidente, que as potenciais eficiências decorrentes da operação *não são, nem mesmo remotamente,*

171 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Partes: Chocolates Garoto S/A e Nestlé Brasil Ltda. Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade. Julgado em 4 de fevereiro de 2004.

172 Apesar de o Conselheiro Relator Emmanuel Joppert Ragazzo ter entendido pela não aprovação do ato, a operação restou aprovada, com restrições, mediante a celebração de Termo de Compromisso de Desempenho em 13 de julho de 2011.

*suficientes para compensar os danos extremos aos consumidores e à coletividade gerados por este ato de concentração*¹⁷³. (Grifo nosso.)

Andressa Schneider¹⁷⁴, em consonância com o apresentado acima, defende que a arquitetura do controle da concentração, conforme prevista pela Lei antiga, “ao prever a distribuição dos benefícios inerentes à concentração entre consumidores e seus participantes, demonstra que a concentração poderia ser aceita se e somente se a Administração pudesse assegurar que haveria a distribuição, a partilha de benefícios – o que determinava a adoção do modelo *price standard* à análise de eficiências”.

Com relação à nova Lei¹⁷⁵, no que toca à distribuição dos benefícios, podemos observar algumas modificações no texto legal, quais sejam:

Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

(...)

§ 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; e

II - sejam *repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes* (...). (Grifo nosso.)

Muito embora a Lei nova tenha repetido a exigência do repasse aos consumidores dos benefícios decorrentes do ato de concentração, essa determinou apenas que a transferência

173 BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Ato de Concentração n.º 08012.004423/2009-18. Partes: Perdigão S.A. e Sadia S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

174 SCHNEIDER, Andressa. Aspectos do controle de atos de concentração e da tutela do consumidor: cotejo entre as Leis 8.884/1994 e 12.529/2011. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, v. 31, p. 73, 2012. Para uma análise mais detalhada da questão, ver a dissertação de mestrado da autora: SCHNEIDER, Andressa. *A Tutela do Consumidor no Controle de Concentrações de Empresas: Uma Análise Jurídica a partir da Lei 8884/1994*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

175 BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

seja de parte relevante desses benefícios, e não de forma equitativa, como previa a norma anterior. Andressa Schneider¹⁷⁶ assevera que o inciso deverá ser interpretado sob a perspectiva distributiva, sob pena de haver um provável retrocesso na rede de proteção dos consumidores que é oferecida pelo Direito Concorrencial, particularmente no controle estrutural.

A título de comparação, é importante citar o artigo 101 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE)¹⁷⁷. No seu item 1, é estabelecido que os acordos entre empresas, decisões de associações entre empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afetar o comércio entre os países da União Europeia e que tenham objetivos ou efeitos anticoncorrenciais reais ou potenciais são proibidos. Podem, no entanto, tais disposições do item 1 serem declaradas inaplicáveis caso os atos ali mencionados preencham *cumulativamente* quatro condições: (i) gerem ganhos de eficiência, (ii) não gerem prejuízos à concorrência além dos que sejam indispensáveis à consecução dos objetivos, (iii)

176 Para Andressa Schneider, com a nova Lei, “há, pois, uma ampliação da discricionariedade. Afinal, o que seria uma ‘parte relevante dos benefícios decorrentes’ da concentração? Qual seria o propósito do legislador ao adotar essa nova construção linguística ‘sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes’, ao invés daquela já positivada ‘os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro?’” SCHNEIDER, Andressa. Aspectos do controle de atos de concentração e da tutela do consumidor: cotejo entre as Leis 8.884/1994 e 12.529/2011. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, v. 31, p. 75, 2012.

177 Na versão em língua portuguesa do TFUE, o artigo 101 possui a seguinte redação: “Artigo 101. (ex-artigo 81. o TCE) 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos. 2. São nulos os acordos ou decisões proibidos pelo presente artigo. 3. As disposições no n. o 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,— 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 económico, 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 objectivos; b) Nem deem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa”. UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*. 30 de março de 2010.

não eliminem substancialmente a concorrência e (iv) *seja distribuído aos consumidores uma parte equitativa dos benefícios gerados pelo ato.*

Ao analisar a última condição, Jean Magnan de Bornier indica que o termo “equitativa” gera bastante dificuldades na hora de ser interpretado, devendo, pois, as autoridades exigirem simplesmente que todo o lucro não vá para os “bolsos dos agentes econômicos”. Outro detalhe que precisa aqui ser destrinchado é a amplitude do conceito de consumidor, ou melhor, de “utilizadores”, como disposto originalmente no TFUE em língua portuguesa¹⁷⁸.

Em uma consulta¹⁷⁹ sobre as normas da concorrência (e em específico o artigo 101 do TFUE¹⁸⁰ – na época artigo 81 do TCE) o *Conseil de la Concurrence* da França, assim demarcou a abrangência da palavra “*utilisateurs*”¹⁸¹:

*La deuxième condition d'une exemption impose que la pratique restrictive réserve aux utilisateurs une part équitable du profit qui en résulte. La notion « d'utilisateur » englobe tous les acteurs, directs ou indirects, des produits couverts par l'accord, y compris les transformateurs, les grossistes, les détaillants, mais surtout, dans le cas de biens destinés à être largement commercialisés, les consommateurs finals*¹⁸².

Certifica-se, pois, que a nova Lei representa um avanço em comparação com essa interpretação dada ao artigo 101 do TFUE. O termo “consumidores” do artigo 88 contempla a

178 Importante observar que o TFUE em língua portuguesa fala em “utilizadores”, assim como no TFUE na língua francesa usa-se o termo “*utilisateurs*”. No entanto, no TFUE versão em língua inglesa o artigo 101 refere-se à “*consumers*”. UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*. 30 de março de 2010.

179 FRANÇA. Conseil de la Concurrence. *Avis n.º 06-A-07*. 22 de março de 2006.

180 UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*. 30 de março de 2010.

181 Sobre o tema, ver também: CONDOMINES, Aurélien. *Le Nouveau Droit Français de la Concurrence*. Paris : Jurismanager, 2009.

182 Tradução livre autora: “A segunda condição para a isenção requer que a prática restritiva reserve aos usuários uma parte equitativa do lucro resultante. O termo ‘usuário’ inclui todos os atores, diretos ou indiretos, dos produtos abrangidos pelo acordo, incluindo indústrias, atacadistas, varejistas, mas especialmente, no caso de bens a serem amplamente comercializados, os consumidores finais”. FRANÇA. Conseil de la Concurrence. *Avis n.º 06-A-07*. 22 de março de 2006, p. 23.

definição de consumidor já bem discutida e estabelecida na doutrina consumerista, representada pela corrente finalista¹⁸³.

Da exposição feita acima, devemos fazer as seguintes colocações: a *primeira* é que no Brasil, colocou-se o princípio da Defesa da Concorrência e o da Defesa do Consumidor lado a lado em nossa Constituição, demonstrando que são institutos independentes, mas que, em sua implementação, devem estar em consonância.

A *segunda*, exatamente por serem considerados autonomamente, é que o legislador brasileiro dedicou duas normas distintas a cada disciplina. O Direito do Consumidor é regulamentado pelo CDC¹⁸⁴ e o Direito da Concorrência pela Lei 12.529/2011¹⁸⁵.

A *terceira* refere-se ao fato de que cada política possui uma agência e um sistema próprio. No caso da concorrência, temos o SBDC, integrado pelo CADE e SEAE. Já no do consumidor, temos o SNDC, cuja coordenação fica a cargo da SENACON.

A *quarta* – que não se dá sem maiores divergências e evoluções da teoria econômica – é o reconhecimento de que esses ramos distintos, com lógicas distintas, buscam promover o mesmo estado de coisas. Esse estado é representado pelo bem-estar do consumidor, apesar de que na prática definir o que é esse tão famoso bem-estar é uma tarefa bastante complicada.

A *quinta*: é a identificação e o reconhecimento desse objetivo comum que exigem uma coordenação e harmonização dessas defesas. A política econômica, ainda que venha ao encontro com a defesa da concorrência, precisa observar e promover o direito fundamental de defesa do consumidor¹⁸⁶.

183 As correntes sobre o conceito de consumidor serão vistas na alínea “B.2” da primeira parte deste trabalho.

184 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

185 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

186 Pertinente fazer o destaque ao recente Plano Nacional de Consumo e Cidadania, que conferiu ao Direito do Consumidor o *status* de Política de Estado.

Portanto, conclui-se essas considerações citando a brilhante frase de Harold Seidman¹⁸⁷, que resume o que se pretendeu até agora desenvolver: “*If we want coordination, we must first agree on our national goals and priorities and commit the resources required for their accomplishment*”¹⁸⁸.

187 SEIDMAN, Harold. *Politics, Position, and Power*. New York: Oxford University Press, 1970, p. 84.

188 Tradução livre autora: “Se nós desejamos coordenação, nós devemos primeiramente concordar sobre nossos objetivos e prioridades nacionais e empenhar os recursos necessários para o alcance”.

B. HARMONIZAÇÃO E COORDENAÇÃO DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DA DEFESA DO CONSUMIDOR

Como visto na parte “A”, a identificação e o reconhecimento de um objetivo comum entre a defesa do consumidor e a da concorrência é o que exige uma coordenação e harmonização dessas defesas. Acontece que, apesar deste elo, a coordenação e a harmonização não é uma tarefa tão simples, nomeadamente por ter essas defesas lógicas e racionalidades distintas, razão pela qual a presente dissertação busca apoio no Método Diálogo das Fontes, conforme será visto a seguir.

B.1 O que Coordenar e Harmonizar

Entender a defesa da concorrência e a do consumidor como faces de uma só moeda é o que permite identificar a íntima relação existente entre a defesa do consumidor e a da concorrência, conforme reiteradamente narrado na primeira parte da dissertação. Essa unidade, como se já não fosse suficiente, é ainda respaldada pela identidade dos sujeitos passivos, a quem as normas regulatórias do Direito do Consumidor e da Concorrência são dirigidas.

Coincidência ou não, há uma concomitância no que se refere ao sujeito passivo. De uma maneira geral, os agentes econômicos que praticam atos lesivos aos consumidores possuem poder de mercado. A estrutura do mercado é representada ou por poucos agentes – oligopolizada – ou se refere a monopólios, que são muitas vezes decorrentes de concessões estatais.

Como poderíamos, então, conceber um sistema apartado de defesa do consumidor e de defesa da concorrência, se além de um objetivo comum, essas ainda possuem o mesmo sujeito passivo? A questão é simples: as defesas possuem lógicas distintas, mas que juntamente se complementam.

Essa é a razão primordial para termos sistemas autônomos, que não podem ser resumidos em um só (muito embora possam ser alocados em uma única instituição). Os fundamentos e as racionalidades dirigem a tutela para caminhos distintos, muito embora sejam esses embasados na mesma finalidade, qual seja, o bem-estar do consumidor.

Danièle Meledo-Briand explica¹⁸⁹ o que seriam essas lógicas distintas:

Bem entendido, ao direito do consumidor e ao direito da concorrência correspondem lógicas diferentes. Um visa ao particular, outro ao coletivo. Uma considera o consumidor como sujeito passivo, a outra o torna como destinatário final do mercado, seja como agente econômico, seja como sujeito ativo.

Perceba-se, portanto, que em decorrência de sua natureza diversa, cada ramo irá proteger o consumidor de maneira distinta. Essa proteção nada mais é que uma forma de intervenção do Estado na Ordem Econômica.

E sobre intervenção, não se pode deixar de citar os estudos de Eros Grau¹⁹⁰. Segundo Eros Grau¹⁹¹, atuação estatal é uma expressão genérica que diz respeito à ação do Estado tanto na área de titularidade própria (serviços públicos), quanto na área de titularidade do setor privado. O termo intervenção, por sua vez, conota a atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito.

A atividade econômica possui duas acepções: a prestação de serviços públicos e o exercício da atividade econômica em sentido estrito. Serviço público é todo aquele prestado para satisfazer às necessidades essenciais. Já a atividade econômica em sentido estrito diz respeito às atividades de titularidade do ramo privado que negociem o lucro.

Há excepcionalidades trazidas pela Constituição Federal que possibilitam a exploração de tais atividades pelo Estado, como é o caso dos artigos 173 *caput*, 177 e inciso XXIII do

189 MELEDO-BRIAND, Danièle. A Consideração do Interesse do Consumidor e o Direito da Concorrência. *Revista de Direito do Consumido*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 39, jul./set. 2000.

190 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

191 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 45.

artigo 21 do documento. O primeiro diz respeito à exploração direta pelo Estado quando esta for necessária aos imperativos da segurança nacional ou haver relevante interesse coletivo. Os dois últimos tratam do regime em atuação de monopólio.

Postas as distinções necessárias, passa-se ao exame das modalidades de intervenção estatal. Eros Grau¹⁹² relata que há três formas de intervenção: por absorção ou participação; por direção; e por indução. O primeiro caso é conhecido também como intervenção no domínio econômico, na qual o Estado desenvolve a ação como agente econômico. É por absorção quando o Estado assume integralmente os meios de produção, ou seja, atua em regime de monopólio. É por participação quando o Estado assume parcela dos meios de produção, atuando em regime de competição “com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor”¹⁹³.

Nos últimos dois casos, conhecidos como intervenção sobre o domínio econômico, o Estado desenvolve a ação como regulador dessa atividade. Quando o faz por direção, ele exerce pressão sobre a economia por meio de normas compulsórias destinadas aos sujeitos da atividade econômica em sentido estrito. Nesse caso, trata-se de comandos imperativos, cogentes. A título exemplificativo, podemos citar a norma que instrumenta um controle de preços.

Na intervenção por indução, por sua vez, o Estado manipula os instrumentos de intervenção na conformidade das leis que regem os mercados, tratando-se, nesse caso, de normas dispositivas. A indução pode se dar tanto de forma positiva como negativa.

Vejamos, pois, como o Estado intervém sobre o domínio econômico por meio das normas de concorrência e do consumidor. Sobre as normas de concorrência, ressalta-se, primeiramente, que a base dessas, inegavelmente, buscou inspiração na doutrina e nas autoridades estrangeiras, sobretudo nas norte-americanas. Essas defendiam que os juízes, em

192 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 148.

193 GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 148.

matéria antitruste, segundo Luis Fernando Schuartz¹⁹⁴, deveriam interpretar a legislação aplicável tendo em vista, unicamente, a maximização de alguma medida de bem-estar econômico.

Nessa linha de raciocínio, se concebeu no Brasil uma teoria normativa consequencialista ao Antitruste. Destarte, as propostas de solução para determinados casos concretos estarão relacionadas à sua contribuição para a obtenção do estado de coisas elegido pela norma.

Não obstante, salienta Luis Fernando Schuartz¹⁹⁵ que a natureza consequencialista do Direito da Concorrência também pode ser vista em um sentido forte, dando supremacia à valoração das consequências sobre os demais critérios de correção, eventualmente considerados também como relevantes.

Evidentemente que essa valoração consequencialista, no momento da decisão, não é tarefa fácil, principalmente se considerarmos a assimetria de informação e a dificuldade de se prever o futuro. Essa é a razão pela qual se tem desenvolvido, perante as autoridades antitruste, regras procedimentais, a fim de simplificar a decisão. São as famosas *guidelines*, resoluções do CADE, inspiradas no modelo norte-americano.

Destarte, o raciocínio que norteia a interpretação e a aplicação das normas concorrenciais, seja no controle de estruturas, seja no controle de condutas, é consequencialista. E, nesse sentido, como se pretendeu defender nesse trabalho, as consequências sopesadas devem ter como norte a proteção do destinatário último da norma, isto é, os consumidores.

Ainda, convém destacar a íntima relação, como já deve estar bastante óbvio nesse ponto da dissertação, do Direito da Concorrência com a teoria econômica. Não é por menos que o CADE é composto por juristas e economistas, que, em sua atuação, precisarão levantar

194 SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 1º de fevereiro de 2013.

195 SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 1º de fevereiro de 2013.

dados de cunho econômico, como definição do mercado relevante, do *market share*, da elasticidade da demanda, entre outros.

Imperioso esclarecer que o fato do consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais, não o transforma em destinatário jurídico direto das mesmas, como bem coloca Calixto Salomão Filho¹⁹⁶. Muito pelo contrário, em alguns casos, se o consumidor fosse o destinatário direto da norma, a tutela estaria fadada à ineficácia.

Como regra, a tutela do consumidor, através do Direito da Concorrência, será realizada de forma indireta, através da proteção de outros interesses, como o interesse da instituição concorrência¹⁹⁷ ou os interesses dos concorrentes. Um exemplo disso é o preço predatório.

Se apenas o interesse do consumidor de forma imediata fosse levado em consideração, tal ilícito seria considerado bom, em um primeiro momento, para os consumidores, muito embora visasse à dominação de mercado e à eliminação dos concorrentes, num segundo momento. Ana Paula Martinez¹⁹⁸ esclarece essa questão:

Se o interesse do consumidor fosse tutelado imediatamente, essa prática seria lícita. Porém, o interesse maior dos consumidores é a existência de um mercado competitivo, situação que não restaria no caso de prática de preços predatórios durante período suficiente para a eliminação dos concorrentes.

À guisa de exceção, resta aos consumidores a titularidade direta no que toca aos ilícitos decorrentes de abuso de posição dominante, razão pela qual, o abuso é considerado a pedra angular do Direito Concorrencial¹⁹⁹.

196 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

197 A expressão “instituição concorrência” é utilizada por Calixto Salomão Filho e pode ser definida como a necessidade da manutenção da concorrência, que interessa a consumidores e a concorrentes, “não se confundindo com o interesse individual ou com a soma dos interesses individuais de cada um desses grupos”. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 66.

198 MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 01, p. 75, 2004.

199 Essa questão será melhor abordada na alínea B.1 da segunda parte dessa dissertação (p. 123 e seguintes).

Como bem ressalta José Reinaldo de Lima Lopes²⁰⁰, o CADE está aberto aos consumidores, mas, ao fazer isso, não irá focar nas questões individuais dos consumidores.

Completa o autor:

No Cade ele não vai obter uma satisfação imediata, mas apenas o instrumento para futuras satisfações, ou seja, vai manter a manutenção de um ambiente que se acredita (...) possa vir a ser-lhe favorável, por garantir eficiência alocativa e produtiva, preços mais baixos, produtos mais abundantes, alternativas²⁰¹.

Isto não quer dizer que o interesse direto e individual do consumidor, prejudicado por uma infração à ordem econômica, fique sem reparação. O artigo 47 da Lei 12.529²⁰² vem repetir o conteúdo já previsto na Lei 8.884/94²⁰³ no seu artigo 29, que se refere à faculdade conferida aos prejudicados, por si ou pelos seus legitimados referidos no artigo 82 do CDC²⁰⁴, para ingressar em juízo e obter a cessação da prática e indenização por perdas e danos sofridos²⁰⁵.

200 LOPES, José Reinaldo Lima. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, p. 79-87, abr. /jun. 2000.

201 LOPES, José Reinaldo Lima. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, p. 79-87, abr. /jun. 2000.

202 Artigo 47 da Lei 12.529: Os prejudicados, por si ou pelos legitimados referidos no 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 inquérito ou processo administrativo, que não será suspenso em virtude do ajuizamento de ação. BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

203 BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

204 O Art. 81 do CDC prevê que a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo, conforme segue: “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo. Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de: I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base; III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.” Para tais fins, o artigo 82 apresenta os seguintes concorrentemente legitimados: “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 destinados 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.” BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

205 Ressalva-se que existem entendimentos no sentido de o consumidor, em sentido estrito, não ser legitimado nesse Direito de Ação, uma vez que esse já teria o direito conferido pelas normas

Da leitura conjunta dos artigos da Lei de Concorrencial, do CDC e da Lei 7.347/85²⁰⁶, pode-se apontar dois tipos de litígios envolvendo infrações à ordem econômica: a) o *private antitrust enforcement*, o qual garantirá o ressarcimento aos consumidores e demais prejudicados – como os próprios concorrentes –, tendo em vista que a via administrativas não é o fórum competente para tanto e b) o *public antitrust enforcement*, isto é, as infrações anticoncorrenciais poderão ser objeto de ação civil pública e ou coletiva (Lei 7.347/85 - artigo 1º, caput, e inciso V)²⁰⁷.

O *private antitrust enforcement*, como não poderia deixar de ser, tem como base principal o Direito Antitruste norte-americano. Esse instrumento de efetividade à Lei concorrencial é considerado com um – se não o maior – dos responsáveis pela evolução desse ramo tão específico.

Segundo Hebert Hovenkamp²⁰⁸, aproximadamente 95% dos casos em matéria antitruste são ajuizados por agentes privados. Os expressivos números não deixam dúvida sobre o papel desempenhado pelo *private antitrust enforcement*, que, para Robert Lande e Joshua Davos, é, primordialmente, prevenir a transferência de riqueza das vítimas para

consumeristas. Luiz Carlos Buchain coloca: “Embora os sujeitos do direito à indenização por infração da ordem econômica sejam os “prejudicados”, conceito este indeterminado, a especificidade da LDC não poderá indistintamente abarcar todos consumidores finais de mercadorias e serviços, pois esse grupo social está ao abrigo de lei própria que lhe confere amplas garantias à defesa de seus direitos, em esfera peculiar e bem circunscrita pelo sistema jurídico. Os prejudicados legitimados a ingressar em juízo para o recebimento de indenização, ainda que através de legitimidade processual substituta, são os consumidores concorrenciais, ou seja, os demais agentes econômicos que operam no mercado concorrencial”. BUCHAIN, Luiz Carlos. *O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006, p. 116.

206 BRASIL. Lei 7.347/87 de 24 de julho 85. *Diário Oficial da União*: 25 de julho de 1985.

207 Apesar de a Lei 7.347/85 rotular como Ação Civil Pública aquela proposta por qualquer um dos legitimados do seu artigo 5º, “sob aspecto doutrinário, ação civil pública é a ação de objeto não penal proposta pelo Ministério Público”, afirma Hugo Nigro Mazili. Sendo a ação proposta pelos demais legitimados, mais correto será denominá-la de ação coletiva. Hugo Nigro Mazili complementa: “Sem melhor técnica, portanto, a Lei 7.347/85 utilizou a expressão ação civil pública para referir-se à ação para defesa de interesses transindividuais, proposta por diversos co-legitimados ativos, entre os quais até mesmo associações privadas, afora o Ministério Público e outros órgãos públicos”. MAZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 279.

208 HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 3ª edição. Minnesota: Thomson/West, 2005, p.602.

empresas com poder de mercado e, complementarmente, compensar as vítimas das violações antitruste²⁰⁹.

Essa compensação, elucidam Robert Lande e Joshua Davos, é *overcharged*, isto é, fixada em um montante acima da reparação necessária para compensar os danos sofridos. No caso dos Estados Unidos da América, a legislação antitruste, visando ao efeito dissuasivo, possibilita uma indenização correspondente ao triplo do prejuízo sofrido, possibilidade essa que é denominada de *treble damages* (autorização para que o juiz triplique o montante da indenização por danos a ser paga pelo réu ao autor de uma determinada causa).

No âmbito da União Europeia, a experiência não é tão difundida quanto a norte-americana. Wouter Wils²¹⁰ comenta: “*however, in marked contrast with the situation in the US, private actions for damages or for injunctive relief are rare*”²¹¹. No entanto, a evolução do tema, atualmente, é quase indiscutível, principalmente por ser o *private antitrust enforcement* apontado como o responsável pela europeização do Direito da Concorrência²¹².

O marco impulsionador do uso da legislação comunitária de concorrência (antigos artigos 81 e 82 do Tratado de Roma e atuais artigos 101 e 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia²¹³) por privados nas cortes nacionais dos Estados-membros foi o Regulamento (CE) n.º 1/2003²¹⁴ do Conselho de 16 de dezembro de 2002. Em busca de um maior aprofundamento e difusão do instituto foi editado, primeiramente, o Livro Verde em 2005 e o Livro Branco em 2008, visando a suprimir certas lacunas das Leis da União Europeia.

209 LANDE, Robert; DAVIS, Joshua. Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases. *University of San Francisco Law Review*. vol. 42, p. 879 -918, 2008.

210 WILS, Wouter. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe? *World Competition*, Volume 26, Issue 3, p. 473, September 2003.

211 Tradução Livre autora: “Todavia, em saliente contraste com os Estados Unidos, as ações privadas para reparação de danos ou cautelares são raras”.

212 PRECHAL, S.; OOIK, R.; JANS, J.; MORTELMANS, K. ‘Europeanisation’ of the Law: Consequences for the Dutch Judiciary. Disponível em: <<http://www.rechtspraak.nl/English/Publications/Documents/europeanisation-of-the-law.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2013.

213 UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*: 30 de março de 2010.

214 UNIÃO EUROPEIA. Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho. *Jornal Oficial da União Europeia*: 16 de dezembro de 2002.

Considerando a grande importância dos *private antitrust enforcement*²¹⁵, na esteira do que ocorre nos Estados Unidos da América, a União Europeia vem buscando cada vez mais estimular o seu uso. Tanto assim o é que em 2012 foi criado um Grupo de Trabalho, que pretendem elaborar uma proposta legislativa e tenham os seguintes objetivos centrais: garantir ações efetivas de reparação de danos por violação das regras de concorrência perante os tribunais nacionais da União Europeia e clarificar a inter-relação de tais ações privadas com a ação pública movida pela Comissão e pelas autoridades nacionais da concorrência, nomeadamente no que dizia respeito aos programas de leniência.

No Brasil o *private antitrust enforcement*, de uma maneira bem mais acentuada que na União Europeia, é praticamente inexistente. Daniel Crane²¹⁶ nos informa que não há dados disponíveis acerca de quantos casos foram ajuizados frente a infrações à ordem econômica, mas as autoridades brasileiras acreditam que esse número seja bastante pequeno.

Interessante é o destaque feito por Gisela Mation²¹⁷ de que a literatura brasileira sobre esse tipo de ação é bastante escassa²¹⁸. Em seu estudo sobre ações civis para cessação e reparação de danos causados por condutas anticoncorrenciais no Brasil a autora relata que não foi encontrado nenhum estudo que analise este tipo de ação judicial no Brasil, bem como há pouco conhecimento da existência de tais litígios no judiciário brasileiro.

Em que pese essa incipiência seja verdadeira, pode-se observar, nos últimos anos, uma mudança nesse paradigma²¹⁹. Para confirmar tal afirmação, faz-se aqui alusão ao setor de

215 Sobre o tema, ver: BASEDOW, Jürgen. *Private Enforcement of Ec Competition Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.

216 CRANE, Daniel. Private Enforcement Against International Cartels in Latin America. *Cardozo Legal Studies Research Paper*, n.º 231, p. 1-40, 2008.

217 MATION, Gisela. *Ações Civis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil*. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2008/Categoria_Estudantes/T1/2L/MONOGRAFIA.pdf>. Acesso em 10 de março de 2013.

218 Dentre a escassa literatura nesta temática, destaca-se o trabalho inédito de Luiz Carlos Buchain (BUCHAIN, Luiz Carlos. *O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006). Sobre os posicionamentos desse autor, ver nota 204.

219 Cabe destacar que um dos pontos que devem ser reforçados para uma maior efetividade dos litígios em matéria concorrencial é a maior aproximação dos magistrados com a doutrina antitruste. Esse ponto negativo foi salientado no estudo realizado pela ICN - International Competition Network sobre Concorrência e Judiciário: “Como esperado, todos os países, com exceção de um, reafirmaram que a falta de conhecimento especializado do Judiciário em questões de concorrência é uma questão importante que afeta a implementação da política de concorrência. Pelo menos para os países em desenvolvimento, tal afirmação mostrou-se a maior preocupação e para a qual medidas têm sido

gases industriais/hospitalares que foram condenados em setembro de 2010 pela formação de cartel.

O Processo Administrativo nº 08012009888/2003-70, que teve como relator o Conselheiro Fernando Magalhães Furlan²²⁰, resultou na aplicação de multa no total de R\$ 2,3 bilhões às empresas White Martins Gases Industriais Ltda., Air Liquide Brasil Ltda., Air Products Brasil Ltda., Linde Gases Ltda., sucessora da AGA S.A., e Indústria Brasileira de Gases e aos seus dirigentes e funcionários, a qual pode ser considerada como a maior multa da história do CADE, confirmada em 2012 pelo TRF da 1ª Região²²¹.

Na decisão do mencionado Processo, o CADE buscou estimular a utilização do *private antitrust enforcement* como instrumento de reparação dos danos acarretados pelo cartel²²²:

Como argumentando anteriormente neste voto, a sanção imposta pelo CADE dedica-se essencialmente a abordar o dano causado à concorrência como instrumento orientador da atividade econômica no Brasil. *A multa imposta pelo Conselho não repara os danos patrimoniais e morais causados a pessoas específicas. A indenização por tais danos deve ser engendrada pelas vias judiciais cabíveis. A via de maior destaque é a ação civil pública (...). Merece destaque ainda a ação privada, ajuizada pela vítima do cartel em busca de reparação pelos danos causados. A utilidade de ações privadas para a promoção da concorrência já foi comprovada em jurisdições estrangeiras. (...) No Brasil, porém, quase não se tem notícia de ações privadas em razão de danos causados por cartéis. Perde-se, assim, um importante fator a desestimular a prática de conluio. E os prejudicados também deixam de ser ressarcidos pelos danos causados (grifo nosso).*

adotadas. (...) Os respondentes, incluindo o Brasil, assinalaram que experiências internacionais mostraram que eventos organizados exclusivamente por autoridades de defesa da concorrência e direcionados a juízes não foram bem sucedidos.”CADE. Relatório sobre uma pesquisa acerca da relação entre as autoridades da concorrência e o judiciário - International Competition Network - ICN. *Revista de Direito da Concorrência*, CADE, Brasília: n. 15, jul. a set., 2007. Uma das soluções apontadas para tal problemática, é a participação do CADE como *amicus curiae*, dando suporte técnico ao magistrado em intrincadas questões concorrenciais. A esse respeito, ver: CRAVO, Daniela Copetti. A Natureza da Intervenção Judicial do CADE. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). V Prêmio SEAE 2010: Concurso de Monografias sobre os Temas: Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/Ministério da Fazenda. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011, p. 571-618.

220 BRASIL. Processo Administrativo nº 08012009888/2003-70. Relator: Conselheiro Fernando Magalhães Furlan. Julgado em 1º de Setembro de 2010.

221Reportagem de 19 de setembro de 2012, disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/negocios-geral,trf-mantem-condenacao-do-cade-para-white-martins,127465,0.htm>>

222 BRASIL. Processo Administrativo nº 08012009888/2003-70. Relator: Conselheiro Fernando Magalhães Furlan. Julgado em 1º de Setembro de 2010.

Na mesma esteira do voto acima, os litígios judiciais em matéria concorrencial apresentam efeitos bastante positivos como a dissuasão e a descentralização da defesa da concorrência, que por vezes fica, deveras, concentrada em Brasília. Veja-se que tal possibilidade não fica restrita à esfera privada, sendo viável, conforme exposto acima, o ajuizamento do *public antitrust enforcement*.

Public antitrust enforcement, apesar de também ser incipiente, possui no Brasil um maior número de ocorrências, quando comparado com o *private antitrust enforcement*²²³. Mesmo assim, e apesar da legitimidade e do direito de ação estarem presentes expressamente nas normas protetivas ao consumidor e à defesa da concorrência, encontramos jurisprudências que chamam a nossa atenção, por não reconhecerem a legitimidade do consumidor na busca por reparação ao dano decorrente de um ilícito concorrencial.

Exemplo disso é o julgamento, em 31 de outubro de 2010, da Apelação Civil n.º2002.40.00.003632-7 pela 5ª Turma do TRF da Primeira Região²²⁴⁻²²⁵, que versava sobre

223 Nesse sentido, citamos: (a) a Ação Civil Pública n.º 7099345-90.2009.8.13.0024 ajuizada pela Associação de Hospitais de Belo Horizonte, que está tramitando na 28 Vara cível de Belo Horizonte e versa sobre a reparação de danos em decorrência do cartel dos gases; (b) Ação Civil Pública 053/1.03.0002071-0, em análise em sede de Apelação Cível no TJRS, ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul frente a prática de cartel condenada pelo CADE no Processo Administrativo n.º 08012.005495/2002-14; (c) Ação Civil Pública n.º 0029912-22.2001.403.6100 movida pelo Ministério Público Federal em face de Abbott Laboratórios do Brasil Ltda, Eli Lilly do Brasil Ltda e outros pela prática de cartel reconhecida e condenada pelo CADE no Processo Administrativo n.º 08012.009088/1999-48. Interessante é o levantamento de Heloisa Carpena sobre as ações judiciais de defesa da concorrência que conclui que quase todos os Ministérios Públicos estaduais deixaram de atuar em juízo a esse respeito: “Recentemente, os Ministérios Públicos dos Estados enfrentaram a questão dos cartéis de combustíveis, quase todos, porém, deixando de atuar em juízo e representado à SEAE ou a SDE. Além desses casos encaminhados aos órgãos administrativos, há poucos registros por iniciativa ministerial para tutela de direitos difusos relativos à concorrência.” CARPENNA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157.

224 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Apelação Civil n.º2002.40.00.003632-7. Quinta Turma. Relator: Desembargadora Selene Maria de Almeida. Julgado em 31 de outubro de 2010.

225 Ementa do mencionado caso: “DIREITO DA CONCORRÊNCIA. DIREITO DO CONSUMIDOR E PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA CONHECER E JULGAR DEMANDA COLETIVA DA QUAL É AUTOR O PARQUET FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PARA AJUIZAR AÇÃO COLETIVA NA DEFESA DA LIVRE CONCORRÊNCIA (DIREITO ANTITRUSTE) E NA DEFESA DO CONSUMIDOR (DIREITO CONSUMERISTA). IMPUTAÇÃO DE FORMAÇÃO DE CARTEL PELO MERCADO VAREJISTA DE REVENDA DE COMBUSTÍVEL EM TERESINA/PI. IMPUTAÇÃO DE ABUSO DE PODER ECONÔMICO E CONDUTA ANTICONCORRENCIAL COM VIOLAÇÃO ÀS REGRAS DO LIVRE MERCADO. MERCADO COMO BEM COLETIVO JURIDICAMENTE PROTEGIDO. PEDIDO DE

Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Federal cujo objeto era a responsabilização civil pelo cartel praticado no mercado varejista de revenda de combustível em Teresina, Piauí. Apesar de o julgamento versar apenas sobre questões de legitimidade processual, o voto estendeu-se um pouco mais, abordando a questão do consumidor frente a ilicitudes concorrenciais.

Vindo de encontro à teleologia da norma concorrencial, que é garantir o bem-estar do consumidor, a Desembargadora Selene Maria de Almeida entendeu que, como a prática dizia respeito a infrações à ordem econômica, não haveria que se falar em Direito do Consumidor. Assim, infere-se que o posicionamento estampado pela 5ª turma do TRF1º é que o consumidor não faria jus à indenização por danos sofridos pela prática cartel:

O Direito da Concorrência, subdivisão do Direito Econômico, não tem por objeto relação consumerista. O Direito da Concorrência, das leis antitruste, visam a livre iniciativa, o livre mercado e as ações anticompetitivas dos agentes econômicos e seus abusos do mercado como bem juridicamente protegido. Incide o direito concorrencial sobre o fenômeno econômico e o direito consumerista sobre as relações obrigacionais (fato/ato jurídico).

Não há como discordar da desembargadora no que toca à função imediata do Direito da Concorrência. No entanto, fechar os olhos para a realidade de que uma infração anticoncorrencial pode ser diretamente prejudicial ao consumidor e que esse, nesse caso, teria, sim, direito a uma indenização por perdas e danos sofridos, acarreta uma interpretação bastante simplista da norma concorrencial, indo de encontro não só com sua literalidade, tendo em vista o disposto artigo 47 da Lei 12.529²²⁶, e finalidade, mas com o sistema jurídico como um todo²²⁷.

RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DOS AGENTES ECONÔMICOS PELO DANO CAUSADO AO DIREITO DA CONCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM DO SINDICATO E DOS POSTOS DE REVENDA DE COMBUSTÍVEL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA QUE APURA DANO COLETIVO AO MERCADO. IMPUTAÇÃO DE OMISSÃO DA AGÊNCIA NACIONAL DE PETRÓLEO - ANP DE OMISSÃO QUANTO AO PODER DE POLÍCIA DE FISCALIZAR E SANCIONAR CONDUTAS LESIVAS AO CONSUMIDOR. LEGITIMAÇÃO PASSIVA AD CAUSAM DA ANP. PROVIMENTO DA APELAÇÃO. ANULAÇÃO DA SENTENÇA PARA RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM PARA JULGAMENTO DO MÉRITO. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1º Região. Apelação Civil n.º2002.40.00.003632-7. Quinta Turma. Relator: Desembargadora Selene Maria de Almeida. Julgado em 31 de outubro de 2010.

226 BRASIL. Lei n° 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

227 Lembramos aqui da expressão de Eros Grau: “Não se interpreta o direito em tiras, aos pedaços”. GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005, p. 40.

As normas consumeristas, por sua vez, são corolários da dignidade da pessoa humana, que é estabelecida na Constituição como valor fundamental do país no artigo 1º, inciso III. Sob esta perspectiva, o Direito do Consumidor faz parte da construção de sua cidadania, que está vinculada à oportunidade que cada indivíduo tem de exercer livremente suas opções e escolhas, perante a sociedade e o Estado, como informa a Escola Nacional de Defesa do Consumidor²²⁸.

Adalberto Pasqualotto²²⁹ confirma:

A defesa do consumidor (...) assumiu importante lugar no conceito de cidadania, incorporada à idéia de exercício pessoal que o cidadão poderia fazer dos seus direitos na esfera quotidiana de interesses imediatos. Contribuiu, assim, para transmitir à população a consciência de que a dignidade de cada um, compreendida pela exigibilidade de respeito aos direitos individuais, não é tema privativo de letrados nem pauta meramente acadêmica e distanciada em definitivo do homem comum.

Nessa linha de raciocínio, a defesa do consumidor também proporciona o atendimento ao princípio da igualdade, que é estabelecido na Constituição, no seu artigo 5º. Este princípio representa a igualdade material ou real, superando a clássica concepção liberal de igualdade como um valor meramente formal, a qual possui o potencial de ser um meio de legitimação da manutenção de iniquidades, segundo Gilmar Mendes²³⁰.

Assim, o princípio da igualdade deve ser entendido como a necessidade de se tratar diferentemente pessoas desiguais, a fim de que todos os cidadãos conviviam em uma sociedade com oportunidades iguais para todos. É, em razão dessa lógica, que se pode dizer,

228 ESCOLA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR: *Manual de Direito do Consumidor*. Brasília: ENDC, 2010.

229 PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 9, 2009, p. 66.

230 MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional no Brasil e seu Significado para a Liberdade e a Igualdade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discursos/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em 29 de agosto de 2013.

com apoio em Adalberto Pasqualotto²³¹, que o Direito do Consumidor é um meio de realizar esse princípio.

Essa tutela direcionada ao consumidor decorre do reconhecimento de sua vulnerabilidade no mercado do consumidor, em que esse configura como o elo mais fraco. Antônio Herman Benjamin²³² introduz o conceito de vulnerabilidade: “a vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos”.

É sobre a perspectiva da vulnerabilidade que o CDC é estruturado e sistematizado. Dessa forma, busca-se estabelecer mecanismos para que uma convivência mais equilibrada nas relações entre o mercado e os consumidores seja uma realidade.

O desequilíbrio nas relações de consumo pode ser observado sob várias perspectivas. A esse respeito, Cláudia Lima Marques²³³ identifica três tipos de vulnerabilidade, quais sejam, a técnica, a jurídica e a fática.

A vulnerabilidade técnica engloba a falta de conhecimentos específicos sobre o objeto de compra. Já a jurídica, representa a utilização por parte do fornecedor de mecanismos jurídicos que prejudicam os consumidores ou que impeçam a adequação do instrumento contratual às suas necessidades, como ocorre nos contratos de massa.

A vulnerabilidade fática ou econômica, por fim, representa ao poder detido pelo fornecedor, que pode adotar condutas unilaterais e independentes, que muitas vezes são prejudiciais aos consumidores. É em decorrência desse poder, que os agentes econômicos adotam práticas abusivas.

231 PASQUALOTTO, Adalberto. *Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 9, p. 71, 2009.

232 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; WATANABE, Kazuo; FINK, Daniel Roberto ; FILOMENO, José Geraldo Brito ; GRINOVER, Ada Pellegrini ; NERY JÚNIOR, Nelson ; DENARI, Zelmo .*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 300.

233 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 1999, p. 147.

Além dessas três modalidades de vulnerabilidade apresentadas tradicionalmente pela doutrina, a jurisprudência vem recentemente incluindo também a vulnerabilidade informacional. Bastante elucidativa é a decisão proferida pela Ministra Nancy Andrighi no Recurso Especial nº 1.358.23²³⁴, que tem como objeto pedido de indenização decorrente de contrato de distribuição, em caráter exclusivo no território nacional, de produtos de cutelaria manufaturados pelo Consórcio Premax, de origem italiana:

A vulnerabilidade técnica implica ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo. No sistema do CDC, ela é presumida no caso do consumidor não-profissional, mas pode, excepcionalmente, alcançar o consumidor profissional, nas hipóteses em que o produto ou serviço adquirido não tiver relação com a sua formação, competência ou área de atuação.

A vulnerabilidade jurídica ou científica pressupõe falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo. Ela se presume para o consumidor pessoa física não-profissional. Essa presunção se inverte no caso de profissionais e pessoas jurídicas, partindo-se da suposição de que realizam seus atos de consumo cientes da respectiva repercussão jurídica, contábil e econômica, seja por sua própria formação (no caso dos profissionais), seja pelo fato de, na consecução de suas atividades, contarem com a assistência de advogados, contadores e/ou economistas (no caso das pessoas jurídicas).

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica abrange situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor. Além das três espécies acima, nosso atual estágio de evolução social e tecnológica trouxe relevo também para a *vulnerabilidade informacional*. *O que antes podia ser considerado uma espécie de vulnerabilidade técnica, ganhou importância e individualidade com a denominada era da informação ou era digital, período que sucede a era industrial e que se caracteriza pela troca de informações de maneira globalizada e em tempo real. Isso, de um lado, implicou amplo acesso à informação, mas, por outro, conferiu enorme poder àqueles que detêm informações privilegiadas. Essa realidade, aplicada às relações de consumo em que a informação sobre o produto ou serviço é essencial ao processo decisório de compra evidencia a necessidade de se resguardar a vulnerabilidade informacional do consumidor.* Note-se que, no mais das vezes, o problema não está na quantidade de informação disponibilizada, mas na sua qualidade, sobretudo quando há manipulação e controle pelo fornecedor, influenciando diretamente na decisão do consumidor. Todavia, a despeito da identificação in abstracto de todas essas espécies de vulnerabilidade, não há como ignorar que a casuística poderá apresentar *novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo*. Com efeito, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade técnica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. *Todos*

²³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.358.23. Partes: Prégia Coltelli Ltda e KUEHNE + NAGEL Serviços Logísticas Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 17/06/2013.

esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda assim ser vulnerável pela dependência do produto, pela natureza adesiva do contrato imposto, pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável, pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, entre outros fatores. (Grifo nosso).

Cabível fazer uma distinção: a vulnerabilidade não se confunde com hipossuficiência. A esse respeito, Heloísa Carpena²³⁵ esclarece:

É importante destacar que esse princípio não deve ser confundido com a noção de hipossuficiência, conceito que se aplica só no âmbito processual e que exprime situação na qual se acha o consumidor quando se depara com grave obstáculo à obtenção da prova do fato constitutivo de seu direito. Trata-se de requisito necessário a fundamentar a inversão do ônus da prova e somente nessa perspectiva cabe ser invocada. A hipossuficiência do consumidor, que não é apenas econômica, deve ser por ele provada e avaliada à luz de outros dados, como seu grau de instrução, a natureza do serviço prestado, as condições em que o fornecedor desempenha suas atividades, dentre outras. O consumidor será sempre vulnerável, mas nem sempre hipossuficiente.

Com base nessa vulnerabilidade que as normas de proteção são construídas, justamente para tentar diminuir a posição de dependência do consumidor em face dos agentes econômicos. Ressalta-se que o Código de Defesa do Consumidor deve ser entendido não como um código de consumo, mas sim como um código de proteção ao consumidor, diante de sua vulnerabilidade.

Haverá a incidência deste microsistema jurídico, quando estivermos diante de uma relação de consumo, que é aquela onde os sujeitos são o consumidor e o fornecedor, tendo por objeto produtos ou serviços. O ponto fulcral da configuração de uma relação de consumo reside na definição de quem seria consumidor.

Pelo texto legal, (CDC, art. 2), consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. Ainda que, em tese, este artigo viesse a solucionar o problema de conceituação do consumidor, surge a dúvida para saber o que se deve entender por destinatário final.

235 CARPENA, Heloísa. Afinal, Quem é Consumidor? Campo de Aplicação do CDC à Luz do Princípio da Vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.19, ano 5, p. 29-48, jul. set. 2004.

Há duas correntes doutrinárias que visam a explicar o conceito de destinatário final. A primeira é a corrente maximalista que entende que para a caracterização do consumidor, apenas é necessário que a pessoa física ou jurídica se apresente como destinatário fático do bem ou serviço, isto é, que o retire do mercado, “encerrando objetivamente a cadeia produtiva em que inseridos o fornecimento do bem ou a prestação do serviço”²³⁶.

Já a corrente finalista, por seu turno, consoante ensinam Cláudia Lima Marques, Antônio Herman V. Benjamin e Bruno Miragem, restringe a figura do consumidor àquele que adquire (utiliza) um produto para uso próprio e de sua família. O consumidor seria o não profissional²³⁷.

É devido destacar, no entanto, que essa teoria acabou evoluindo para uma posição mais branda, podendo o artigo 2º do CDC abranger também pequenas empresas ou profissionais vulneráveis que adquiriram um produto ou contrataram um serviço fora de seu campo de especialidade, sendo esta a posição que as cortes brasileiras têm se inclinado a adotar.

Observa-se, ademais, que as relações de consumo regem-se pelo princípio da boa-fé. A propósito, a boa-fé consolidou-se no ordenamento jurídico brasileiro a partir da edição do CDC. Posteriormente, o princípio vem a constar expressamente no Código Civil de 2002.

Sobre a boa-fé, Paulo de Tarso Vieira Sanseverino²³⁸ disserta:

A boa-fé objetiva constitui um modelo de conduta social ou um padrão ético de comportamento, que impõe, concretamente, a todo o cidadão que, na sua vida de relação, atue com honestidade, lealdade e probidade. Não se deve confundir com a boa-fé subjetiva ('guten Glauben'), que é o estado de consciência ou a crença do sujeito de estar agindo em conformidade com as normas do ordenamento jurídico (v. g. posse de boa-fé, adquirente de boa-fé, cônjuge de boa-fé no casamento nulo).

236 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010, p. 55.

237 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2º edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 84.

238 SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 17.

Orientado por esses princípios, o CDC, além de outras vertentes de proteção, como a de responsabilidade pelo fato e pelo vício do produto e do serviço, divide sua atenção entre as práticas comerciais realizadas perante uma relação contratual (cláusulas abusivas) – que deve observar os princípios da boa-fé e da função social do contrato – e as fora dessa relação (práticas abusivas).

Antonio Hermann Benjamin e outros²³⁹ vislumbram as práticas comerciais como “procedimentos, mecanismos e técnicas utilizadas pelos fornecedores para, mesmo indiretamente, fomentar, manter, desenvolver e garantir a circulação de seus produtos e serviços até o destinatário final”.

É justamente nas práticas abusivas que recai o objeto da presente dissertação. Essas serão propriamente analisadas na parte II.

Assim, visto que as normas concorrenciais e as do consumidor nada mais representam que uma forma de intervenção do Estado sobre a economia, tendo cada uma dessas uma lógica e uma racionalidade própria, muito importante se torna estudar a coordenação e harmonização dessas. Esse é o tema que passa-se a analisar na alínea “B.2”.

B.2 Como Coordenar e Harmonizar

Por possuírem um objetivo comum, a defesa da concorrência e a do consumidor precisam ser coordenadas e harmonizadas. Para auxiliar nessa tarefa, existe o método do Diálogo das Fontes, cujos aspectos conceituais, campo de aplicação e três possíveis espécies serão aqui vistos.

239 BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; WATANABE, Kazuo; FINK, Daniel Roberto ; FILOMENO, José Geraldo Brito ; GRINOVER, Ada Pellegrini ; NERY JÚNIOR, Nelson ; DENARI, Zelmo .*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 213.

A bela expressão Diálogo das Fontes é do Prof. Erik Jayme que, segundo Cláudia Lima Marques²⁴⁰, é semiótica e autoexplicativa:

di-a-logos, duas 'lógicas', duas 'leis' a seguir e coordenar um só encontro no 'a', uma 'coerência' necessariamente 'a restaurar' os valores deste sistema, desta 'nov-a' ordem das fontes, em que uma não mais 're-vo-ga' a outra, [...] e, sim, dialogam ambas as fontes, em uma aplicação conjunta e harmoniosa guiada pelos valores constitucionais e, hoje, em especial, pela luz dos direitos humanos.

Essa necessidade de diálogo entre as fontes decorre principalmente das características de um tempo pós-moderno, que traz consigo a multiplicidade de fontes e de leis. Para melhor elucidar essa questão da pós-modernidade, que acaba refletindo na Ciência Jurídica, citamos, aqui, as brilhantes palavras de Erik Jayme²⁴¹:

O direito faz parte da cultura geral. Tem raízes profundas na tradição, mas também sofre influências pelo desenvolvimento de nossa sociedade e da comunidade internacional. Dessa maneira, nosso direito atual é, em certa medida, uma reprodução de nossa cultura contemporânea, quer dizer, da cultura pós-moderna.

Nessa linha de raciocínio e consoante as lições de Erik Jayme²⁴², o cerne da intersecção entre a cultura pós-moderna e o Direito são os valores que esses têm em comum. Esses valores podem ser resumidos em: (i) primeiramente, o pluralismo, não apenas de formas, mas também de estilos, incluído aqui a autonomia no que diz respeito ao estilo de vida, dando-se reconhecimento ao Direito à Diferença. Como segundo valor, (ii) destacamos a comunicação e a inexistência de fronteiras.

Erik Jayme²⁴³ relata que não são apenas os meios tecnológicos que permitem a troca rápida de informação e imagens, mas também a vontade e o desejo de se comunicar". Já o

240 MARQUES, Cláudia Lima. O "Diálogo das Fontes" como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 27.

241 JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, Março/2003. p. 60.

242 JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, Março/2003. p. 59-68.

243 JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, Março/2003. p. 59-68.

terceiro valor (iii) caracteriza-se pela narração: “comunicar é também descrever, contar, narrar”.

Por fim, o quarto valor (iv) representa o retorno dos sentimentos, o qual, consoante Erik Jayme²⁴⁴, pode ser constatado em relação à identidade cultural, ao sentimento forte de defesa da sua própria identidade, da sua religião e de todas as outras expressões do individualismo. São esses quatro valores da cultura pós-moderna que acabam pondo em evidência a relação do Direito com a mesma.

Como bem coloca Erik Jayme²⁴⁵, a pós-modernidade vive de antinomia, de pares contrapostos: ela se define justamente por meio da modernidade, indo além dela. E essa nova realidade, tendo em vista que a Ciência Jurídica é afetada pelo desenvolvimento da sociedade, incide nos ordenamentos jurídicos, o que nos leva a afirmar, como anota Cláudia Lima Marques²⁴⁶, que as leis deixam de ser entendidas como castelos estanques, feudos de uma lei só.

Cláudia Lima Marques²⁴⁷ elucida que na era pós-moderna passa-se do monólogo à convivência das normas. Não se permite, mais, um tipo de clareza ou uma monossolução, já que sequer a hierarquia das leis é clara, a não ser no que toca aos valores constitucionais.

Diante da pluralidade das normas, o sistema, como alerta Erik Jayme²⁴⁸, pressupõe uma certa coerência, devendo evitar a contradição. No Direito da União Europeia, utilizado

244 JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, Março/2003. p. 61.

245 JAYME, Erik . Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, Março/2003. P. 69-84.

246 MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

247 MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

248 JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, Março/2003. p. 59-68.

como exemplo por Erik Jayme²⁴⁹, o juiz, na presença de duas fontes, uma europeia transnacional e outra nacional, com valores constantes, deverá buscar coordenar essas fontes, realizando o que se denomina Diálogo das Fontes²⁵⁰.

Marcelo Schenk Duque²⁵¹ complementa o entendimento, repisando a necessidade de uma comunicação frutífera entre as fontes normativas. Tendo em vista a necessidade de uma unidade do ordenamento jurídico, utiliza-se do Diálogo das Fontes para uma aplicação coerente das normas jurídicas, que deverão ser, conforme aponta Marcelo Schenk Duque²⁵², voltadas à eficiência, que é buscada não apenas na hierarquia, mas, igualmente, na funcionalidade de um sistema plural e complexo, que marca o direito contemporâneo como um todo.

O Diálogo das Fontes, segundo Erik Jayme²⁵³, é um fenômeno novo e impactante, pois “antes se considerava apenas a ideia de hierarquia entre as fontes, e não a de uma aplicação simultânea, de um diálogo entre elas”. A novidade trazida pelo método Diálogo das Fontes - que deve ser considerado, como apresenta Bruno Miragem²⁵⁴, não apenas um método de interpretação, mas também de aplicação - diz respeito a uma resposta aos critérios clássicos de solução de conflitos, os quais por vezes deixavam de lado os valores constitucionais, os Direitos Humanos e/ou Fundamentais.

249 JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, Março/2003. p. 59-68.

250 MARQUES, Cláudia Lima (coord.). O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

251 DUQUE, Marcelo Schenk. O Transporte da Teoria do Diálogo das Fontes para a Teoria da Constituição. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 125-157.

252 DUQUE, Marcelo Schenk. O Transporte da Teoria do Diálogo das Fontes para a Teoria da Constituição. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 140.

253 JAYME, Erik. Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna. In UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO GRANDE DO SUL: *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, Março/2003. p. 67.

254 MIRAGEM, Bruno. Eppur Si Muove: Diálogo das Fontes como Método de Interpretação Sistemática no Direito Brasileiro. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67-111.

Alf Ross²⁵⁵ trata da inconsistência entre duas normas quando são imputados efeitos jurídicos incompatíveis às mesmas condições fatuais. Essa inconsistência pode se dar de três maneiras distintas: (i) a inconsistência total-total, isto é, quando nenhuma das normas pode ser aplicada sob circunstância alguma sem entrar em conflito com outra (um único círculo), (ii) a inconsistência total-parcial, quando uma das duas normas não pode ser aplicada sob nenhuma circunstância sem entrar em conflito com a outra, enquanto esta tem um campo adicional de aplicação no qual não entra em conflito com a primeira (um círculo dentro do outro), e (iii) inconsistência parcial-parcial, isto é, quando cada uma das duas normas possui um campo de aplicação no qual entra em conflito com a outra, porém também possui um campo adicional de aplicação no qual não são produzidos conflitos (dois círculos secantes).

Como solução a essas inconsistências, pensa-se primeiro no princípio da *lex superior*, que quer dizer que num conflito entre previsões legislativas de níveis diferentes, a lei de nível mais elevado, qualquer que seja a ordem cronológica, se achará numa situação de preferência relativamente a de nível mais inferior: a Constituição prevalece sobre a lei, a lei sobre o decreto e assim sucessivamente. Quando as regras encontram-se no mesmo nível hierárquico, Alf Ross²⁵⁶ destaca que, frequentemente, pensa-se que essa inconsistência poderia ser resolvida mediante simples regra convencional de interpretação, conhecidas como *lex posterior*. Todavia, a essa regra, cabe algumas ressalvas feitas pelo autor²⁵⁷:

A experiência mostra que não há adesão incondicional a ele, sendo permissível colocá-lo de lado quando em conflito com outras considerações. O princípio da *lex posterior*, portanto, só pode ser caracterizado como um importante princípio de interpretação entre outros. Além disso, a força do princípio variará segundo os diferentes casos de inconsistência. A *lex posterior* só se aplica na medida em que, em termos subjetivos, o legislador teve a intenção de substituir a lei mais antiga (anterior). Entretanto, pode também ter tido a intenção de que a nova regra se incorporasse harmoniosamente ao direito existente, como um suplemento dele.

Noberto Bobbio²⁵⁸, afirmando que um ordenamento jurídico é composto por mais de uma norma, destaca o problema que nasce da relação das diversas normas entre si. Segundo o autor, “a situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente a qual se encontra os juristas de todos os tempos, e teve uma denominação própria característica: antinomia”.

255 ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: EDIPRO, 2003.

256 ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: EDIPRO, 2003.

257 ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: EDIPRO, 2003, p. 161.

258 BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10 ed., Brasília: Editora UNB, 1999, p. 34.

Para Noberto Bobbio²⁵⁹, a antinomia pode ser definida como a situação na qual são colocadas em existência duas normas, das quais uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento, devendo, ainda, as duas normas pertencer ao mesmo ordenamento e ter o mesmo âmbito de validade, (seja esse temporal, espacial, pessoal e material).

Frisa-se que nesse entendimento de Noberto Bobbio²⁶⁰ e diante de uma antinomia, nunca as duas normas podem ser verdadeiras e aplicadas, o que implica, sempre, na eliminação de uma das duas. É justamente nesse ponto que reside a maior contribuição trazida pelo Diálogo das Fontes, como bem destaca Bruno Miragem²⁶¹: o diferencial do método constitui-se na “admissão apriorística da possibilidade de aplicação simultânea de normas distintas a um mesmo caso, em caráter complementar”, propondo-se “justamente a superação do caráter absoluto de não contradição para outro de complementariedade, admitindo-se, afinal, a possibilidade de aplicação simultânea de normas, segundo determinada orientação jurisprudencial”.

Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa²⁶², nessa linha de raciocínio, exaltam a importância do Diálogo das Fontes, que auxiliará o aplicador a solucionar as aparentes contradições no sistema do Direito, que se dará através da aplicação simultânea das leis, havendo apenas variação quanto a ordem e o tempo, de forma a restabelecer a coerência no sistema.

O Diálogo das Fontes vem, então, substituir a solução clássica de antinomias, que como colocam Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe

259 BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10 ed., Brasília: Editora UNB, 1999, p. 86.

260 BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10 ed., Brasília: Editora UNB, 1999.

261 MIRAGEM, Bruno. Eppur Si Muove: Diálogo das Fontes como Método de Interpretação Sistemática no Direito Brasileiro. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 81.

262 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcello; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidores*, 2 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

Bessa²⁶³, resume-se na revogação total (ab-rogação) da lei ou na revogação parcial da lei, isto é, somente de alguma das suas disposições (derrogação). Perceba-se, assim, que as disposições pertinentes a esses critérios clássicos de solução estabelecidas na Lei de Introdução às Normas Brasileiras também passam a receber influência do método.

E, por tal razão, alerta Cláudia Lima Marques²⁶⁴ que o critério de hierarquia passa a ser entendido como a busca pela coerência dos valores constitucionais e pela prevalência dos Direitos Humanos. A nova especialidade caracteriza-se pela ideia de complementação ou aplicação subsidiária das normas especiais, aplicando primeiro sempre aquela que for mais valorativa e depois, no que couberem, as demais.

A nova anterioridade, deixa de lado o tempo de promulgação da lei, levando em consideração a necessidade de adaptar o sistema cada vez que uma nova lei nele é inserida pelo legislador. Nesse sentido, diante do Diálogo das Fontes, Cláudia Lima Marques²⁶⁵ frisa que a lei nova não revoga tacitamente a lei geral anterior, uma vez que o campo de aplicação da lei geral é naturalmente mais amplo e não coincidente com o da lei especial nova: “revogá-la significaria inaplicar a lei geral a outras matérias importantes. A lei especial nova, porém, pode afastar, em caso de antinomia verdadeira, a aplicação da lei geral anterior”.

Assim, tendo como base a evolução jurídica recente, como bem coloca Bruno Miragem²⁶⁶, principalmente a partir do constitucionalismo de valores e a força contemporânea dos princípios jurídicos, os antigos critérios de solução de antinomias e, mesmo, para o preenchimento de lacunas acabam se tornando insuficientes, conforme visto acima. É nessa insuficiência de critérios de solução, portanto, que o Diálogo das Fontes tem sua aplicação,

263 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcello; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidores*, 2 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 97.

264 MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

265 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 635.

266 MIRAGEM, Bruno. Eppur Si Muove: Diálogo das Fontes como Método de Interpretação Sistemática no Direito Brasileiro. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 73.

razão pela qual o mesmo deve vir a ser entendido como um método de interpretação sistemático.

Tércio Sampaio Ferraz Junior²⁶⁷ ensina que a interpretação sistemática está relacionada às questões de compatibilidade num todo estrutural, de maneira que a organização hierárquica das fontes requer recomendações sobre a sua subordinação e sobre a conexão das normas do ordenamento num todo, que culmina pela primeira norma-origem do sistema, que é a Constituição. Dessa forma, conclui-se que todo o preceito isolado deve ser interpretado em harmonia com os princípios gerais do sistema, a fim de que se preserve a coerência do todo. Nunca se deve, a contrário senso, isolar o preceito nem no seu contexto e, muito menos, na sua concatenação imediata.

A questão que surge nesse contexto é diferenciar o método do Diálogo das Fontes, dos demais métodos de interpretação sistemática, tendo em vista, que, conforme relatado acima, ambos são norteados pelos princípios estabelecidos na Constituição, que seria a norma-origem do sistema. Bruno Miragem²⁶⁸ responde a questão, afirmando que o diferencial é que o método do Diálogo das Fontes, não previne apenas a não contradição de normas, como os demais métodos sistemáticos, mas promove os valores elevados em nossa Constituição.

Veja-se que embora possam surgir alegações de que o método seria arbitrário e que geraria insegurança jurídica, deve-se sopesar que o mesmo sempre tem um resultado concreto, que está guinado na aplicação dos direitos e das garantias fundamentais previstos na Constituição, conforme sustenta Bruno Miragem²⁶⁹. É por tal razão que Cláudia Lima Marques²⁷⁰ alerta que o Diálogo, “por respeito aos valores constitucionais e Direitos Humanos

267 FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994, p. 288.

268 MIRAGEM, Bruno. Eppur Si Muove: Diálogo das Fontes como Método de Interpretação Sistemática no Direito Brasileiro. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67-111.

269 MIRAGEM, Bruno. Eppur Si Muove: Diálogo das Fontes como Método de Interpretação Sistemática no Direito Brasileiro. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 61.

270 MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

que lhe servem de base, não deve, por exemplo, ser usado para retirar direitos do consumidor: o diálogo só pode ser usado a favor do sujeito vulnerável, ou se transformará em analogia *in pejus*”.

Nessa linha de raciocínio, e com base nos ensinamentos de Cláudia Lima Marques²⁷¹, afirmar-se que o método Diálogo das Fontes pode ser sempre utilizado quando estiverem em jogo valores constitucionais, tendo em vista que estes iluminam a aplicação simultânea e coerente de várias fontes. Tanto assim o é, que pode-se observar nos últimos anos a grande disseminação do método, principalmente após a sua adoção pela jurisprudência, que teve como ápice o julgamento da ADIn n.º 2.591, conhecida como ADIn dos bancos, onde o Ministro Joaquim Barbosa assim destacou: “não há, a priori, por que se falar em exclusão formal entre essas espécies normativas, mas, sim, em influências recíprocas”.

Podemos observar, ademais, a menção e alusão ao método em trabalhos dos mais variados ramos do direito. A título de exemplo podemos citar aqui o artigo de Luiz Flávio Gomes²⁷², em matéria penal, acerca da Súmula 442 do STJ, e o de Kiyoshi Harada²⁷³, em matéria fiscal, que aborda a questão dos embargos à execução fiscal.

Cabível, ainda, destacar que o Diálogo das Fontes, como assevera Cláudia Lima Marques²⁷⁴, também poderá se dar em relação a duas leis especiais (cita-se aqui a possibilidade de Lei Antitruste e o Código do Consumidor dialogarem). A esse respeito, corrobora Heloísa Carpena²⁷⁵: “o direito pós-moderno lida com a pluralidade de fontes normativas, sendo frequente a existência de mais de um estatuto incidindo sobre o mesmo fato, como ocorre com as leis de proteção do consumidor e da concorrência”.

271 MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 66.

272 GOMES, Luiz Flávio. *Súmula 442 do STJ: Flagrante Violação ao Princípio da Proporcionalidade*. Disponível em: <<http://webserver.mp.ac.gov.br/wp-content/files/Comentarios-a-Sumula-442-do-STJ.pdf>>. Acesso em 28 de abril de 2012.

273 HARADA, Kiyoshi. *Execução Fiscal: Tiranossauro Rex versus Contribuinte*. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Artigos/748.pdf>>. Acesso em 28 de abril de 2012.

274 MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

275 CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 270.

Repisando o que foi dito anteriormente e com apoio nas palavras de Cláudia Lima Marques²⁷⁶, podemos afirmar, já à guisa de conclusão, que o método “permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada” das fontes plúrimas, servido tanto para a identificação do conflito, quanto para a solução do mesmo, como destaca Bruno Miragem²⁷⁷. Para tanto, Cláudia Lima Marques²⁷⁸ apresenta três possíveis diálogos.

O primeiro diálogo refere-se ao diálogo sistemático de coerência, onde, na aplicação simultânea de duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para outra. Ocorre principalmente quando uma lei não-complementa a outra materialmente, mas apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Andrea Marighetto²⁷⁹ complementa que esse diálogo se dá quando estamos diante uma lei geral e uma lei especial, de maneira que os conceitos e os institutos da lei geral devem ser aplicados também ao microsistema.

Como segundo diálogo, Cláudia Lima Marques²⁸⁰ apresenta o diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade, a indicar a aplicação complementar de regras e princípios, no que couber. Com esse diálogo, não haveria mais a retirada do sistema de uma lei por outra, e, sim, a escolha de qual lei irá complementar a *ratio* da outra, seja de forma direta (complementariedade), seja de forma indireta (subsidiariedade). Por fim, fala-se em um

276 MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In AZEVEDO, Antonio Junqueira de; Tôrres, Heleno Tavares; CARBONE, Paulo: *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas Homenagem a Tullio Ascarelli*, 2ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 129.

277 MIRAGEM, Bruno. Eppur Si Muove: Diálogo das Fontes como Método de Interpretação Sistemática no Direito Brasileiro. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67-111.

278 MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In AZEVEDO, Antonio Junqueira de; Tôrres, Heleno Tavares; CARBONE, Paulo: *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas Homenagem a Tullio Ascarelli*, 2ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 129.

279 MARIGHETTO, Andrea. O “Diálogo das Fontes” como Forma de Passagem da Teoria Sistemático-moderna à Teoria Finalística ou Pós-moderna do Direito. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 111- 124.

280 MARQUES, Cláudia Lima. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In AZEVEDO, Antonio Junqueira de; Tôrres, Heleno Tavares; CARBONE, Paulo: *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas Homenagem a Tullio Ascarelli*, 2ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 160.

terceiro diálogo que é o de coordenação e adaptação sistemática, que ocorre quando há uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei.

Uma vez visto os aspectos conceituais do método Diálogo das Fontes, o seu campo de aplicação e suas três possíveis espécies, vejamos como a defesa da concorrência e a do consumidor podem ser melhores coordenadas e harmonizadas. Utiliza-se o método como orientação e inspiração.

A fim de sintetizar o que se pretende defender acerca do âmbito de proteção de cada defesa, busca-se ajuda naqueles estudos que podem ser considerados como a “recentralização do Direito da Concorrência”, tendo como maior participação os estudos de Robert H. Lande.

Para esse autor, a função do Direito da Concorrência seria de garantir uma escolha efetiva por parte do consumidor²⁸¹. Robert H. Lande²⁸², pois, defende sua tese sobre escolha do consumidor demonstrando que os Estados Unidos da América estão engajados em um longo processo de mudança entre o paradigma da eficiência e da abordagem pela teoria dos preços, adotada pela Escola de Chicago, para uma nova análise, com foco na escolha. Como exemplo dessa nova fase antitruste, Robert H. Lande traz à baila o caso Microsoft, o qual ilustrou a importância da escolha, que é dependente principalmente da inovação e de novos produtos, sendo pouco importante para a resolução do caso os preços praticados pela Microsoft em relação ao seu sistema operacional ou navegador da web.

Em outras palavras, isso significaria o reconhecimento de uma nova fase do direito antitruste, que estaria engajado em proporcionar um repasse dos benefícios aos consumidores, não mais considerando a eficiência por si só. Além disso, evolui-se do critério de preços para outras questões igualmente importantes para os consumidores: como qualidade e segurança.

281 LANDE, Robert H. Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

282 LANDE, Robert H. Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

Lecionam Neil Averitt e Robert H. Lande²⁸³ que o poder de escolha só existirá quando configuradas duas condições fundamentais: “1) deve haver uma gama de opções para o consumidor, possibilitada pela competição; e 2) os consumidores devem poder escolher livremente dentre estas opções”²⁸⁴. Através da definição dessas duas condições podemos delimitar a tarefa de cada disciplina, confirmando o que o método Diálogo das Fontes determina.

Ao Direito da Concorrência caberá assegurar a competição do mercado, preocupando-se, portanto, com as falhas externas desse. Através dessa defesa, o Direito da Concorrência irá assegurar a primeira condição fundamental para o poder de escolha do consumidor, que é uma gama razoável de opções. Isso não quer dizer que apenas o maior número de opções, por si só, deva ser buscado, mas sim que “visa-se a um equilíbrio entre a busca de eficiência econômica e a manutenção de uma série de opções efetivas para o consumidor”, destaca Ana Paula Martinez²⁸⁵.

O Direito do Consumidor, segundo Neil Averitt e Robert H. Lande²⁸⁶, deverá, por sua vez, garantir “que os consumidores possam efetivamente escolher dentre aquelas opções sem ter suas faculdades críticas prejudicadas por violações como fraude ou retenção de informação material”. Trata-se, destarte, de uma proteção contra as falhas internas do mercado, preocupando-se com o lado da demanda (*demand-side*).

Nesse diapasão, pergunta-se: o Direito do Consumidor reforça a concorrência, preenchendo as características de um diálogo sistemático de complementariedade e

283 LANDE, Robert H. AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

284 A questão do direito de escolha do consumidor a ser buscado pelo Direito da Concorrência também é explorado em obras nacionais, especialmente na de Heloisa Carpena. CARPENNA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157.

285 MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 01, p. 73, 2004.

286 LANDE, Robert H. AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

subsidiariedade do Diálogo das Fontes? Sim, e um dos principais mecanismos para isso diz respeito ao direito à informação²⁸⁷.

Mesmo que um mercado seja competitivo, problemas informacionais podem ocasionar decisões não bem calculadas pelos consumidores, fazendo com que a performance seja abaixo do ótimo, o que gera prejuízos ao mercado e à sociedade como um todo.

Por tal razão é que Kati J. Cseres²⁸⁸ informa que a proteção do consumidor, no que toca às falhas de mercado, proporciona um *enforcement* das regras de concorrência. A autora adiciona: “*consumers facing significant information problems will make less rational decisions and might eventually make the Market perform sub-optimally*”²⁸⁹⁻²⁹⁰.

Martha Kisiyombe corrobora²⁹¹:

*Consumer policy approaches, among other things, the market from choices provided by the competition by bridging the gap of information asymmetry between consumers and sellers. As earlier mentioned, the consumer policy is necessary in situations of information imperfection (imperfect markets as is the case in developing countries) in order to reduce the burden imposed on consumers as switching costs*²⁹².

287 CSERES, Kati J. The Impact of Consumer Protection on Competition and Competition Law: The Case of Deregulated Markets. *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*, n.º 05, p. 4, 2006.

288 CSERES, Kati J. The Impact of Consumer Protection on Competition and Competition Law: The Case of Deregulated Markets. *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*, n.º 05, p. 4, 2006.

289 Tradução livre da autora: “consumidores que enfrentam significantes problemas de informação farão decisões menos racionais e poderão, eventualmente, fazer o mercado operar abaixo do seu ótimo”.

290 Importante alerta à Política da Concorrência daqui pode ser retirada: “One of the shortcomings of this thinking, but also of many competition law regimes is that they exclusively focus on firm behaviour and ignore an importante factor: consumer behaviour”. Tradução livre autora: “Uma das limitações deste pensamento, mas também de muitos regimes do Direito da Concorrência, é que esse foca exclusivamente sobre o comportamento das empresas e ignora um fator de suma importância: o comportamento do consumidor”. CSERES, Kati J. The Impact of Consumer Protection on Competition and Competition Law The Case of Deregulated Markets. *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*, n.º 05, p. 4, 2006.

291 KISYOMBE, Martha. *Emerging Issues in Consumer Protection: Complementarities and areas of tension*. Geneva: UNCTAD, 2012, p. 3.

292 Tradução livre da autora: “A política do Consumidor aborda, entre outras coisas, o mercado a partir das escolhas fornecidas pela concorrência através de um ponte que interliga o hiato da assimetria de informação entre os consumidores e os fornecedores. Como anteriormente mencionado, a política do consumidor faz-se necessária nas situações em que há falhas informacionais (em mercados imperfeitos como é o caso dos países em desenvolvimento), a fim de reduzir o fardo imposto aos consumidores como os custos de substituição”.

Destarte, o Direito do Consumidor passa a atuar em uma falha específica do mercado, que diz respeito à assimetria de informação, afetando os pressupostos necessários para um Ótimo de Pareto. Esse seria o primeiro ponto de interação que é trazido à tela, que se refere às normas protetivas do consumidor – nomeadamente aquelas que garantem o direito à informação e regulam a publicidade²⁹³ gerando benefícios ao mercado²⁹⁴.

Essa atenção dada pelas normas consumeristas permite por reflexo, que o jogo do mercado seja limpo, sendo o ganhador aquele agente que tiver o melhor produto e as melhores

293 É cabível aqui citar os seguintes artigos do CDC: “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: (...) III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem; (...)IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;(...). Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem. 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, 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. § 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, despreze valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança. § 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

294 A Escola Nacional de Defesa do Consumidor explica a que se refere o Direito à Liberdade de Escolha e à Informação Adequada, que integram o rol dos Direitos Básicos do Consumidor, previstos no artigo 6º do CDC: “A liberdade de escolha e a igualdade nas contratações dependem intensamente da qualidade e da quantidade de informações passadas aos consumidores pelo fornecedor. Atento a este detalhe, o CDC prescreve que é direito básico do consumidor a “informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem” (art. 6, II, CDC). Este dispositivo da Lei traz exemplos de informações mínimas e necessárias para que um consumidor tenha condições de escolher sem receios o que melhor lhe atende, evitando aquisições desnecessárias ou equivocadas. Porém, a depender do tipo de produto ou serviço, as informações podem referir-se a outras especificações. (...). As falhas de informação podem atingir desde a exposição de preços, dificultando ao consumidor o conhecimento do mais elementar dos dados de sua compra, até as especificações técnicas estabelecidas órgãos oficiais competentes.” ESCOLA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR: *Manual de Direito do Consumidor*. Brasília: ENDC, 2010, p.49.

qualidades e não aquele que se utilizou de meios enganosos ou abusivos para tanto. O resultado, simplificadamente, seria uma maior transparência do mercado.

Sobre essa problemática, Martha Kisyombe²⁹⁵ completa: “*Asymmetries in information between consumers, sellers and firms in these markets may have negative impact on competition, thus, affect consumers’ ability to effectively drive competition*”²⁹⁶.

No entanto, cabe destacar que as falhas internas que atingem diretamente os consumidores e, por isso, recebem tratamento específico do Direito do Consumidor, não são eliminadas simplesmente com a ausência de assimetria de informação. Para melhor elucidar a questão, indaga-se, mesmo que ausente a assimetria de informação em uma relação de consumo, estaria o consumidor livre para exercer sua escolha?

Deve-se acreditar que não. Martha Kisyombe²⁹⁷ endereça a questão:

*Consumers need not only, to access information about the goods and services offered in the market, but also assess those offers and finally act on accessed information in order to make informed decisions when purchasing goods or services in the market place (accessibility, assessment and acting on information about the market-are the three elements of consumer decision making process). Lack of any of the above mentioned elements of consumer decision making process, may harm consumer’s ability to effectively driving competition in the market. Switching costs or search costs is a vivid example of a blockade in consumer’s capability to access, assess and act on information available in the market, because switching costs creates a barrier for consumers to act on such information thus, potentially lessening competition in the market by limiting consumer choice through lock-in*²⁹⁸.

295 KISYOMBE, Martha. *Emerging Issues in Consumer Protection: Complementarities and areas of tension*. Geneva: UNCTAD, 2012, p. 4.

296 Tradução livre: “Assimetrias de informação entre os consumidores, vendedores e empresas nesses mercados podem ter impacto negativo na concorrência, afetando, pois, a capacidade dos consumidores de efetivamente impulsionar a competição.”

297 KISYOMBE, Martha. *Emerging Issues in Consumer Protection: Complementarities and areas of tension*. Geneva: UNCTAD, 2012, p. 4.

298 Tradução livre da autora: “Os consumidores precisam não só ter acesso a informações sobre os produtos e serviços oferecidos no mercado, mas também ter acesso às ofertas e, finalmente, atuar sobre a informação acessada, a fim de tomar decisões informadas na compra de bens ou serviços no mercado (acessibilidade, avaliação e atuação em informações sobre o mercado são os três elementos do processo de tomada de decisão do consumidor). A falta de qualquer um dos elementos acima mencionados no processo de tomada de decisão do consumidor pode prejudicar a capacidade do consumidor de dirigir efetivamente a concorrência no mercado. Os custos de substituição e os custos de pesquisa são um exemplo vivo de um bloqueio na capacidade do consumidor de acessar, avaliar e

Da leitura dos trechos acima, percebemos que os estudos de Martha Kisyombe²⁹⁹ buscam abordar a situação em que, apesar do consumidor ter garantido o seu direito à informações, esse, por outro lado, não consegue exercê-lo, tendo em vista os custos para isso (cria-se uma barreira – *lock-in*). Esses tanto podem se referir aos custos de procura (*search costs*) como aos de substituição (*switching costs*).

Kati J. Cseres explica³⁰⁰:

Another problem is that even if consumers are capable of acquiring and processing the complex body of information, they may choose not to do so. This reluctance is primarily attributable to the costs involved, however it might have psychological reasons, too. In the existence of high switching costs consumers get “locked-in”, tolerate certain service price increases and do not change service providers. In other words, so long as the switching costs are high, supra-competitive service prices may be exacted. Consumers may conclude bad deals or get disconnected to certain markets even when an optimal amount of information is available at the market. The reason is that they lack the capacity to process the information made available for them. Consumers may rely on heuristics instead of being guided by rationality³⁰¹.

Os custos relacionados à procura e à substituição acabam gerando efeitos bastante negativos ao bem-estar do consumidor e, por conseguinte, às estruturas do mercado. Note-se que esse não procurará um produto ou um serviço que satisfaça melhor as suas necessidades

agir sobre a informação disponível no mercado, porque os custos de substituição criam uma barreira à ação dos consumidores sobre as informações, diminuindo, portanto, potencialmente a concorrência no mercado através de uma limitação à escolha do consumidor decorrente de um *lock-in*”.

299 KISYOMBE, Martha. *Emerging Issues in Consumer Protection: Complementarities and areas of tension*. Geneva: UNCTAD, 2012, p. 4.

300 CSERES, Kati J. *The Impact of Consumer Protection on Competition and Competition Law The Case of Deregulated Markets. Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*, n.º 05, p. 4, 2006.

301 Tradução livre da autora: “Outro problema é que, ainda que os consumidores sejam capazes de adquirir e processar o complexo conjunto de informação, eles podem não fazê-lo. Essa relutância é primordialmente atribuída aos custos envolvidos, no entanto, pode ser atribuída a razões psicológicas, também. Na existência de elevados custos de substituição os consumidores ficam ‘*locked-in*’, passando a tolerar certos aumentos de preços e de serviços e não mudar de fornecedor. Em outras palavras, desde que os custos de substituição sejam elevados, preços supraconcorrenciais ao serviço podem ser impostos. Os consumidores podem fazer maus negócios ou serem desconectados de certos mercados, mesmo quando uma quantidade ideal de informações está disponível no mercado. A razão é que eles não têm a capacidade de processar a informação disponibilizada para eles. Os consumidores podem contar com heurísticas em vez de serem guiados pela racionalidade”.

(sejam essas relacionadas ao preço, sejam essas relacionadas à qualidade) ou porque não têm opção, que seria o caso do *lock-in*, ou porque seria custosa demais a procura e a busca por informações comerciais a respeito dos concorrentes.

No setor de telecomunicações pode-se identificar algumas políticas implementadas pela ANATEL, no seu poder regulatório, que buscam eliminar o *switching cost*. Em 19 de março de 2007, foi aprovado o Regulamento Geral de Portabilidade – RGP, por meio da Resolução nº 460³⁰², cujo objetivo é estabelecer as condições para a implementação da Portabilidade de Código de Acesso pelas empresas prestadoras de serviços de telecomunicações de interesse coletivo. Com tal medida, tentou-se desenvolver uma maior competição no setor, com ajuda dos consumidores que exerceriam o seu poder de escolha livremente através de uma substituição com os custos reduzidos.

Robert H. Lande³⁰³ busca, ainda, defender que o bem-estar do consumidor é muito melhor tutelado pelo modelo de escolha do que pela teoria dos preços ou da eficiência econômica. Para justificar tal afirmação, Robert H. Lande³⁰⁴ arrola, como exemplo, mercados onde, mesmo sendo os preços regulados pelo Estado, a competição se torna fundamental para elevar o nível de qualidade e incentivar inovações.

Para exemplos como esses, a análise neoclássica da teoria dos preços não conseguiria mensurar os danos causados pela concentração empresarial, o que geraria danos ao bem-estar do consumidor, já que uma fusão ou outra operação societária seriam aprovadas, tendo em vista a eficiência. Robert H. Lande³⁰⁵ explica:

Now consider a market where all the significant firms were allowed to merge. Montgomery County, Maryland, allowed both of its major taxicab companies to merge, on the theory that prices were regulated so there could be no harm from this merger. Unfortunately, as a result of these mergers service and quality went down significantly. This example illustrates that even if prices are regulated, competition often leads to better service, and

302 BRASIL. Resolução nº 460. *Diário Oficial da União*: 19 de março de 2007.

303 LANDE, Robert H. Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

304 LANDE, Robert H. Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

305 LANDE, Robert H. Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

*the potential harm to consumers in these markets from a lack of competition often are extremely difficult to quantify in price terms*³⁰⁶.

Outros casos em que a teoria dos preços não pode ser aplicada dizem respeito a mercados em que são necessárias criatividade e inovação, mais do que um preço competitivo. Robert H. Lande³⁰⁷ identifica esses mercados como aqueles que envolvem tecnologia (*high-tech*).

Utilizando-se de tais exemplos, Robert H. Lande³⁰⁸ busca sustentar que a inovação é o fator mais importante para determinar a escolha do consumidor em longo prazo e que o consumidor não deseja apenas baixos preços. Propõe, então, Robert H. Lande³⁰⁹, que os fatores como inovação, perspectiva, privacidade e segurança deixem de ficar apenas nas notas de rodapé das análises dos atos de concentração e passem a desempenhar um papel mais proeminente na análise.

Estas constatações feitas por Robert H. Lande³¹⁰ vêm ao encontro dos estudos econômicos acerca da eficiência dinâmica. Trata-se de uma nova concepção para a política antitruste, que não pode ficar restrita à eficiência alocativa estática.

Conforme salienta Ricardo Correa Geoffroy³¹¹, “se o objetivo da política antitruste deve ser o bem-estar do consumidor, então a política adotada acabou se perdendo com uma

306 Tradução livre da autora: “Agora, considere um mercado onde todas as empresas mais significativas foram autorizadas a se fundir. O Condado de Montgomery, Maryland, permitiu a fusão de duas de suas maiores empresas de táxi importantes, na teoria de que os preços eram regulados e assim não poderia haver dano a partir desta fusão. Infelizmente, como um resultado dessa fusão, o serviço e qualidade decaíram significativamente. Este exemplo ilustra que, mesmo se os preços são regulados, a concorrência muitas vezes leva a um melhor serviço, e os danos potenciais para os consumidores nestes mercados a partir da ausência de concorrência, muitas vezes, são extremamente difíceis de quantificar em termos de preços”. LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

307 LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

308 LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

309 LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

310 LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

311 GEOFFROY, Ricardo Correa. Eficiências Econômicas em Atos de Concentração: Rumo à Incorporação das Eficiências Dinâmicas. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério

prioridade equivocada: a eficiência estática”. Ganha espaço na literatura econômica, então, a eficiência dinâmica, a qual possibilita maiores ganhos de bem-estar como o desenvolvimento econômico ao longo prazo e, sobretudo, com a introdução de novos produtos e novas tecnologias na economia.

Em última análise, pode-se perceber que a coordenação e harmonização dessas defesas, que possuem racionalidades e desenhos institucionais e legais distintos, são necessárias, uma vez que possuem um objetivo comum. É por esse motivo que inconsistências e incoerências não podem ser permitidas. Para isso, lança-se mão do Diálogo das Fontes, como demonstrado acima.

Há, ademais, situações em que ambas as políticas incidirão concomitantemente sobre o mesmo fato, conquanto sejam aplicados a esse fato remédios distintos (e seria especificamente nesse ponto de interação a maior necessidade de uma coordenação e harmonização da política).

Essas situações dizem respeito ao papel repressivo desempenhado pelas defesas, no combate às práticas abusivas e às infrações à ordem econômica. Dentre essas, existe uma específica que se constitui como o cerne da defesa do consumidor em matéria antitruste e, portanto, como o ponto fulcral dessa dissertação.

Essa é o abuso de posição dominante e sua prática mais trivial, a venda casada. Assim, passe-se à parte II da dissertação, que irá abordar tal temática.

II. CONDUTAS ABUSIVAS: DÚPLICE CAPITULAÇÃO DA VENDA CASADA

A segunda parte desta dissertação irá, em primeiro momento, analisar o abuso de posição dominante e sua relação direta com o bem-estar do consumidor. Em segundo momento, buscará apresentar algumas propostas à dúplice repressão da venda casada, a fim de possibilitar uma tutela mais efetiva e eficaz.

A. ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE: PROTEÇÃO DIRETA AOS CONSUMIDORES

A parte “A”, após fazer um levantamento sobre o papel repressivo do Estado no que toca a práticas comerciais consideradas prejudiciais aos consumidores e à concorrência, irá abordar as situações em que ambas as políticas incidirão concomitantemente sobre o mesmo fato. Dentre essas, será dado destaque ao abuso de posição dominante, uma vez que esse se constitui como o cerne da defesa do consumidor em matéria antitruste.

A.1 Prática Abusiva e Infração à Ordem Econômica

Os agentes econômicos quando desenvolvem suas atividades buscam implementar condutas a fim de garantir o seu espaço no mercado, bem como para possibilitar uma maior participação nesse, o que acarretará uma maior margem de lucros e o crescimento e desenvolvimento da empresa.

Muitas vezes, a realização de tais estratégias é decorrente do próprio jogo do livre mercado, onde os agentes respondem às condutas implementadas pelos seus concorrentes, para que se possa manter um equilíbrio entre oferta e demanda. Ocorre, no entanto, que a realização de determinadas práticas pode vir a ser extremamente prejudicial à livre

concorrência e aos consumidores. E é, por isso, que o Estado buscou desenvolver um sistema de repressão a tais condutas. A Escola Nacional de Defesa do Consumidor³¹² elucida:

Na verdade, são incontáveis as estratégias e métodos adotados pelas empresas para alcançarem seus objetivos de lucro, aumento de vendas e conquista de cada vez maior clientela deixando de lado o respeito e a proteção do consumidor.

Tanto o CDC³¹³ quando a Lei de Defesa da Concorrência³¹⁴ vêm estabelecer um rol de condutas exemplificativas que, tendo em vista o seu objetivo ou efeito, ainda que potencial, de gerar prejuízos aos consumidores e ao mercado (no caso da Defesa da Concorrência) são capituladas como ilícitos administrativos, cíveis e até mesmo, em certos casos, de natureza criminal. Essas condutas no CDC³¹⁵ são denominadas de *práticas abusivas* e na Lei de Concorrência³¹⁶ de *infrações à ordem econômica*.

As práticas abusivas, no Código do Consumidor, estão elencadas no seu artigo 39³¹⁷. Segundo Cláudia Lima Marques³¹⁸, até a entrada em vigor da Lei n.º 8.884/94³¹⁹ a lista do

312 ESCOLA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR: *Manual de Direito do Consumidor*. Brasília: ENDC, 2010, p. 107.

313 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

314 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

315 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

316 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

317 Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos; II - recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costumes; III - enviar ou entregar ao consumidor, sem solicitação prévia, qualquer produto, ou fornecer qualquer serviço; IV - prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços; V - exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; VI - executar serviços sem a prévia elaboração de orçamento e autorização expressa do consumidor, ressalvadas as decorrentes de práticas anteriores entre as partes; VII - repassar informação depreciativa, referente a ato praticado pelo consumidor no exercício de seus direitos; VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Conmetro); IX - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em leis especiais; X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. XII - deixar de estipular prazo para o cumprimento de sua obrigação ou deixar a fixação de seu termo inicial a seu exclusivo critério. XIII - aplicar fórmula ou índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estabelecido. Parágrafo

artigo 39 era exaustiva, considerando que seu inciso x, “que indicava ser a lista apenas exemplificativa, foi vetado pelo Presidente da República, sob alegação de que este inciso tornava a norma imprecisa e era inconstitucional, tendo em vista a natureza penal do dispositivo”. A Lei n.º 8.884/94³²⁰, por seu turno, introduziu no seu caput a expressão dentre outras práticas abusivas, o que acabou refletindo no CDC³²¹, retornando a lista a ser exemplificativa.

Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa³²² lecionam que as práticas abusivas constituem um conceito fluído e flexível, estando, tampouco, limitadas ao CDC³²³. Como decorrência da norma do art. 7º, *caput*, são também práticas abusivas outros comportamentos que afetem o consumidor diretamente, mesmo que previstos em legislação diversa do Código.

A Escola Nacional de Defesa do Consumidor³²⁴ esclarece que ao controlar as práticas abusivas no mercado, o CDC³²⁵ busca a harmonização das relações de consumo, “o que

único. Os serviços prestados e os produtos remetidos ou entregues ao consumidor, na hipótese prevista no inciso III, equiparam-se às amostras grátis, inexistindo obrigação de pagamento. Ainda, na seção das práticas abusivas do CDC há mais dois artigos além do artigo 39, que dispõem o seguinte: Art. 40. O fornecedor de serviço será obrigado a entregar ao consumidor orçamento prévio discriminando o valor da mão-de-obra, dos materiais e equipamentos a serem empregados, as condições de pagamento, bem como as datas de início e término dos serviços. § 1º Salvo estipulação em contrário, o valor orçado terá validade pelo prazo de dez dias, contado de seu recebimento pelo consumidor. § 2º Uma vez aprovado pelo consumidor, o orçamento obriga os contraentes e somente pode ser alterado mediante livre negociação das partes. § 3º O consumidor não responde por quaisquer ônus ou acréscimos decorrentes da contratação de serviços de terceiros não previstos no orçamento prévio. Art. 41. No caso de fornecimento de produtos ou de serviços sujeitos ao regime de controle ou de tabelamento de preços, os fornecedores deverão respeitar os limites oficiais sob pena de não o fazendo, responderem pela restituição da quantia recebida em excesso, monetariamente atualizada, podendo o consumidor exigir à sua escolha, o desfazimento do negócio, sem prejuízo de outras sanções cabíveis. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

318 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 814.

319 BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

320 BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

321 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

322 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

323 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

324 ESCOLA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR: *Manual de Direito do Consumidor*. Brasília: ENDC, 2010, p. 107.

demanda a garantia de manutenção de equilíbrio entre as partes desiguais. Assim, o ganho do fornecedor deve decorrer de razoável e justificado empenho incorporado no oferecimento regular do produto ou serviço, ficando preservada a liberdade de escolha do consumidor”.

Sobre os remédios dispensados pelas normas consumeristas às práticas abusivas, a Escola Nacional de Defesa do Consumidor ³²⁶ introduz que a repressão à prática pode se dar no âmbito administrativo, civil e criminal.

O órgão de proteção e defesa do consumidor com fundamento no artigo 56 do CDC³²⁷, ao identificar uma prática como abusiva, irá aplicar sanção administrativa. Não obstante, o consumidor poderá ajuizar ação para receber indenização pelos prejuízos patrimoniais e/ou extrapatrimoniais (morais). Ademais, certas práticas abusivas podem ainda ser reprimidas no âmbito criminal³²⁸.

No que tange às infrações à ordem econômica, pode-se dizer que a repressão a essas foi inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro a partir da repressão ao abuso de poder econômico, que esteve presente de forma expressa pela primeira vez na ordem constitucional a partir da Constituição de 1946³²⁹. No entanto, como bem aponta Paula Forgioni³³⁰, “parte da doutrina, liderada por Pontes de Miranda, sustenta que o princípio da repressão ao abuso do poder econômico se encontrava implícito nas Constituições de 1934 e 1937”.

É a partir desta disposição que, conforme expõe Isabel Vaz³³¹, há o início de um sistema brasileiro antitruste, deixando o Estado de reprimir apenas as infrações à ordem econômica sob a tônica essencialmente da economia popular. Essa é o ponto inicial da busca

325 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

326 ESCOLA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR: *Manual de Direito do Consumidor*. Brasília: ENDC, 2010, p. 108.

327 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

328 ESCOLA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR: *Manual de Direito do Consumidor*. Brasília: ENDC, 2010, p. 108.

329 BRASIL. Constituição de 1946. *Diário Oficial*: 19 de setembro de 1946.

330 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.123.

331 VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 249.

por reprimir os atos que possam ser prejudiciais ao mercado, que veio a ser regulamentada pela Lei 4.137/62³³², a primeira lei antitruste brasileira.

A cultura de repressão às infrações contra a ordem econômica foi repetida nas demais legislações antitruste, em especial na Lei 8.884/94³³³ e na atual lei 12.529/11³³⁴, bem como na ordem constitucional, nomeadamente na CF de 1988³³⁵, que veio a introduzir o princípio da livre concorrência como um dos preceitos balizadores da livre iniciativa.

Ocorre que o controle das condutas anticoncorrenciais, até o presente momento, não recebeu, no Brasil, a atenção devida. Calixto Salomão Filho³³⁶ coloca que não seria exagerado dizer que tal matéria é um dos mais descurados campos do Direito Brasileiro, sendo poucos “os trabalhos compreensivos sobre o tema” e escassa a atenção das autoridades competentes.

Paula Forgioni³³⁷ corrobora com o posicionamento de Calixto Salomão Filho, frisando que a energia do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deveria ser igualmente direcionada ao papel repressivo e não apenas, como tem se visto nos últimos tempos desde a edição da Lei 8.884/94³³⁸, ao controle dos atos de concentração.

A necessidade de um estudo que busque compreender sistematicamente os comportamentos anticoncorrenciais decorre, principalmente, do fato de que é “através da aplicação simultânea e conjunta de ambos os subsistemas (controles estrutural e comportamental) que a proteção concorrencial ganha eficácia”³³⁹. Percebe-se, nesse contexto, que o controle de estruturas não é, e nem pode ser, onipotente, até mesmo porque, a sua

332 BRASIL. Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962. *Diário Oficial*: 12 de novembro de 1962.

333 BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

334 BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

335 BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*: 5 de outubro de 1988.

336 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 18.

337 Assim expõe Paula Forgioni: “grande parte da energia e dos recursos públicos empregados pelo SBDC direciona-se à análise dos atos de concentração e não de processos administrativos, que investigam condutas abusivas. Espera-se que, com o fortalecimento do CADE e dos demais órgãos integrantes do SBDC, perante o sistema político e a própria opinião pública, maior atenção seja dada, por parte das autoridades antitruste, às condutas anticoncorrenciais dos agentes econômicos. FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.179.

338 BRASIL. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

339 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 18.

aplicação de modo sufocante poderá vir a barrar estruturas benéficas ao mercado, que aumentariam o nível do bem-estar do consumidor. Some-se a isso a falta de tradição e *expertise* das autoridades brasileiras em questões de cunho preventivo, bem como pelo surgimento de novas estruturas societárias as quais não são “facilmente detectáveis ou controláveis através da disciplina das estruturas”³⁴⁰, razão pela qual o controle repressivo ganha relevância.

Inclusive, esse foco direcionado ao controle das condutas é a proposta do novo CADE, reformulado com as modificações decorrentes da Lei 12.529/11³⁴¹. O atual presidente do CADE, Vinícius Marques de Carvalho³⁴² assim assinalou no seu discurso de posse: “no novo CADE, o combate a condutas anticompetitivas, por sua vez, também deve ganhar mais espaço”.

Apenas lembrando, o controle de condutas refere-se à repressão à prática de infrações à ordem econômica que, para tal configuração, devem preencher as condições previstas no artigo 36 da Lei 12.529/11³⁴³. Roberto Augusto Castelhanos Pfeiffer³⁴⁴ relaciona

340 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 19.

341 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

342 CARVALHO, Vinícius Marques de. *Discurso de Posse do Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Discurso%20de%20posse%20do%20presidente%20do%20Cade%20\(vinicius\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Discurso%20de%20posse%20do%20presidente%20do%20Cade%20(vinicius).pdf)>. Acesso em 27 de março de 2013.

343 O artigo 36 dispõe: “ Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante. § 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo. § 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. § 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma: a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente; b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços; c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos; d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública; II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes; III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento

que os tipos previstos na norma concorrencial são substancialmente mais abertos que as prescrições consumeristas, de maneira que a subsunção de uma conduta ao tipo concorrencial será mediada por diversos requisitos, principalmente, a análise de sua capacidade de produzir efeitos e a sua razoabilidade.

De tal modo, o exame antitruste é bem mais sofisticado e aprofundado, assinala Roberto Augusto Castelhanos Pfeiffer³⁴⁵. Esse visa a, sobretudo, averiguar se a conduta é apta a gerar prejuízo à concorrência, o que está condicionado à demonstração da existência de poder de mercado por aquele que pratica a infração.

de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.” BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

344 PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 19, n.76, p. 138, out./dez. 2010.

345 PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 19, n.76, p. 138, out./dez. 2010.

Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues³⁴⁶ elencam três etapas que são utilizadas majoritariamente pelo CADE para aferir a ilegalidade de uma conduta na esfera antitruste. Seriam essas:

Primeiro, é necessário mostrar que a conduta, por meio da qual a infração à concorrência se daria, de fato ocorreu e pode ser imputada à representada. Segundo, para que a prática empresarial possa configurar uma conduta anticompetitiva é necessário que a representada possua condições para realizar a alegada conduta infrativa, ou seja, que possua posição dominante que possa ser utilizada de modo a restringir a concorrência. Finalmente, uma vez tendo sido constatada a ação por meio da qual haveria restrições à concorrência por uma determinada empresa e detendo este poder de mercado, é necessário mostrar que tal conduta pode gerar efeitos deletérios à concorrência e que não esteja associada a *ganhos de eficiência suficientes para contrabalançar os prejuízos de eventual redução da concorrência*. (grifo nosso).

Roberto Taufick³⁴⁷, em seu livro de comentários à norma concorrencial, destrincha os elementos acima apontados. A Lei 12.529/11³⁴⁸ determina que constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa³⁴⁹, os atos sob qualquer forma manifestados, que *tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos*, ainda que não sejam alcançados: I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; II - dominar mercado relevante de bens ou serviços; III - aumentar arbitrariamente os lucros; e IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

O efeito previsto no inciso I, para Roberto Taufick³⁵⁰, abarca todos os demais e, portanto, é genérico. Note-se, aqui, a grande amplitude da previsão normativa, podendo ser explicada, consoante anuncia Fábio Ulhoa Coelho³⁵¹, “como cautela do legislador, tendo em conta as imprevisíveis e variadíssimas possibilidades abertas pelas múltiplas formas de relacionamento entre empresas”.

346 GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

347 TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

348 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

349 Roberto Taufick sustenta que o “independe de culpa” nem precisaria estar na Lei para ensejar a responsabilidade objetiva, já que, pela teoria econômica, todos atores agem racionalmente. TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

350 TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

351 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 212-213.

Fábio Ulhoa Coelho³⁵² assegura que limitar a livre concorrência ou a livre iniciativa seria “barrar total ou parcialmente, mediante determinadas práticas empresariais, a possibilidade de acesso de outros empreendedores à atividade produtiva em questão”.

Já falsear a livre concorrência ou iniciativa, significa, para o mencionado autor³⁵³, “ocultar a prática restritiva, através de atos e contratos aparentemente compatíveis com as regras de estruturação do livre mercado”. Prejudicar a livre concorrência ou iniciativa, por seu turno, significa para Fábio Ulhoa Coelho³⁵⁴, “incorrer em qualquer prática empresarial lesiva às estruturas do mercado, ainda que não limitativas ou falseadoras dessas estruturas”.

Para o efeito do inciso II, Roberto Taufick³⁵⁵ explana que a ilicitude do domínio está relacionada à conquista desse domínio por meios abusivos, e não ao domínio de mercado em si. Dessarte, a dominação do mercado decorrente “de um processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” (art. 36, §1º da Lei 12.529/11³⁵⁶) é lícita, não configurando infração à ordem econômica.

Paula Forgioni³⁵⁷ esclarece: “desde que uma empresa seja mais capacitada que seu concorrente, poderá lícitamente buscar a posição dominante no mercado, vindo até a dominá-lo, inclusive com a eliminação de seus competidores”.

O efeito previsto no inciso III é deveras polêmico, e merecia, “por si só”, uma dissertação. Sem querer entrar em maiores detalhes, em consonância com o defendido por Roberto Taufick³⁵⁸, o aumento arbitrário de lucros não seria uma conduta autônoma, só existindo quando conexo a outra infração que lhe sirva de substrato.

352 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 212-213.

353 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 212-213.

354 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 212-213.

355 TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

356 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

357 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 276;

358 TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

A grande questão, que ainda espera maiores debates jurisprudenciais e doutrinários, é saber se a retirada da conduta de aumento injustificado de preços do rol exemplificativo do antigo artigo 21 da Lei 8.884/94³⁵⁹ sinalizaria a intenção do legislador de afastar a configuração dessa conduta como uma infração autônoma.

Por fim, o inciso IV trata do efeito em que, muito embora o domínio de mercado tenha sido realizado de forma lícita, o seu detentor passa a utilizá-lo de uma maneira abusiva. Roberto Taufick³⁶⁰ aclara que esse exercício abusivo pode ser desempenhado através de uma ação conjunta entre determinados agentes (cartel) ou unilateralmente.

Depois dessa rápida exposição acerca dos efeitos, destaca-se que esses não precisam ser alcançados, basta que o ato tenha esses efeitos como objeto, ou possa produzi-los. Defende Roberto Taufick³⁶¹ que não se incluem, nos que tenham por objeto, ilícitos de mera conduta, uma vez que as infrações concorrenciais devem ser formais, exigindo o potencial alcance dos resultados visados ou esperados, que só se fará presente quando existente o poder de mercado.

Conforme citado anteriormente, Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues³⁶² elencam que, uma vez tendo sido constatado que a conduta gerou restrições à concorrência ou que teria potencial para tanto, seria necessário mostrar que tal conduta pode gerar “*ganhos de eficiência suficientes para contrabalançar os prejuízos de eventual redução da concorrência*”.

Nessa etapa de análise da infração à ordem econômica entramos no denominado juízo de razoabilidade, que está relacionado à condenação das práticas que causem restrição ao mercado sem justificativa. Portanto, na última etapa da análise antitruste, por meio desse juízo, irão ser condenadas as condutas cujos efeitos anticompetitivos não sejam suficientemente compensados pelos benefícios advindos da prática restritiva³⁶³.

359 BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

360 TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

361 TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

362 GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

363 SCHUARTZ, Luis Fernando; SAMPAIO, Patrícia. *Direito da Concorrência*. Disponível em: <http://www.capital.com.br/Aulas/0/0/NTLLM09/010337/000/02%20Apostila_Direito%20da%20Concorrência.pdf>. Acesso em 28 de março de 2013.

Ressalva-se aqui que há alguns autores que entendem que esse juízo de razoabilidade seria referente à Regra da Razão. Nesse sentido, apontamos Paula Forgioni³⁶⁴, que relaciona a Regra da Razão como contraposição à noção de ilegalidade *per se*.

Tendo como fundamento a noção de que a concorrência não seria um fim em si mesmo, mas apenas um instrumento para atingir fins maiores, Paula Forgioni³⁶⁵ destaca que, no Brasil, a repressão ao abuso de poder econômico depende de um exame da razoabilidade do ato alegado abusivo, podendo esse ser justificado pelos benefícios sociais alcançados. Dessa forma, a existência de estruturas concentradas de mercado (monopólios, duopólios e oligopólios), *per se*, não seria ilegal do ponto de vista antitruste.

No entanto, como bem luta Roberto Taufick³⁶⁶, a Regra da Razão e a ilicitude *per se* são apenas questões de cunho processual. O autor informa que a ilegalidade *per se*, que em seu nascedouro estava associada à condenação do agente sem ter que verificar o poder de mercado detido por esse, hoje se distingue da Regra da Razão, em função de dispensar certas provas, que ficariam a cargo do sujeito passivo do processo. Nada mais é, portanto, que a inversão do ônus da prova. Por conseguinte, a Regra da Razão apenas diria respeito a maior quantidade de provas que a autoridade antitruste deveria se valer para a condenação, que não estaria restrita apenas à comprovação do suposto ilícito, mas também aos efeitos negativos desse ato.

Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues³⁶⁷ resumem a questão:

A regra *per se* determina que, uma vez configuradas certas práticas, o ato poderá ser julgado como ilegal sem a necessidade de aprofundamento da investigação. A diferença entre a regra *per se* e a regra da razão está na quantidade de informações que é preciso obter-se antes de tomar uma decisão. Desse modo, a análise de uma conduta típica *per se* poderá ser interrompida em um estágio de investigação anterior ao da regra da razão.

364 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 193.

365 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 193.

366 TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

367 GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 83.

Deixando de lado essa discussão acerca da ilicitude *per se* e da Regra da Razão, passa-se à análise da parte substancial do ato, isto é *que tipos de benefícios podem justificar a prática de um ato?* E o mais importante, já que reside aqui mais um ponto de interação entre a política da concorrência e a do consumidor, *como o interesse do consumidor é levado em consideração?*

Na verdade, as mesmas considerações sobre o interesse do consumidor nos atos de concentração tecidas anteriormente se aplicam às infrações à ordem econômica. Necessita-se, para a licitude da conduta, que os ganhos advindos dessa sejam distribuídos aos consumidores.

Não se pode esquecer que o controle de condutas e o de estruturas, apesar de terem escopos e natureza diversos, acabam alcançando atos de natureza idêntica. Alexandre Ditzel Faraco³⁶⁸ completa:

Os artigos 20 e 54 costumam ser enfocados como se estivessem tratando de hipóteses diversas, que não se confundiriam (Ferraz Júnior, 1998, p. 7-15). De fato, não há uma coincidência entre os escopos imediatos de cada um deles. Mas isso não afasta a circunstância de que ambos alcançam atos de igual natureza (pelo menos para os propósitos da respectiva Lei) e que, juntos, criam uma disciplina única para as infrações contra a ordem econômica.

A Lei da Concorrência deve ser interpretada sistematicamente, de maneira que seria uma inconsistência tamanha o tratamento diferenciado entre esses dois controles. Assim, independente dos benefícios sustentados para elidir a ilicitude da conduta, esses só serão considerados se forem repassados, pelo menos em parte, aos consumidores, em consonância com o previsto no artigo 88, § 6, inciso II da Lei 12.529/11³⁶⁹.

A grande preocupação que se enfrenta nessa etapa da política antitruste é não permitir que o juízo de razoabilidade acabe sendo utilizado como uma válvula de escape, pondo em vulnerabilidade a defesa da concorrência e, conseqüentemente, o bem-estar do consumidor.

368 FARACO, Alexandre Ditzel. O Consumidor e a Regra da Razão no Direito da Concorrência. *Tuiuti: Ciência e Cultura*, Curitiba: Tuiuti, n.º 27, FCJ 03, p. 5, fev. 2002.

369 BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

Nessa linha de raciocínio encontramos o posicionamento de Luís Fernando Schuartz³⁷⁰. Esse, apesar de defender que não se pode aplicar integralmente a necessidade da distribuição (percebe-se que a Lei³⁷¹ fala que essa será pelo menos em parte), sustenta que deve haver uma distribuição dos benefícios aos consumidores, sob pena de estimular a concentração de renda e ir em direção contrária à finalidade da norma concorrencial.

É oportuno citar o caso julgado pelo CADE³⁷² da cláusula de raio imposta pelo Condomínio Shopping Center Iguatemi, de São Paulo. Na análise da razoabilidade da conduta, a representada, o Shopping Center Iguatemi de São Paulo, alegou como eficiência gerada a preservação do fundo do comércio global do shopping, o que evidentemente não atenderia ao critério distributivo.

A conduta foi considerada anticompetitiva, exatamente pelo fato de que os custos sociais eram inferiores aos benefícios, que ficavam restritos à proteção ao investimento realizado pelo shopping. Consignou o relator³⁷³:

As cláusulas restritivas verticais, de uma maneira geral, e as cláusulas de restrição territorial, categoria na qual está inserida a cláusula de raio ora me análise, necessariamente restringem os direitos de um determinado agente, no caso, restringe-se a liberdade dos lojistas instalados no Shopping Iguatemi em instalar-se em um determinado raio. Dizê-la competitiva, como quer a Representada, significa dizer, grosso modo, que seu custo social, materializado na menor concorrência entre lojistas, é inferior ao seu benefício social, no caso materializado na proteção ao investimento realizado pelo shopping, que lhe garante um determinado nível de diferenciação vertical.

Outro caso bastante interessante em que a Regra da Razão e o exame da razoabilidade da conduta foram exaustivamente estudados, inclusive com apoio no direito comparado, diz

370 SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito Antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mário L. (org.). *Ensaio sobre economia e Direito da Concorrência*. p. 111-134. São Paulo: Singular, 2002.

371 BRASIL. Lei n° 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

372 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 08012.006636/1997-43. Partes: Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo e Condomínio Shopping Center Iguatemi. Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Julgado em 4 de setembro de 2007.

373 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 08012.006636/1997-43. Partes: Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo e Condomínio Shopping Center Iguatemi. Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Julgado em 4 de setembro de 2007.

respeito à recente condenação da SKF pelo CADE³⁷⁴, em decorrência da fixação de preço de revenda. O Conselheiro Marcos Paulo Verissimo bem estabeleceu:

Por tais razões, entendo que está, nos termos acima, amplamente demonstrada a ilicitude e a *falta de razoabilidade* da conduta, a ensejar, por todas as razões acima, punição. Tal punição, como ressaltado, resulta da própria aplicação correta da regra da razão a uma espécie delitiva particularmente suspeita, que resulta *frequentemente em prejuízos para o consumidor* e apenas marginalmente pode fundar-se em eficiências impossíveis de serem obtidas por outros modos menos danosos ao bem-estar geral, as quais, claramente, sequer estão no caso em apreço. (grifo nosso.)

Por fim, frisa-se que o §3º do artigo 36 da Lei 12.529/11³⁷⁵ apresenta um rol exemplificativo de condutas, que, para configurarem uma infração à ordem econômica, devem subsumir-se ao *caput*, isto é, ter por objeto ou possibilitar a produção dos efeitos previstos no artigo. Dessa forma, é correto também dizer que uma conduta, mesmo que não prevista no rol do §3º, será enquadrada como infração à ordem econômica se preencher os requisitos do *caput* do artigo 36, consoante ensina Roberto Taufick³⁷⁶.

Interessante apresentar, ainda sobre o papel repressivo da defesa da concorrência, que o artigo 45 da Lei 12.529/11³⁷⁷ estabelece que na aplicação da pena levar-se-á em consideração, entre outros, o grau de lesão ou perigo aos consumidores.

Conforme estudo feito por Gabriel Pinto Moreira³⁷⁸, pode-se constatar nas decisões do CADE que esse leva em consideração o dano potencial ou efetivamente sofrido pelos consumidores. A seguir, os critérios levados em consideração em alguns dos mais importantes julgamentos do CADE:

374 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º08012.001271/2001-44. Partes: PROCON/SP e SKF do Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Marcos Paulo Verissimo. Julgado em 30 de janeiro de 2013.

375 BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

376 TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

377 BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

378 MOREIRA, Gabriel Pinto. A Dosimetria das Multas Impostas em Resposta às Infrações Contra a Ordem Econômica: uma análise da Lei de Defesa da Concorrência e de sua aplicação pelo Cade. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). *V Prêmio SEAE 2010: Concurso de Monografias sobre os Temas: Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/Ministério da Fazenda*. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011, p. 35.

Cartel dos Vigilantes (2007)

O Conselheiro-Relator Abraham Sicsú, mencionando a metodologia utilizada anteriormente no Cartel das Britas, dividiu a dosimetria da multa em dois momentos. Primeiramente, considerou (i) a gravidade máxima da infração, por se tratar de um cartel, ainda mais de licitações públicas; (ii) a consumação da infração, uma vez que o conluio obteve êxito na divisão de licitações por no mínimo 13 anos; e (iii) o grau de lesão à concorrência, aos consumidores e à economia como um todo, uma vez que falseou o processo competitivo e transferiu recursos públicos (dos administrados) às empresas. Assim, fixou a multa-base daquelas empresas em 15%.

Caso Ambev “Tô Contigo” (2009)

A quantificação da multa base se deu com base em (i) média gravidade da infração, em comparação com condenações anteriores de abuso de posição dominante (ii) a consumação da infração, (iii) o perigo de causar lesão aos concorrentes e aos consumidores dos diversos mercados de cerveja, (iv) a grande probabilidade de a infração ter causado efeitos negativos no mercado, embora impossíveis de quantificação e (v) a situação abastada do infrator e (vi) ausência de reincidência, resultando na multa-base de 1,5 % do faturamento da empresa.

Cartel dos Gases (2010)

Ao realizar a dosagem da multa, o Conselheiro-Relator considerou: (i) a gravidade máxima da infração (cartel); (ii) inexistência de boa-fé (além de ser difícil de se verificar no cartel, os documentos mostraram a intenção dos infratores em esconder a prática das autoridades antitruste); (iii) a enorme vantagem pretendida e auferida, uma vez que a infração foi estruturada em 1998 e perdurou por todos esses anos; (iv) a consumação da infração, que compreendia até mesmo um mecanismo de “conta corrente” para assegurar a divisão dos lucros; (v) o grau de lesão à concorrência, à economia, aos consumidores ou terceiros e os efeitos econômicos negativos no mercado, ambos “colossais”, uma vez que as condenadas dominavam totalmente o mercado e os mercados envolvidos na infração envolviam vários setores, inclusive na saúde (pacientes, hospitais e sistema de saúde público). (Grifo nosso.)

Após essa breve exposição sobre as práticas abusivas e as infrações à ordem econômica, evidencia-se que certos fatos produzidos pelo mesmo agente podem tanto ser enquadrados como uma prática abusiva, sob a ótica do consumidor, quanto como uma infração à ordem econômica, sob a ótica concorrencial. Essa dupla ilicitude dá ensejo a uma dúplici repressão, sem que isso configure um *bis in idem*, como esclarece Roberto Augusto Castelhanos Pfeifer³⁷⁹.

379 PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 19, n.76, p. 131-151, out./dez. 2010.

Roberto Augusto Castelhanos Pfeiffer³⁸⁰ identifica três principais espécies de práticas abusivas tipificadas no Código de Defesa do Consumidor³⁸¹, que possuem similitudes com condutas arroladas como infrações na norma concorrencial. Essas três condutas seriam a venda casada, a recusa de venda e a elevação de preço sem justa causa.

Ademais, acrescenta-se a essa lista de Roberto Augusto Castelhanos Pfeiffer³⁸² a discriminação de preços. Podemos localizar na jurisprudência, que essa conduta, apesar de não estar tipificada no CDC expressamente³⁸³, foi importada do Direito da Concorrência à lides consumeristas.

Apesar de ter sido voto vencido, o Ministro Herman Benjamin³⁸⁴ não pode deixar de esmiuçar a discriminação de preços realizada no setor de telecomunicações, com relação à cobrança de assinatura básica de telefonia. Explicitou o Ministro:

(...) o fato de obrigar o usuário a adquirir uma franquia de pulsos, independentemente do uso, viola o CDC por condicionar o serviço, sem justa causa, a limites quantitativos, além de constituir vantagem exagerada que ofende o amplo acesso ao serviço, a garantia de tarifas e preços razoáveis *a vedação da discriminação, mostrando-se excessivamente onerosa ao assinante e importando em desequilíbrio contratual.* (grifo nosso)

Se nas demais circunstâncias um diálogo entre as políticas já era mais que desejado, em hipóteses em que a repressão for dúplice, a interação se torna ainda mais imperiosa. Os efeitos de tutelas harmônicas ultrapassam as partes diretamente relacionadas no litígio, garantindo uma maior solidez ao Estado, diante da não contradição entre instituições, e uma maior segurança jurídica e previsibilidade aos agentes do mercado.

380 PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 19, n.76, p. 131-151, out./dez. 2010.

381 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

382 PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 19, n.76, p. 131-151, out./dez. 2010.

383 BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

384 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1068944. Partes: Telemar Norte Leste S/A e Maria das Graças Belmiro. Ministro Herman Benjamin. Julgado em 9 de fevereiro de 2009.

Nesse ponto, pode-se concluir que apesar das políticas consumeristas ter um objetivo bastante nobre, o isolamento dessas poderá acarretar um paradoxo: a produção e implementação de políticas que geram prejuízos aos consumidores, principalmente porque ferem a concorrência. Assim, constatamos mais um ponto em que uma interação harmônica entre as políticas da concorrência e do consumidor é extremamente necessária, sendo que essa pode se referir à importação de certos institutos do Direito da Concorrência, ou apenas de certas ferramentas bastante simplórias, como uma rigorosa análise custo-benefício, que normalmente é quase inexistente na política dos consumidores, segundo o Office of Fair Trade (OFT)³⁸⁵.

Portanto, passa-se agora a cuidar daquelas condutas que são reprimidas tanto pela defesa do consumidor, quanto pela da concorrência, mais especificamente, a venda casada. A venda casada é uma das principais condutas decorrentes do abuso de posição dominante, o qual, como veremos a seguir, pode ser considerado como a pedra angular no que tange à interface entre o Direito da Concorrência e o do Consumidor.

A.2 Abuso de Posição Dominante

Dentro do rol de condutas que são passíveis de repressão por parte do CADE, por gerarem prejuízos à livre concorrência, podemos notar que certas práticas não se relacionam com a proteção do consumidor – apenas – de uma forma indireta: pelo contrário, aquelas estão a esta intimamente relacionadas.

Em decorrência de tais peculiaridades, a doutrina aponta a repressão a essas condutas como o centro nervoso do Direito Concorrencial, em matéria de proteção do consumidor. O maior exemplo dessa densa interface entre Defesa do Consumidor e da Concorrência é o abuso de posição dominante.

385 OFFICE OF FAIR TRADE. *Interactions Between Competition and Consumer Policy*. Londres: OFT, 2008, p. 70.

Modesto Carvalhosa ³⁸⁶ introduz a temática mencionando que a posição dominante está intimamente ligada ao poder econômico. Esse conceitua posição dominante como a detenção, por determinada entidade econômica, de tal quantidade de produtos, a ponto de exercer no mercado uma grande influência para a determinação dos preços.

Assim, a primeira questão que nos incumbe é distinguir “abuso de poder econômico”, expressão utilizada na Constituição Federal no artigo 173, §4^o³⁸⁷ de “abuso de posição dominante”, prevista no artigo 36, inciso IV, da Lei 12.529/11³⁸⁸. De uma maneira geral, não conseguimos localizar na doutrina ou na jurisprudência uma preocupação com tal terminologia, havendo uma alternância, sem maiores justificativas, entre as expressões.

Apesar disso, localizamos no estudo de Vicente Bagnoli³⁸⁹ uma possível explicação para tal questão, que demonstra sua preocupação pelo assunto:

No estudo do Direito da Concorrência, muitas vezes os conceitos de poder econômico e posição dominante aparecem como sendo institutos que além de se relacionarem, são utilizados para definir situações comuns.

Conforme o mencionado autor³⁹⁰, “posição dominante” refere-se à participação que determinada empresa tem num certo mercado. Sendo que a antijuricidade estaria relacionada não à participação em si, quando resultado de sua eficiência concorrencial, mas quando esse agente abusa dessa posição.

Já o poder de mercado, para Vicente Bagnoli³⁹¹, “ diz respeito à condição econômica da empresa (compreendida em conjunto ao grupo econômico ao qual faz parte) e a

386 CARVALHOSA, MODESTO SOUZA BARROS. Poder Econômico: A Fenomenologia – Seu Disciplinamento Jurídico. São Paulo: RT, 1967, p. 8.

387 Art. 173, § 4º: A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.(BRASIL. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*: 5 de outubro de 1988.)

388 Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: (...) IV - exercer de forma abusiva posição dominante.(BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011).

389 BAGNOLI, Vicente. Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2005. p.148.

390 BAGNOLI, Vicente. Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2005. p.148.

391 BAGNOLI, Vicente. Introdução ao Direito da Concorrência. São Paulo: Editora Singular, 2005. p.149.

possibilidade dessa empresa intervir no mercado, mesmo que detentora de pequena participação”.

Assim, utilizando terminologia estrangeira para melhor elucidar a questão, “poder econômico” seria o *market power* e a “posição dominante” o *market share*. Paula Forgioni³⁹², buscando diferenciar o *market power* do *market share*, define que a Lei de Concorrência optou pelos dois critérios para a configuração da ilicitude.

Essa conclusão pode ser tirada da leitura do artigo 36, §2º, da Lei 12.529/11³⁹³:

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de *alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado* ou *quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante*, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (grifo nosso).

Assim temos o critério quantitativo, dos 20% de controle do mercado relevante, que demonstraria, para Paula Forgioni³⁹⁴, que nossa lei optou pelo critério do *market share*. Resalta-se, apenas, que esse percentual de participação de mercado só adquire valor, para fins de verificação da existência de posição dominante, se comparado àquele dos concorrentes.

Por outro lado, a caracterização da adoção do critério do *market power* residiria na possibilidade de o agente alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado. A esse respeito, Paula Forgioni³⁹⁵, destaca: “ainda que titular de parcela não substancial do mercado, pode ter a capacidade, por exemplo, de impor preços, detendo poder econômico que lhe assegura posição dominante”.

392 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 333.

393 BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

394 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 333.

395 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 333.

Nesse mesmo sentido, Modesto Carvalhosa³⁹⁶ observa: “a empresa revestida de poder econômico, ao encontrar-se em posição dominante no mercado tem, mais do que em qualquer outra circunstância, uma capacidade que transcende às leis concorrenciais”.

Feitos esses esclarecimentos preliminares, indaga-se sobre o que seria esse abuso que a Lei Concorrencial visa a reprimir (ou prevenir, no caso dos atos de concentração)? Tentando estabelecer, em um primeiro momento, o que não seria objeto da Lei, observamos que o “poder econômico, em si mesmo, não é ilícito, enquanto instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas numa sociedade”³⁹⁷, mas sim o seu abuso, ou desvio. Para tal distinção, que pode ser muitas vezes bastante tênue, indispensável é a complementaridade, segundo Miguel Reale³⁹⁸, dos institutos do abuso do poder econômico e do abuso do direito, que, muito embora possuam conceitos distintos, “no plano efetivo da *práxis*, muitas vezes se combinam para atentar contra situações subjetivas merecedoras de amparo”³⁹⁹.

Erick Viana Salomão Nassif⁴⁰⁰ complementa:

(...) o simples fato de uma determinada empresa possuir uma alta participação em um dado mercado relevante, adquirindo status de posição dominante, não constitui infração à ordem econômica, principalmente se considerarmos que a posição dominante advém muitas vezes de um processo natural, desencadeado pela maior eficiência de uma determinada empresa do setor.

396 CARVALHOSA, MODESTO SOUZA BARROS. Poder Econômico: A Fenomenologia – Seu Disciplinamento Jurídico. São Paulo: RT, 1967, p. 8.

397 REALE, Miguel. Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais. In FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: Exercício e Abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 520.

398 REALE, Miguel. Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais. In FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: Exercício e Abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 520.

399 No entanto, consoante os entendimentos de Paula Forgioni, “algumas críticas poderiam, assim, ser lançadas no que respeita à utilização da doutrina do 'abuso do direito' para situar o 'abuso do poder econômico'. Primeiramente, o poder econômico não é um direito, mas sim um fato, uma situação (fática) que proporciona ao agente econômico indiferença e independência em relação aos outros agentes, às leis de mercado. Assim, o 'abuso do poder econômico' não trataria do abuso de um direito, mas sim do abuso de um 'fato', de uma posição (e não de um poder derivado de um direito, assegurado pelo ordenamento jurídico)”. FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 324.

⁴⁰⁰ NASSIF, Erick Viana Salomão. Efeitos das Práticas Restritivas Sobre Economia Brasileira, e a Repressão às Condutas Anticoncorrenciais. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). *V Prêmio SEAE 2010: Concurso de Monografias sobre os Temas: Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/Ministério da Fazenda*. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011, p. 531.

De fato, a n.º Lei 12.529/11⁴⁰¹ é bem clara nesse sentido: “§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo”. Assim, o que se pode afirmar é que ilicitude está relacionada à tentativa ilícita de se alcançar uma posição dominante no mercado ou ao abuso da posição conquistada naturalmente.

Duas conclusões podem aqui ser apontadas: (i) o que se busca alcançar, com tais disposições legais, é o incentivo à vantagem competitiva, quando essa for lícita, o que é defendido pelos economistas, segundo Paula Forgioni⁴⁰², por entenderem que a eliminação de empresas menos eficientes serviria ao propósito da Lei Antitruste; (ii) o que se busca reprimir é a *anticompetitive advantage*, nos casos em que o “agente econômico conquista (ou tenta conquistar) parcela de mercado utilizando-se de um meio fraudulento, porque não embasado apenas na sua superioridade⁴⁰³.”

Outra faceta do abuso dominante, que não se relaciona à conquista do mercado por meio ilícitos, refere-se ao exercício de forma abusiva da posição dominante, que, conforme a própria tipificação legal já orienta, requer como condição necessária o poder de mercado. A esse respeito, colacionamos o inciso IV do artigo 36 da Lei n.º 12.529/11⁴⁰⁴:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:
(...)
IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

A grande questão que surge é estabelece o que pode ser entendido como abuso. A busca por uma resposta a esse problema seria, na realidade, uma das grandes dificuldades enfrentadas pela técnica antitruste.

⁴⁰¹ BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

⁴⁰² FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 322.

⁴⁰³ FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 322.

⁴⁰⁴ BRASIL. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2010. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

Isso porque, apesar do abuso de posição dominante ser expressamente vedado pelo ordenamento jurídico, esse não definiu o que seria esse fato, mas apenas enumerou alguns comportamentos que se caracterizam como práticas abusivas mais triviais. Mario Luiz Possas⁴⁰⁵ frisa a necessidade de se ter uma fixação objetiva acerca do comportamento abusivo:

Por mais indeterminada que seja a noção de poder econômico e complexa a sua conceituação, trata-se de formar juízo sobre o seu exercício supostamente abusivo, o que impõe inexoravelmente a fixação de critérios objetivos que demarquem com a precisão necessária a aplicação da lei.

Conforme ensina a OCDE⁴⁰⁶, a análise de uma infração de abuso de posição dominante envolve duas partes distintas. A primeira está relacionada à determinação do *status* possuído no mercado por uma empresa ou um conjunto dessas (que podem estar agindo conjuntamente através de um acordo ou simplesmente através de uma *joint dominance*); a segunda, à valoração do comportamento da empresa (ou das empresas).

Antes de detalhar como a análise é feita, com base nos conceitos legais e nas políticas antitruste, a OCDE⁴⁰⁷ usufrui do conceito econômico de posição dominante. Esse pode ser definido como circunstâncias em que estratégias empresariais individuais podem ter efeitos adversos ao bem-estar.

Com essa noção preliminar, o estudo da OCDE⁴⁰⁸ avança no sentido de tentar aprofundar a complexa determinação do abuso. A primeira conclusão que é apontada é: “a definição acerca do que é abusivo, ou pelo menos ilegal, depende do objetivo de cada lei”.

No Canadá, a questão do abuso veio a ser regulamentada no artigo 79 do *Competition Act*⁴⁰⁹. Esse artigo assim dispõe:

405 POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, Vol. 3, n.5, p. 93, mai. 1996.

406 ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Abuse of Dominance and Monopolisation*. OCDE: Paris, 1996, p. 7.

407 ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Abuse of Dominance and Monopolisation*. OCDE: Paris, 1996, p. 7.

408 ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Abuse of Dominance and Monopolisation*. OCDE: Paris, 1996, p. 7.

409 CANADA. *Competition Act*. R.S.C., 1985.

79. (1) Quando, a pedido do Comissário, o Tribunal concluir que (a) uma ou mais pessoas substancialmente ou completamente controlar, em todo o Canadá ou em qualquer área do mesmo, uma classe ou espécies de negócio, (b) que a pessoa ou as pessoas se envolveram ou estão envolvidas em uma prática de atos anti-competitivos, e (c) a prática teve, está tendo ou é provável que tenha o efeito de impedir ou diminuir substancialmente a concorrência em um mercado, o Tribunal pode fazer uma ordem proibindo toda ou qualquer uma dessas pessoas de se envolver nessa prática.

Esse artigo é explicitado pela *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*⁴¹⁰, que assim dispõe sobre os elementos configuradores do abuso:

Assim, seção 79 estabelece os três elementos essenciais. O parágrafo 79 (1) (a) concentra claramente as disposições sobre poder de mercado, a preocupação de que uma empresa ou grupo de empresas podem ser capazes de melhorar ou consolidar seu poder de mercado. O Bureau considera o poder de mercado como a capacidade de manter lucrativamente os preços acima dos níveis competitivos (ou restringir similiarmente as dimensões *non-price* da concorrência) por um período significativo de tempo, normalmente um ano. A lei não implica que a mera existência de poder de mercado dará origem a uma ordem de reparação pelo Tribunal. A posição dominante em que a empresa cobra preços acima do nível competitivo não é por si só motivo para ensejar um pedido ao abrigo da seção 79. As disposições do abuso de posição dominante não se destinam a regular os preços, mas sim para assegurar que comportamentos anti-competitivos sejam devidamente tratados. O parágrafo 79 (1) (b) qualifica, ainda, que as disposições referem-se ao comportamento que é anti-competitivo. É o abuso de posição dominante, que dá origem ao escrutínio sob a lei. Exemplos de práticas empresariais que constituem atos anti-competitivos são listados na seção 78. A lista, embora ampla, não é exaustiva. Assim, o Tribunal tem a latitude para enfrentar atos anticoncorrenciais não definidos na seção 78 e tem feito isso em uma série de casos. Para ajudar a *diferenciação entre a legítima atividade competitiva e a que constitui abuso*, nos termos do Artigo 79, as práticas referidas no artigo 78 envolvem um elemento de propósito, objeto ou desenho para minar a concorrência. Parte 4 deste documento fornece mais detalhes sobre esses atos anticoncorrenciais. Finalmente, o parágrafo 79 (1) (c) impõe a exigência de prova de que a conduta empresarial teve, está tendo ou é provável que tenha, o efeito de "prevenir ou diminuir substancialmente a concorrência." Isso coloca o foco diretamente sobre efeitos adversos sobre a concorrência, em vez de ser sobre os concorrentes individuais.

Um caso bastante pertinente em que houve a incidência das disposições apresentadas acima é o NutraSweet⁴¹¹. O Bureau consignou que NutraSweet, ao utilizar a sua patente de

410 CANADA. *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*. Gatineau: Competition Bureau, 2001.

aspartame conferida pelos Estados Unidos da América para excluir suas concorrentes no Canadá, teria praticado um ato anticompetitivo e, portanto, abusivo.

O Tribunal constatou que NutraSweet havia convencido um cliente canadense de parar de adquirir o aspartame de um concorrente da NutraSweet, qual seja, o Toshoh. Para tanto, ofereceu descontos ao cliente com base na diferença de preços entre o produto fabricado nos Estados Unidos da América e o no Canadá.

O fato de que a NutraSweet estava disposta a oferecer tal desconto diferenciado convenceu o tribunal que sua intenção era de limitar a expansão de seus concorrentes. Assim, decidiu que o uso da posição de monopólio conferido pela patente norte-americana era um ato anticompetitivo.

Os Estados Unidos da América endereçam o abuso de posição dominante com base na monopolização ou na tentativa de monopolização. A secção 2 do Sherman Act⁴¹² assim dispõe:

Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize shall be deemed guilty(...)⁴¹³.

O material produzido pelo U.S. Department of Justice⁴¹⁴ tenta deixar bem claro que a mera detenção de poder de mercado não é ilegal caso não seja acompanhada por uma conduta anticoncorrencial. Tal conduta, na maioria das vezes, é descrita como conduta excludente ou predatória.

A ilicitude, segundo, ainda, o U.S Department of Justice⁴¹⁵, pode se referir tanto à conduta implementada com a finalidade de adquirir uma posição dominante no mercado,

411 CANADA. Competition Bureau. Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co., 32 C.P.R., 1990.

412 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Sherman Anti-Trust Act. *National Archives*: 2 de julho de 1890.

413 Tradução livre autora: “toda pessoa que monopolize ou tente monopolizar ou combinar ou conspirar com qualquer outra pessoa ou pessoas, para monopolizar, será considerada culpada”.

414 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Washington: U.S. Dep't of Justice, 2008.

415 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Washington: U.S. Dep't of Justice, 2008.

como para manter essa. O grande problema, como refere o material, é determinar na prática se a conduta de uma empresa com poder de monopólio é ou não anticoncorrencial.

Em um dos casos mais paradigmáticos julgados pela Suprema Corte Norte-Americana, qual seja, o *United States v. Aluminum Co. of America*⁴¹⁶, houve a confirmação do exposto acima. Nessa oportunidade, a Corte frisou que o tamanho, simplesmente, não determina a culpa, uma vez que a posição dominante pode ser claramente em conformidade com o espírito das leis antitruste.

A ideia central que precisa restar bem clara é que a política antitruste norte-americana pretende reprimir a intencionalidade de dominar o mercado, e não o processo natural, fundado até mesmo na maior eficiência do competidor.

Da mesma forma, parte-se da racionalidade econômica e tem-se como enfoque os impactos gerados ao processo competitivo, isto é, sobre a redução do bem-estar da sociedade como um todo, e não sobre competidores. Um famoso caso em que esta questão ficou bem delimitada é o *United States v. Microsoft Corporation*⁴¹⁷.

O caso versa sobre a acusação feita pelo Department of Justice à Microsoft Corporation pela monopolização do mercado e pelas práticas abusivas cometidas, contrárias ao Sherman Act⁴¹⁸. O julgamento teve início em maio de 1998, perante o *United States District Court for the District of Columbia*.

Os autores do processo alegaram que a Microsoft Corporation teria abusado da posição dominante por si detida na base-Intel, no que se refere à venda de sistemas operacionais de computadores pessoais e de navegadores web. O ponto fulcral do julgamento era verificar a razoabilidade da conduta de venda casada do navegador Internet Explorer com o sistema operacional Microsoft Windows.

416ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *United States v. Aluminum Co. of America*, 1964.

417ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. United States District Court for the District of Columbia. *United States v. Microsoft Corporation*, 2002.

418 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Sherman Anti-Trust Act. *National Archives*: 2 de julho de 1890.

Os danos alegados à concorrência relacionavam-se à restrição ao mercado aos navegadores de web concorrentes, como o Netscape Navigator e o Opera, que teriam um *download* bastante lento no modem ou teriam que ser comprados em uma loja. Além disso, questões emergiam acerca da manipulação da Microsoft no *application programming interfaces*, para favorecer o navegador Internet Explorer em detrimento dos demais navegadores web, e das limitações estipuladas no contrato de licenciamento que exigiam equipamentos originais desenvolvidos pela Microsoft Corporation.

Como defesa, a Microsoft Corporation observou que o sistema operacional e o navegador web eram agora um produto só, tendo em vista a sua fusão com o Internet Explorer, sendo isso resultado de um mercado de inovação e competição. Além disso, sustentou que a indissociabilidade desses dois produtos estaria a beneficiar os consumidores, que passaram a gozar dos benefícios do Internet Explorer gratuitamente.

A título de réplica a essas colocações feitas pela Microsoft Corporation, sustentou-se que esses dois produtos ainda são distintos e dissociados, não havendo necessidade de serem vendidos conjuntamente, até mesmo porque há uma versão separada do Internet Explorer disponível para Mac OS. Não obstante, o navegador Internet Explorer não era inteiramente grátis, tendo em vista que os seus custos de desenvolvimento e de marketing contribuía para os elevados preços do Windows.

Em junho de 2000, a Corte entendeu pela ilicitude do ato, ordenando uma cisão à empresa Microsoft Corporation, como remédio. A Microsoft Corporation deveria ser dividida em duas unidades distintas: uma para produzir o sistema operacional e outra para produzir demais componentes e softwares.

Dessa decisão, houve recurso por parte da Microsoft Corporation. Nesta oportunidade, a *D.C. Circuit Court of Appeals* reformou o julgamento inicial, a fim de aplicar uma pena menos gravosa à Microsoft Corporation.

O caso, no entanto, acabou sendo encerrado através de um acordo. Esse estabeleceu que a Microsoft Corporation deveria compartilhar com terceiras companhias o *application programming interfaces*, além de apontar três pessoas que teriam total acesso ao sistema

Microsoft, aos seus arquivos e aos códigos de fonte, durante cinco anos, em ordem de assegurar o *compliance*⁴¹⁹.

O abuso de posição dominante no Direito da Concorrência da União Europeia encontra-se tipificado no artigo 102 do TFUE⁴²⁰:

Artigo 102.º

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

O trecho acima representa o ponto central do abuso de posição dominante no contexto europeu, o qual é seguido de algumas condutas por meio das quais o abuso é exercido, quais sejam⁴²¹:

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

Na mesma esteira que no Brasil, Denis Lescop⁴²² aponta a posição dominante como uma condição necessária, mas não suficiente, para a configuração da infração. Assim, na

419 O caso *United States v. Microsoft Corporation* teve muita repercussão e até hoje seus fundamentos são utilizados para questões tecnológicas. A esse respeito, o trabalho de Max Schanzbach supõe que a Microsoft Corporation falhou em sua defesa ao não apresentar uma explicação pró-consumidor para justificar suas praticas. Ver: SCHANZENBACH, Max. *Network Effects and Antitrust Law: Predation, Affirmative Defenses, and the Case of U.S. v. Microsoft*. *Stanford Technology Law Review*.n. 4, 2002.

420 UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*. 30 de março de 2010.

421 UNIÃO EUROPEIA. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*. 30 de março de 2010.

422 LESCOP, Denis. *Régulation des Comportements Individuels*. Paris: Université Paris I, 2008.

União Europeia apenas o abuso e, não a posição dominante, é condenável. Denis Lescop⁴²³, ademais, informa a existência de duas grandes categorias de abuso:

Les textes et la jurisprudence françaises et européennes distinguent deux grandes catégories d’abus:

- Abus d’exploitation: la firme dominante tire des avantages “excessifs” de son pouvoir de marché (en pratique, les cas sont rares).
- Abus d’exclusion: comportement qui empêche ou restreint la concurrence effective sur un marché en excluant ou en affaiblissant les concurrents actuels ou potentiels (la majorité des cas en pratique).⁴²⁴

Complementamos ainda o abuso de posição dominante na visão europeia com a seguinte colocação do Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Comissão das Comunidades Europeias*⁴²⁵, que teve como objeto a celebração pela La Roche de contratos de exclusividade com um expressivo número de compradores de vitaminas e descontos de fidelidade:

(...) posição dominante diz respeito a uma situação de poder económico detida por uma empresa, que lhe dá o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efetiva no mercado em questão, ao possibilitar-lhe a adopção de comportamentos independentes, numa medida apreciável, relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por fim, relativamente aos consumidores.

Outro caso de grande repercussão foi *United Brands Company/ United Brands Continental BV v. Comissão das Comunidades Europeias*⁴²⁶ (Banana Chiquita), julgado pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 1978, que tinha como objeto o pedido de anulação por parte da United Brands de decisão da Comissão que condenou aquela pela prática de abuso de posição dominante no mercado de bananas (que eram produzidas e importadas pela United Brands).

423 LESCOP, Denis. *Régulation des Comportements Individuels*. Paris: Université Paris I, 2008, p. 7.

424 Tradução livre autora: “os textos e a jurisprudência francesa e a europeia distinguem o abuso em duas grandes categorias: Abuso de Exploração: a empresa dominante tira proveito excessivo de seu poder (o que na prática é raro) e Abuso de Exclusão: comportamento que impede ou restringe a concorrência efetiva em um mercado, excluindo ou enfraquecendo os concorrentes atuais ou potenciais (é o que ocorre na maioria dos casos na prática)”.

425 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Comissão das Comunidades Europeias*. Julgado em 13 de fevereiro de 1979.

426 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *United Brands Company/ United Brands Continental BV v. Comissão das Comunidades Europeias*. Julgado em 14 de fevereiro de 1978.

O Tribunal entendeu por dar parcial provimento ao recurso, mantendo, em grande parte, a condenação por prática de abuso de posição dominante à United Brands, que foi manifestado através de várias condutas, como: preços discriminatórios, cláusulas limitadoras de revenda e recusa de continuar o abastecimento.

Sobre uma dessas condutas praticadas pela United Brands, o Tribunal assim observou⁴²⁷:

A proibição da revenda imposta aos amadurecedores de bananas Chiquita autorizados e a proibição da revenda de bananas sem marca — ainda que, na prática, a natureza perecível da banana restrinja as possibilidades de revenda à duração de um período específico de tempo — constituem, sem dúvida, um abuso de posição dominante, dado que limitam a oferta, em prejuízo dos consumidores, e afetam o comércio entre os Estados-membros, nomeadamente, separando os mercados nacionais.

(...)

No presente caso, a adoção desse comportamento tinha como objetivo uma séria alteração da concorrência no mercado das bananas em causa, permitindo que se mantivessem no comércio apenas as empresas dependentes da empresa em posição dominante. (Grifo nosso.)

Muitos estudos têm sido dirigidos para abordar as principais divergências do abuso de posição dominante na União Europeia e nos Estados Unidos da América. Um desses é o *Cowboys and Gentlemen* apresentado por J. Bruce McDonald do U.S. Department of Justice⁴²⁸.

Com relação à legislação, J. Bruce McDonald⁴²⁹ abaliza que a da União Europeia existe para policiar a conduta das firmas dominantes e a dos Estados Unidos da América para prevenir a criação ou a manutenção de monopólios. Assim, uma requer apenas o “abuso”, a outra uma conduta exclusionária.

427 UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. *United Brands Company/ United Brands Continental BV v. Comissão das Comunidades Europeias*. Julgado em 14 de fevereiro de 1978.

428 MCDONALD, J. Bruce. *Cowboys and Gentlemen*. Brussels: Second Annual Conference, 2005.

429 MCDONALD, J. Bruce. *Cowboys and Gentlemen*. Brussels: Second Annual Conference, 2005.

Segundo J. Bruce McDonald⁴³⁰, já justificando o título de sua apresentação, há três importantes princípios que governam a aplicação antitruste da seção 2 do Sherman Act⁴³¹ e que justificam a associação do antitruste americano à expressão “*cowboy capitalism*”. Seriam esses:

The most fundamental is that the purpose of the antitrust laws quoting from the Supreme Court is not to protect businesses from the working of the market; it is to protect the public from the failure of the market. The law directs itself not against conduct which is competitive, even severely so, but against conduct which unfairly tends to destroy competition itself. It does so not out of solicitude for private concerns but out of concern for the public interest.

(...)

A second important principle governing the application of Section 2 is that '[a] monopolist, no less than any other competitor, is permitted and indeed encouraged to compete aggressively on the merits.' One reason for this is that aggressive competition, even though it may harm less-efficient firms, 'is precisely the sort of competition that promotes the consumer interests that the Sherman Act aims to foster.' Another is that striving for monopoly is 'an important element of the free-market system because 'it induces risk taking that produces innovation and economic growth',so, '[t]he successful competitor, having been urged to compete, must not be turned upon when he wins.'

(...)

The third principle is that '[s]ubjecting a single firm's every action to judicial scrutiny for reasonableness would threaten to discourage the competitive enthusiasm that the antitrust laws seek to promote.' A basic reality of competition policy is that it 'is sometimes difficult to distinguish robust competition from conduct with long-run anticompetitive effects.' This is especially clear in the case of aggressive price cutting, because the mechanism through which competition may be excluded 'is the same mechanism by which a firm stimulates competition'.⁴³²

430 MCDONALD, J. Bruce. *Cowboys and Gentlemen*. Brussels: Second Annual Conference, 2005.

432 Tradução livre da autora: “O mais fundamental é que o objetivo das leis antitruste, citando a Suprema Corte, não é proteger as empresas do funcionamento do mercado, é o de proteger o público do fracasso do mercado. A lei não se dirige contra a conduta que é competitiva, mesmo se essa é severa, mas contra a conduta injusta que tende a destruir a competição em si. Essa não faz isso de solicitude para com os interesses privados, mas por preocupação com o interesse público.(...)Um segundo importante princípio que rege a aplicação da Seção 2 é que ‘ao monopolista, não menos do que qualquer outro concorrente, é permitido e incentivado a competir agressivamente no mérito.’ Uma razão para isso é que a concorrência agressiva, embora possa prejudicar as empresas menos eficientes, ‘é precisamente o tipo de competição que promove os interesses dos consumidores, os quais a Lei Sherman visa a promover’. Outra é que a luta pelo monopólio é ‘um elemento importante do sistema de livre mercado, porque ‘induz a tomada de risco que produz inovação e crescimento econômico’, por isso, ‘o competidor bem sucedido, tendo sido impelido a competir, não deve ser punida quando ele ganha’.(...) O terceiro princípio é que sujeitando toda ação de uma única empresa ao escrutínio judicial de razoabilidade ameaçaria a desencorajar o entusiasmo competitivo que as leis antitruste procuram promover. ‘A realidade básica da política de concorrência é que é às vezes é difícil distinguir

Em contraste, J. Bruce McDonald⁴³³ assevera que grandes empresas no âmbito europeu não possuem direito de serem tão livres ao focar no seu próprio mercado. As empresas dominantes devem sempre estar preocupadas com a manutenção da competição pelos rivais e, em decorrência disso, emerge a associação do sistema europeu antitruste à expressão “*compete like gentlemen*” ou “*gentleman competitor*”.

Seriam, portanto, as bases em que se fundam esses dois sistemas (o dos *Cowboys e o do Gentlemen*), que justificam as não convergências entre esses sistemas. No entanto, conforme relatos de Jorge Fagundes⁴³⁴, existem mudanças em curso na Europa, na busca de uma maior convergência com os princípios dos Estados Unidos.

Comparando esses dois ordenamentos (Estados Unidos da América e União Europeia) no que tange ao abuso de posição dominante, podemos concluir, tendo como base o que já foi exposto no início desse tópico sobre o Direito da Concorrência brasileiro, que se adota no Brasil um sistema híbrido. Esse visa a reprimir tanto as práticas que objetivam a dominação do mercado (associando-se, nesse ponto ao sistema norte-americano), quanto o abuso de posição dominante propriamente (aproximando-se aqui ao sistema europeu).

Jorge Fagundes⁴³⁵, oportunamente adiciona, que a jurisprudência mais recente parece apontar como fundamento da repressão ao abuso de posição dominante o bem-estar do consumidor, sendo anticompetitiva qualquer conduta que afete negativamente esse. Respalhando essa colocação, citamos as seguintes palavras do Conselheiro Relator Luiz Carlos Delorme Prado no Processo julgado pelo CADE que teve como representada a Unimed de Piraqueçu/ES⁴³⁶:

concorrência robusta de conduta com efeitos anticompetitivos de longo prazo.' Isto é especialmente claro no caso de corte agressivo de preços, porque o mecanismo por meio do qual competição onde ser excluída' é o mesmo pelo qual uma empresa estimula a concorrência”.

433 MCDONALD, J. Bruce. *Cowboys and Gentlemen*. Brussels: Second Annual Conference, 2005.

434 FAGUNDES, Jorge. *Abuso de Posição Dominante (APD): Abordagem e Questões Econômicas*. Campos de Jordão: IBRAC –XI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, 2005.

435 FAGUNDES, Jorge. *Abuso de Posição Dominante (APD): Abordagem e Questões Econômicas*. Campos de Jordão: IBRAC –XI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, 2005.

436 BRASIL. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo n.º 08012.000429/2003-21. Conselheiro-Relator: Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 1 de setembro de 2004.

Ademais, ressalto que, a leis que prevêm a ilegalidade dos contratos de exclusividade visam proteger os consumidores de forma direta. No caso em tela, especificamente, esta tutela faz-se necessária já que o abuso de posição dominante é explícito, agravando ainda mais a posição de hipossuficiência do consumidor.

Um recente precedente do CADE bem ilustra como as condutas típicas de abuso de posição dominante podem diretamente afetar os consumidores. Trata-se do processo administrativo n.º 08700.003070/2010-14⁴³⁷, que visava a apurar violações à Lei 8.8884/94 praticadas pelo Banco do Brasil, por meio da celebração de contratos com entes públicos com cláusula de exclusividade para a consignação na folha de pagamento.

O caso foi resolvido através da celebração entre o Banco do Brasil e o CADE de Termo de Compromisso de Cessação de Prática, comprometendo-se o Banco do Brasil a acabar com a exigência de exclusividade na concessão de crédito consignado em todos os contratos firmados com órgãos públicos. O Termo também estabeleceu o pagamento pelo Banco do Brasil de contribuição destinada ao Fundo de Defesa dos Direitos Difusos no valor de R\$ 99.476.840,00.

Realizada uma análise global acerca do abuso de posição dominante, pertinente se torna focar em suas condutas típicas. Dentre essas citamos a venda casada, que passamos a estudar.

B. DÚPLICE CAPITULAÇÃO DA VENDA CASADA

A parte “B” desta dissertação irá abordar uma prática que poder ser considerada, na economia moderna, como uma doença endêmica. Essa prática é a venda casada que, diante de suas peculiaridades, veio a ser duplamente capitulada e, conseqüentemente, reprimida pelo Estado. Nessa linha, busca-se a responder a seguinte questão: essa dúplice capitulação, além de ser necessária, é o modelo que gera mais externalidades positivas ao sistema jurídico, à economia e à sociedade (aqui incluídos os consumidores)?

437 BRASIL. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo n.º 08700.003070/2010-14. Partes: Banco do Brasil S.A. Relator: Conselheiro Marco Paulo Veríssimo.

B.1 Venda Casada

Dentre a gama de possíveis ilícitos anticoncorrecionais, que serão apreciados pelas autoridades através do controle de condutas, aqueles que estão mais intimamente relacionados com a interface Direito do Consumidor e Direito da Concorrência são, sem dúvida, os atos de abuso de posição dominante. Conforme elucida Calixto Salomão Filho⁴³⁸, o agente que os praticam está diretamente relacionado ao consumidor, residindo nesse ponto, na verdade, “o centro nervoso do direito concorrecional em matéria de proteção do consumidor”.

Tal afirmação de Calixto Salomão Filho⁴³⁹ justifica-se, principalmente, tendo em vista que a tutela do consumidor, através do Direito da Concorrência, será realizada de forma indireta, mediante proteção da instituição concorrência. Como já mencionado, à guisa de exceção, resta aos consumidores a titularidade direta no que toca aos ilícitos decorrentes de abuso de posição dominante, razão pela qual, o abuso é considerado a pedra angular do Direito Concorrecional.

Ana Paula Martinez⁴⁴⁰ complementa apontando que o abuso de posição dominante seria o único grupo de ilícitos em que “os consumidores serão sempre tutelados de forma direta pelas normas concorrecionais”. Nesse caso, é inquestionável a existência de uma relação direta entre o agente que pratica o ilícito e o consumidor⁴⁴¹.

O abuso de posição dominante é expressamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico, que, apesar de não definir esse fato, enumerou alguns comportamentos que se caracterizam como práticas abusivas mais triviais. Uma dessas práticas é a venda casada, a qual, na economia moderna, pode ser considerada como uma doença endêmica.

438SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrecional: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 85.

439SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrecional: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 85.

440MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 11, n. 01, p. 76, 2004 .

441SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrecional: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 83.

A venda casada está manifestamente presente no dia-a-dia do consumidor e causa-lhe extremo prejuízo, seja através da diminuição da sua opção de escolha e da exploração de suas deficiências motivacionais⁴⁴² e informacionais, seja pelo pagamento de um preço superior ao devido. Esse ilícito pode ser encontrado até mesmo nas operações mais simples, como na venda de jornais com fascículos de cursos de inglês, história ou geografia, bem como nos serviços bancários, em que consumidores são compelidos à abertura de conta corrente como condição de liberação do financiamento da casa própria⁴⁴³.

Em que pese a prática de venda casada seja banal e significativamente disseminada na atividade econômica⁴⁴⁴, sua essência e natureza ainda não foram corretamente dimensionadas pelo Direito Brasileiro. Arthur Badin⁴⁴⁵ frisa enfaticamente:

Negligenciada pela doutrina nacional e refém de uma babel de normas abertas e contraditórias, a prática raríssimas vezes foi objeto de apreciação pelos tribunais administrativos e judiciários do Brasil, do que *decorrem a tibieza do instrumental teórico e a incipiência da técnica jurídica*. (Grifo nosso.)

Jean Calais-Auloy e Frank Steinmetz⁴⁴⁶ definem a prática de venda casada (*vente liée*), que está prevista no artigo 122-1 do Código de Consumo Francês (*Code de la Consommation*), como aquela que retira do consumidor a oportunidade de adquirir certos bens ou serviços ou o obriga a comprar um conjunto (lote) de bens ou serviços, tendo em vista que

442Fala-se em exploração das deficiências motivacionais pelo fornecedor que pratica a venda casada já que o consumidor é seduzido à compra de produtos (ou serviços) que acredita ser diferenciada da venda isolada dos mesmos, como se fosse mais benéfico, ou lhe garantisse uma maior utilidade. No entanto, essa venda conjunta não passa de algo *fake*, que explora a sua vulnerabilidade motivacional. Interessante observar que os agentes econômicos são bastante criativos nessas práticas, sendo que muitas vezes só há a percepção de ocorrência da venda casada no final de uma relação contratual, justamente quando o consumidor deseja romper o vínculo.

443Exemplos de Arthur Badin (BADIN, Arthur. *Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor*. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.).

444 O que não quer dizer que sua prática seja feita de uma maneira simples e clara. Como bem aponta Paula Forgioni (FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 372), agentes econômicos são bastante criativos na implementação desse expediente, seja através de cláusulas contratuais de redação sofisticada, seja pela vinculação do produto a uma imposição técnica.

445BADIN, Arthur. *Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor*. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p.50.

446CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la Consommation*, 6 ed., Paris: Dalloz, 2003, p. 175.

o comerciante recusou-se a desassociar esses⁴⁴⁷. Nicole L'Heureux⁴⁴⁸ complementa a definição explicando que venda casada é um método de venda de um comerciante astuto que, pretendendo impulsionar suas vendas, impõe ao consumidor a compra de um bem que esse não deseja⁴⁴⁹.

Tanto sob a ótica da União Europeia quanto dos Estados Unidos, ordenamentos que possuem muito mais tradição em Direito da Concorrência que o Brasil, o gênero venda casada possui duas espécies, as quais, apesar da classificação, projetam os mesmos efeitos ao mercado. A primeira situação refere-se aos *tying agreements* (*ties-in* ou *vente liée* em francês) que ocorrem, segundo o *DG Competition Discussion Paper*⁴⁵⁰, quando o fornecedor realiza uma venda de um produto (*tying product* ou *clef*), condicionado à compra de um outro produto distinto, que é o *tied product* (*lié*), do fornecedor ou de algum terceiro por esse designado. Apenas o *tied product* (*lié*) pode ser comprado separadamente.

Deve-se ressaltar que a conduta muitas vezes pode ser analisada como um *tying agreement*, com apoio no Relatório *U.S Dep't of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*⁴⁵¹, mesmo que a compra do segundo produto não seja exigida. Isso acontece, por exemplo, quando uma empresa proíbe o uso de um de seus produtos de informática com produtos complementares produzidos por seus concorrentes. Nesse exemplo, nenhuma segunda compra foi exigida, razão pela qual a conduta é denominada como *ties-out*, em oposição às *ties-in*.

Um exemplo da prática de *ties-out* ficou registrado no emblemático caso Kodak⁴⁵². A Kodak era fabricante e vendedora de máquinas copiadoras, bem como de peças de reposição para essas, sendo algumas fabricadas pela própria Kodak e outras por terceiros, mediante requisição da mesma. Para prestar os serviços de manutenção das suas máquinas de maneira

447 Tradução livre autora.

448 L'HEUREUX, Nicole. *Droit de la Consommation*. Cowansville: Les Éditions Yvon Blais, 5 ed., 2000, p. 377.

449 Tradução livre autora.

450UNIÃO EUROPÉIA. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

451ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

452 Eastman Kodak Co. v. Image Technical Servs., Inc., 504 U.S. 451, 458 (1992).

exclusiva, a Kodak não vendia suas peças àqueles que não utilizassem seus serviços de manutenção, impossibilitando, com isso, que empresas independentes executassem os mesmos serviços de manutenção por preços inferiores. Nesse caso, restou consignado que houve abuso por parte da Kodak, já que o consumidor ficou obrigado a se valer, diante de uma necessidade, dos serviços dessa.

Consoante o exposto no *U.S Dep't of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*⁴⁵³, quase todos os itens vendidos são, sem dúvida, compostos por algo que poderia ser visto como *tied product (lié)*, o que tornaria a venda casada uma das práticas mais onipresentes no mercado. Evidente que nem toda venda conjunta é considerada venda casada, como é o caso da venda do par de sapatos, pois, como bem ensina Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer⁴⁵⁴, seria antieconômica a venda em separado, uma vez que a regra é a demanda pelo par, sendo exceção a demanda pela aquisição de apenas um sapato⁴⁵⁵.

A segunda espécie de venda casada, como apresenta o *DG Competition Discussion Paper*⁴⁵⁶, refere-se ao *bundling* (em francês é denominada *vente jumelée*), que é a situação onde um pacote de dois ou mais produtos são oferecidos, de forma que não é facultado ao comprador a venda isolada dos componentes desse pacote. O *U.S Dep't of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*⁴⁵⁷

453ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

454. PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. 2010. Tese(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 140.

455Guy Raymond (RAYMOND, Guy. *Incidentes de La Loi MURCEF (Loi no. 2001-1168, 11 déc. 2001) sur le Marketing des Établissements de Crédit*. Limoges: Pulim, 2004) também lista alguma circunstâncias em que não haverá a configuração da prática de venda casada: “(i) quando o consumidor pode comprar a unidade, na mesma loja, dos bens que o comerciante oferece em conjunto; (ii) os produtos que normalmente são vendidos em 'pack', tais como cerveja e iogurte; (iii) por último, os tribunais franceses toleraram a venda de subordinados chamados de 'complementar', como ocorreu, particularmente, no caso de uma venda de um conjunto de painéis”.

456 UNIÃO EUROPÉIA. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Disponível em:<<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

457 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

relata que a prática de venda casada através do *bundling* é particularmente comum no mercado norte-americano e apresenta-se, na maioria das vezes, de forma velada.

Um exemplo dessa estratégia velada diz respeito às empresas de informática que fazem um pacote com diferentes componentes e ofertam ao mercado como se fosse um programa de computador integrado, de maneira a impossibilitar, fisicamente, a venda individual desses componentes. Essa integração física é conhecida como venda casada tecnológica (*technological tying*), termo também utilizado para descrever a situação em que uma empresa projeta seus produtos de maneira a dificultar ou tornar incompatível a utilização de produtos produzidos por outros concorrentes⁴⁵⁸.

Interessante notar que na maioria dos casos sobre venda casada relatadas na doutrina norte-americana, esses se referem ao setor tecnológico, inovação, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a venda casada está frequentemente associada aos atos praticados no mercado financeiro⁴⁵⁹. Não podemos esquecer também das vendas casadas praticadas no setor de telecomunicação, as quais, igualmente, deram muita “dor de cabeça” aos consumidores, através dos combos com banda larga ,TV por assinatura, linha fixa e celular⁴⁶⁰.

A Lei n.º 12.529/11 veio a tipificar a venda casada como uma infração à ordem econômica no seu artigo 36, § 3º, inciso XVIII, que dispõe: “subordinar a venda de um bem à

458 Sobre a venda casada tecnológica ver: Sarita Frattaroli. (FRATTAROLI, Sarita. Dodging the Bullet Again: Microsoft III's Reformulation of the Foremost Technological Tying Doctrine. *Boston University Law Review*. Ano 2010, v. 90, p. 1909-1936), que aborda, entre outros, o Caso Microsoft III'S, onde foi visualizado que o software e o sistema operacional seriam uma espécie particular de integração tecnológica, e Dale Clapperton e Stephen Coronos (CLAPPERTON, Dale; CORONES, Stephen. Technological Tying of the Apple Iphone: Unlawful in Australia? *QUT Law and Justice Journal*, 2007, v. 7, p. 351-374), que debatem acerca da legalidade, à luz da legislação antitruste australiana, das travas tecnológicas desenvolvidas para o Iphone, que restringe o uso do mesmo aos serviços de telefonia móvel de uma empresa em específico.

459 Segundo levantamento da Fundação Procon em São Paulo (Procon-SP), de janeiro a dezembro de 2006, das 22 queixas sobre venda casada, 21 vieram desse segmento. Notícia veicula no site UOL Economia, disponível em: <http://noticias.uol.com.br/economia/ultnot/infomoney/2007/03/12/ult4040u3208.jhtm>.

460 A questão é tão recorrente que ganhou espaço até mesmo na agenda legislativa. Tramita na Câmara dos Deputados o PL 5632/2013, que quer acrescentar à Lei Geral de Telecomunicações a proibição à venda casada. Já no setor de seguros privados O Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP) dispôs, por meio da Resolução CNSP n.º 296 de 25/10/2013, sobre as regras e os critérios para operação do seguro de garantia estendida, quando da aquisição de bens ou durante a vigência da garantia do fornecedor. Dentre essas, vedou o fornecedor de condicionar a compra do bem à contratação do seguro de garantia estendida, assim como condicionar a concessão de desconto no seu preço à aquisição do seguro. BRASIL. Resolução CNSP n.º 296 de 25/10/2013. *Diário Oficial da União*: 28 de outubro de 2013.

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”⁴⁶¹. Para a configuração da infração anticoncorrencial não basta apenas a sua prática, sendo necessário que a mesma tenha o condão de produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: limitar ou falsar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou livre iniciativa, dominar o mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva a posição dominante.

Assim, certo é que, para a configuração da venda casada, fazem-se necessários 1) a existência de poder de mercado e 2) o seu conseqüente abuso. Isto porque, com apoio em Paula Forgioni⁴⁶², na venda casada, o adquirente deve ser coagido à aquisição conjunta dos produtos ou serviços, situação que somente existirá quando o agente coator tiver poder de mercado. Paula Forgioni⁴⁶³ exemplifica:

Por exemplo, um açougue de determinada cidade que vincule a venda da carne bovina à carne suína. Ora, o consumidor que não se interessar pela aquisição conjunta simplesmente dirigir-se-á a outra loja. Situação bem diversa daquela em que o açougue é o único estabelecimento desse tipo na região e temos elevadas barreiras no caminho de novos entrantes.

Lawrence A. Sullivam e Warren S. Grimmes⁴⁶⁴ apontam os efeitos decorrentes da venda casada, que são os seguintes: (a) a prática pode significar o ganho de participação no mercado do produto vinculado, que é resumido pela teoria da alavancagem, (b) o fechamento do mercado do produto vinculado ou aumento de barreiras no mercado do produto vinculado, dificultando a entrada de novos agentes, (c) a discriminação dos preços, com a exploração do adquirente, e (d) o contorno de eventual fiscalização dos preços em mercados regulados.

461 Note-se que a definição da prática continua a mesma da lei anterior (Lei 8.884/94).

462 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

463 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 373.

464 SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

Nos Estados Unidos, segundo o *U.S Dep't of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*⁴⁶⁵, a venda casada não é tida como um ilícito *per se*, tendo em vista que será considerada legal quando a mesma for pró-competitiva, possibilitando que as empresas reduzam seus custos, gerando benefícios aos consumidores. Na União Europeia, consoante o relatado no *DG Competition Discussion Paper*⁴⁶⁶, a prática é condenada pelo artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, desde que preenchidos os seguintes elementos: (a) o agente deve possuir poder de mercado em relação ao *tying product* (*clef*); (b) os produtos/serviços da venda casada devem ser de mercados distintos; (c) deve haver coerção; (d) a venda casada deve ser adotada para o fechamento do mercado; (e) a venda casada não é justificada objetivamente ou pelas suas eficiências.

Veja que no Brasil a prática de venda casada também será analisada sob a ótica da Regra da Razão, onde a conduta poderá vir a ser justificada, tendo em vista as eficiências geradas à sociedade e aos consumidores. Muitas vezes as empresas alegam como defesa que a venda casada é necessária para a manutenção da qualidade, nos casos de serviços de instalação ou de assistência técnica.

Essa questão foi analisada pelo CADE no caso da Xerox, processo administrativo n.º 23/91, julgado em 23 de março de 1993⁴⁶⁷. A Xerox foi acusada de dominar o mercado e de eliminar e prejudicar a livre concorrência através da prática de venda casada. Como tese de defesa, entre outros argumentos levantados, a Xerox afirmou que os atos que ela teria praticado objetivaram única e exclusivamente a proteção de sua propriedade, marca, conceito, reputação, e da qualidade de seus produtos e serviços.

465 ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

466 UNIÃO EUROPÉIA. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

467 Não foram encontrados precedentes mais recentes. As investigações mais atuais foram arquivadas por ausência de indícios da prática.

Paula Forgioni⁴⁶⁸, ao comentar tal julgado, coloca que a tese de defesa de manutenção da qualidade não é válida quando a mesma pode ser garantida de outras formas. Cita a autora, como exemplo, o estabelecimento de requisitos mínimos a serem cumpridos por empresas terceiras independentes.

E foi, nesse sentido, a observação feita pelo Conselheiro do CADE José Matias Pereira em seu voto, destacando que a Xerox impedia seus clientes de utilizarem peças dos concorrentes, através de cláusulas contratuais, o que constituía um ato arbitrário, sem qualquer comprovação técnica. Restou exposto, ainda, no voto, que se a Xerox estivesse mesmo preocupada com a manutenção da qualidade, essa poderia simplesmente impugnar aquelas peças de terceiros que fossem comprovadamente danosas aos seus produtos, razão pela qual a mesma acabou sendo condenada⁴⁶⁹.

468 FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 380.

469 Recentemente (7 de agosto de 2013), o Tribunal Regional Federal da 1ª Região proferiu a seguinte decisão sobre o caso Xerox: DIREITO ECONÔMICO. VENDA CASADA E CRIAÇÃO ILEGÍTIMA DE DIFICULDADES PARA CONCORRENTES. FORNECIMENTO DE MATERIAIS DE CONSUMO PARA COPIADORAS XEROX COM ÊNFASE EM TONERS E REVELADORES. PENALIDADE PARA CLIENTES QUE NÃO ADQUIRISSEM OS PRODUTOS. VIOLAÇÃO À CONCORRÊNCIA. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO CADE. AUSÊNCIA DE APLICAÇÃO RETROATIVA DE LEI. MERA INTERPRETAÇÃO CONJUGADA DOS ART. 3º, INCISO VIII DA LEI 8.158/91. ART. 2º, I, G, DA LEI 4.137/62 EM DECORRÊNCIA DA CONTINUIDADE DA PRÁTICA ATÉ O JULGAMENTO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ART. 173, § 4º, DA CF/88. 1. A decisão administrativa impugnada na ação de procedimento ordinário é a multa aplicada no julgamento do processo administrativo nº 23/91 que examinou o resultado de sindicâncias instauradas pelo antigo Conselho Administrativo de Defesa Econômica e representações à Secretaria de Direito Econômico - SDE, por meio das quais empresas concorrentes da apelante procuravam demonstrar que, desde 1988, a recorrente exercia pressão sobre os locatários de suas máquinas fotocopiadoras, impondo-lhes a aquisição de materiais de consumo de para uso nos equipamentos exclusivamente da marca "XEROX", sob pena de perda de prestação de assistência técnica vinculada ao produto prevista no contrato, caracterizando com o procedimento, a chamada venda casada. 2. Os fundamentos da condenação imposta pelo CADE estão inscritos na alínea "g" do inciso I do art. 2º da Lei nº 4.137/62, de 10 de setembro de 1962, em conjugação com os incisos II, VIII e XVI da Lei nº 8.158/91, de 08 de janeiro de 1991, que assim dispõem: "Art. 2º. Consideram-se formas de abuso econômico: I. Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de: g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa." Lei 8.158/91: "Art. 3º Constitui infração à ordem econômica qualquer acordo de deliberação conjunta de empresas, ato, conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, ainda que os fins não sejam alcançados, tais como: II. Subordinar a venda de bens à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação dos serviços à utilização de outro ou à aquisição de um bem. XVI. Criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresas". 3. Consideram-se formas de abuso econômico: dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento da empresa (art. 2º, I, g, da Lei 4.137/62). 4. Constitui infração à ordem econômica qualquer conduta ou prática tendo por objeto ou produzindo o

Ainda, impera destacar que a venda casada não prejudica o consumidor, apenas indiretamente, quando essa produz efeitos anticompetitivos, mas também o afeta diretamente,

efeito de dominar mercado de bens ou serviços, prejudicar a livre concorrência ou aumentar arbitrariamente os lucros, tais como: subordinar a venda de bens à aquisição de outro ou à utilização de outro ou à aquisição de um bem (art. 3º da Lei 8.158/91).

5. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa observa o princípio da livre concorrência (CF, art. 170).6. A lei reprime o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros (art. 173, § 4º, CF/88).7. Não se pode admitir que agentes econômicos, seja através de ato unilateral, seja mediante a celebração de um contrato, impeçam o exercício da livre concorrência na regulação do mercado. 8. Tendo sido praticadas as condutas antijurídicas de forma reiterada sob a vigência das Leis 4.137/62, 8.158/91, não há fundamento para pretender a inaplicabilidade de uma em detrimento de outra, pois o que se está punindo é a reiterada conduta contrária às normas protetoras da livre concorrência. 9. A condenação imposta pelo CADE à autora não decorreu apenas do texto do art. 3º da Lei nº8.158/91 que proíbe a prática da venda casada, mas também do art. 2º, I, g, da Lei 4.137/62, que considera como forma de abuso econômico a criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.10. A prova de que a autora dificultava o funcionamento e o desenvolvimento de suas concorrentes está nas várias representações contra ela movidas perante o CADE, assim como da documentação acostada aos autos, especificamente, as cópias de contratos firmados com os locatários dos produtos.11. A alegação de que houve um aumento considerável no número de empresas concorrentes da autora não deve ser creditada a algum desprendimento em que tenha incorrido, mas sim, ao aumento do mercado e a atuação do CADE, que tornou-se mais rigoroso a partir da edição das Leis 8.158/91 e 8.884/94.12. Não se verifica a suposta aplicação retroativa de lei, pois mesmo a legislação de 1962, já previa a possibilidade de punição a práticas de dominação do mercado por imposição de condição, desde que comprovado o exercício de posição dominante, sendo o caso da XEROX, que à época da sanção, ocupava posição dominante no mercado de locação e prestação de assistência técnica a fotocopiadoras, com uma participação de 91%, no mercado de material de consumo para equipamentos e no fornecimento das máquinas tinha participação que variava de 74% a 100%, dependendo da localidade. 13. Não se nega o reconhecimento de que é salutar o fornecimento de produtos de consumo pela própria fabricante para seus produtos, especialmente a tinta de imprimir, que em regra utiliza o chamado "toner", contudo, não se admite que a utilização do material de consumo seja imposta como condição de validade ou de oferta de determinado serviço pela imposição de cláusula padrão em contrato de prestação de serviço designado como de assistência técnica, estabelecendo obrigação vinculada às tomadoras do serviço, consistente em apenas adquirir material de consumo por ela fornecido, o que na linguagem antitruste representa, abusar da posição dominante para criar dificuldade ao funcionamento e ao desenvolvimento do mercado. 14. É inequívoco que tal procedimento criou barreiras artificiais com o objetivo de retirar ou impedir a entrada no mercado de produtos de impressão similares ao da apelante, o que nada tem de relacionado com uma posição dominante exercida por uma empresa, eis que tal situação não tem relação com a imposição de restrições artificiais à concorrência.15. A cláusula contratual em questão, reforçada pelos elementos de prova constantes dos autos, denota a figura avenda casada, que é expressamente repudiada pelo legislador no inciso VIII do art. 3º da Lei 8.158/91, sem prejuízo da criação de dificuldade para a constituição e desenvolvimento de empresa, que é conduta vedada tanto na alínea "g" do inciso I do art. 2º da Lei nº 4.137/62, quanto nos incisos II e XVI do art. 3º da Lei nº 8.158/91. 16. Dada a perpetuação no tempo da conduta anticoncorrencial da apelante, não há falar-se em violação ao art. 5º, XXXIX da CF/88 e muito menos a norma do art. 5º, inciso XL (retroação da lei punitiva mais severa).17. Apelação da XEROX parcialmente provida apenas para reduzir o valor da condenação em honorários advocatícios. BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1º Região. Apelação Cível n.º 0031266-06.2001.4.01.0000. Relator: Desembargadora Selene Maria de Almeida. Julgado em 01/07/2013.

quando diminui o seu poder de escolha. É por tal razão que a venda casada vem a ser capitulada no Código de Defesa do Consumidor como uma prática abusiva.

As práticas abusivas, no Código de Defesa do Consumidor, estão elencadas no seu artigo 39. Segundo Cláudia Lima Marques⁴⁷⁰, até a entrada em vigor da Lei n.º 8.884/94 a lista do artigo 39 era exaustiva, tendo em vista que seu inciso x, “que indicava ser a lista apenas exemplificativa, foi vetado pelo Presidente da República, sob alegação de que este inciso tornava a norma ‘imprecisa’ e era inconstitucional, tendo em vista a ‘natureza penal’ do dispositivo”. A Lei n.º 8.884/94, por seu turno, introduziu no seu *caput* a expressão “dentre outras práticas abusivas”, o que acabou refletindo no CDC, retornando a lista a ser exemplificativa.

Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa⁴⁷¹ lecionam que as práticas abusivas constituem um conceito fluído e flexível, estando, tampouco, limitadas ao CDC. Como decorrência da norma do art. 7º, *caput*, são também práticas abusivas outros comportamentos que afetem o consumidor diretamente, mesmo que previstos em legislação diversa do Código.

A venda casada é elencada no CDC, no inciso I, primeira parte, do artigo 39, como uma prática abusiva. Essa proibição visa a impedir que o fornecedor, conforme Cláudia Lima Marques⁴⁷², prevaleça-se de sua superioridade econômica ou técnica para determinar condições negociais desfavoráveis ao consumidor. Além disso, a venda casada pode ser considerada como uma prática pré-contratual.

É importante destacar que a venda casada não se confunde com oferta combinada, que seria permitida. Na oferta combinada o consumidor tem a opção de comprar os itens separadamente, contanto que ele pague o preço normal do produto ou serviço individual.

470 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 814.

471 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 2 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

472 MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 815.

Paulo Eduardo Lilla⁴⁷³ esclarece que, nesse caso, como não há nenhum ato restritivo, a venda casada não será ilegal. Assim, só há que se falar em prática abusiva quando o preço dos produtos vendidos individualmente for exorbitantemente mais alto que o preço da venda conjunta ou quando nenhum produto ou serviço é disponibilizado ao consumidor para a compra isolada. Nessa hipótese, como bem destaca Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer⁴⁷⁴, “o prejuízo ao consumidor é evidente: com tal prática impinge-se a ele a aquisição de um produto ou serviço não desejado, provocando-lhe, assim, uma notória perda econômica”.

Há alguns casos interessantes julgados pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que abordam a venda casada sob a luz do CDC. O Ministro Herman Benjamin no Recurso Especial n.º 384.284⁴⁷⁵ aborda a prática que condicionou o pagamento a prazo da compra do produto objetivado pelo consumidor, qual seja, gasolina, à aquisição de outro produto não desejado pelo consumidor: refrigerante.

O relator entendeu que essa configuraria como uma inequívoca prática abusiva, na modalidade de venda casada, pelos seguintes motivos:

A dilação do prazo para pagamento, embora seja uma liberalidade do fornecedor – assim como o é a própria colocação no comércio de determinado produto ou serviço –, não o exime de observar as normas legais que visam a coibir os abusos que vieram a reboque da massificação dos contratos na sociedade de consumo e da reconhecida vulnerabilidade do consumidor. Tais normas de controle e saneamento do mercado, ao contrário de restringirem o princípio da liberdade contratual, o aperfeiçoam, tendo em vista que buscam assegurar a vontade real daquele que é estimulado a contratar⁴⁷⁶.

473 LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 10, abr./jun. 2006. p. 9-46.

474 PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos.. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 139.

475 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 384.284-RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 15 de dezembro de 2009.

476 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 384.284-RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 15 de dezembro de 2009.

Já no julgamento do Recurso Especial n.º 744.602⁴⁷⁷, caso dos Cinemas, o relator, Ministro Luiz Fux, identificou que:

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 restaurantes⁴⁷⁸.

Outro caso paradigmático diz respeito à venda conjunta pelas redes de *fast food* de lanches com brindes infantis. Por considerar essa prática como abusiva, o Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública em face da rede de lanchonetes Bob's.

Sob a mesma alegação, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública em face do Mc Donalds e do Burger King. Suscitado conflito de competência entre a justiça estadual de São Paulo e a justiça federal, o STJ declarou como competente para julgar a causa a 15ª Vara Cível da Seção Judiciária de São Paulo⁴⁷⁹. Infelizmente, até o momento não houve julgamento do caso.

Cumprir informar que tramita no Congresso Nacional um Projeto de Lei do Senado (PLS 144/2012), que busca proibir a promoção e a comercialização de alimentos condicionados a brindes, brinquedos ou objetos de apelo infantil. Até o presente momento, o projeto se encontra na Comissão de Assuntos Econômicos.

A respeito da veiculação de campanhas publicitárias com prática de venda casada, encontramos duas decisões condenatórias do CONAR. A primeira, de abril de 2008, diz respeito à manifestação do Conselho de Ética sobre um comercial da Greendene⁴⁸⁰.

Nesse caso, entendeu-se que a peça transmitia uma mensagem direta ao público infantil, já que incentivava esse a pedir o produto anunciado – uma sandália – aos pais, com o

477 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 744.602. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 23 de março de 2003.

478 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 744.602. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 23 de março de 2003.

479 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 112.137. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 3 de dezembro de 2010.

480 CONAR. Representação nº: 330/07. Relatora: Marisa D'Alessandri. Julgado em abril de 2008.

intuito de receber o brinde. Deu-se procedência à denúncia, nos seguintes termos: “fica claro na peça que o foco não é o produto em si, mas o brinde com ele vendido, com a intenção de despertar o interesse da criança para, de forma indireta, vender o produto, especialmente porque a criança é chamada para influenciar os pais na decisão de compra”.

A segunda decisão⁴⁸¹ abordou o anúncio veiculado pela GVT, chamado de “A Escolha Feliz”. O CONAR entendeu que tratava-se de uma publicidade irregular, uma vez “que oferecia promoção de serviço de internet a R\$ 59,90, mas omitia informação essencial: a necessidade de aquisição de linha telefônica, de forma que o custo cobrado do consumidor torna-se expressivamente mais elevado do que o valor anunciado”.

Dessa forma, tendo em vista o discorrido acima, a venda casada vem a ser reprimida por dois campos do Direito. Ocorre que, apesar de ser importante que essa dupla tutela se desenvolva de uma maneira harmônica, na prática percebe-se que falta o diálogo necessário entre a defesa do consumidor e a da concorrência.

Desse contexto, emergem algumas questões, que acabam pondo em xeque a eficácia dessa tutela ubíqua e apartada. Há, destarte, a necessidade de um estudo mais profundo dessa prática, mas não apenas sob a ótica da concorrência ou do consumidor, e, sim, sob ambas.

Tal problemática não fica adstrita ao sistema brasileiro. Até mesmo a doutrina e jurisprudência norte-americanas, que constituem um solo fértil para o estudo da venda casada, apresentam certa limitação, principalmente no que toca a essa essência dúplice da prática, isto é, de gerar efeitos na esfera do consumidor e da concorrência.

Hebert Hovenkamp⁴⁸² comenta que a lei que aborda a venda casada nos Estados Unidos da América não define de maneira apropriada a configuração do ilícito, aduzindo que essa deveria ocorrer através da identificação da redução da oferta ou do aumento de preços

481 CONAR. Representação nº: 138/09. Relator: Conselheiro Roberto Philomena. Julgado em julho de 2009.

482 HOVENKAMP, Hebert. *Antitrust*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1999.

aos consumidores. Robert H. Bork⁴⁸³, da mesma forma que Hebert Hovenkamp⁴⁸⁴, considera que a teoria legal da venda casada é inadequada.

Outra questão que pode ser levantada nesse contexto é aquela relatada por Lawrence A. Sullivan e Warren S. Grimes⁴⁸⁵, no que diz respeito à exploração das falhas informacionais e motivacionais do consumidor, quando da prática da venda casada. Em decorrência disso, os autores indagam se a questão não deveria ser endereçada à legislação consumerista, e não à antitruste.

Tal indagação é decorrente, nomeadamente, do emblemático caso Kodak, aqui já mencionado. Lawrence A. Sullivan e Warren S. Grimes (2000)⁴⁸⁶ apontam que é prejudicial analisar, em um litígio antitruste, questões pertinentes ao consumidor, como a exploração de suas falhas informacionais e motivacionais, ainda mais se essas forem objeto de uma outra demanda, nesse caso consumerista, em outro fórum e num momento posterior.

No Brasil, apesar da questão da venda casada não ter, ainda, recebido a atenção devida, divergências surgem, essencialmente no que toca a sua dupla capitulação e aos requisitos para sua configuração. Roberto Castelhanos Pfeiffer⁴⁸⁷ defende que a venda casada pode ser apurada de forma paralela pelos órgãos de proteção ao consumidor e pelas autoridades de defesa da concorrência, não havendo que se falar em *bis in idem*, uma vez que efeitos distintos são derivados da mesma conduta.

Calixto Salomão⁴⁸⁸, por sua vez, aponta que a inserção da venda casada no Código de Defesa do Consumidor é equivocada, podendo, ainda, ocasionar sérias consequências estruturais para o sistema concorrencial, o que irá, em última análise, prejudicar o consumidor.

483 BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993, p. 375.

484 HOVENKAMP, Hebert. *Antitrust*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1999.

485 SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

486 SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

487 PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 131-151.

488 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

Paulo Eduardo Lilla⁴⁸⁹ complementa o entendimento acima, observando que se não houver poder de mercado, o consumidor não será forçado à compra casada, motivo pelo qual não haveria que se falar em ilícito. Veja que dessa constatação emergem dois problemas: (a) sendo necessário o poder de mercado, a questão não deveria ser tratada apenas pelo Direito da Concorrência? e (b) a caracterização da venda casada como prática abusiva *per se* pela defesa do consumidor, conforme anota Arthur Badin⁴⁹⁰, não criaria um conflito de normas, que pode “levar ao absurdo de sancionar prática ou informar políticas públicas que sejam mais benéficas para o próprio consumidor”, como o caso de práticas que visem ao desenvolvimento tecnológico, apesar de serem restritivas à concorrência?

Diante desse contexto, surge a necessidade de ser analisada a prática da venda casada sob a ótica consumerista e concorrencial, a fim de verificar como sua repressão poderia ser mais bem redirecionada, sempre levando em consideração que o bem-estar do consumidor é o fim último a ser buscado pelas duas tutelas, ainda que de forma diversa.

B.2 Proposta de Harmonização e Coordenação

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer⁴⁹¹ alerta que a proteção do consumidor e a defesa da concorrência são duas políticas públicas que devem ser executadas de modo harmônico, uma vez que rendem benefícios múltiplos. No entanto, percebe-se que, no Brasil, a relação entre esses dois ramos, conforme Bruno Miragem⁴⁹², mostra-se bastante inexperiente.

489 LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 10, abr./jun. 2006. p. 9-46.

490 BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

491 PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. 2010. Tese(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

492 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

Nesse sentido, corrobora Arthur Badin⁴⁹³:

Não obstante sejam verso e reverso de uma mesma política que visa, em última instância, o bem-estar dos consumidores, os dois microssistemas foram, no Brasil, tradicionalmente mantidos incomunicáveis pelas doutrinas antitruste e consumerista, o que acabou levando a uma recíproca incompreensão, de parte a parte, dos princípios e racionalidade que os informam.

Tendo em vista, portanto, esse imaturo isolamento entre as esferas do consumidor e da concorrência, o método do Diálogo das Fontes acaba fornecendo um arcabouço metodológico para a construção e a execução de uma política harmônica e conjunta. Já de uma maneira mais específica e localizada, o método será responsável pela superação do “aparente dissenso” apresentado na primeira parte desse estudo, no que toca à dupla capitulação da venda casada.

Com efeito, sendo o método utilizado o Diálogo das Fontes, não há espaço para discussão acerca dos critérios de especialidade ou anterioridade, utilizados pela doutrina clássica. Esses critérios seriam, até mesmo, insuficientes para resolver a questão, pois, à luz da especialidade, ambas leis são consideradas especiais na suas respectivas áreas de aplicação. O mesmo entendimento vale ao critério da anterioridade: sendo o âmbito de aplicação de cada lei distinto, não há como afirmar que uma lei posterior revogou uma lei anterior.

Por outro lado, haverá sim que se falar na aplicação simultânea das leis, que deverá, no entanto, ocorrer de uma maneira harmônica e coerente. Quem apresenta essa possibilidade de aplicação conjunta de leis é Cláudia Lima Marques⁴⁹⁴, confirmando que também poderá haver diálogo entre normas igualmente especiais, para que se alcance um resultado justo e de acordo com o valores positivados na Constituição.

Assim, o que se propõe, nesse ponto do estudo, é que a Lei Antitruste, já que mais recente do que o CDC, acabe se incorporando harmoniosamente ao sistema, servindo de

493 BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

494 MARQUES, Cláudia Lima. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

complemento a esse. Tal entendimento acaba tendo respaldo na definição do Direito Antitruste pela doutrina de Robert H. Lande e Neil W. Averitt⁴⁹⁵, que se resume na repressão às falhas externas do mercado, que prejudicam o consumidor, diminuindo sua gama de escolha.

Nessa linha de raciocínio, percebe-se que a proteção do consumidor precisa dessa complementação dada pela Lei Antitruste, uma vez que o Direito do Consumidor consegue tutelar apenas as falhas internas do mercado, dirigidas de uma forma direta aos consumidores. Assim, como apoio no Diálogo das Fontes, a fim de que a finalidade das leis seja alcançada de uma maneira mais eficaz, esses dois ramos vão ao encontro um do outro, vindo a constituírem uma unidade única, segundo Robert H. Lande e Neil W. Averitt⁴⁹⁶.

Essa busca conjunta pelo bem-estar do consumidor será viabilizada, num primeiro momento, através do diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade, em que conceitos desenvolvidos pelo Direito do Consumidor servirão de complemento ao Direito da Concorrência. Sobre a utilização desse diálogo em fluxo contrário, isto é, os conceitos antitrustes servindo como complemento, cabe aqui colacionar as reflexões de Amanda Flávio de Oliveira⁴⁹⁷: “até que ponto a política brasileira de defesa do consumidor está disposta a ceder aos argumentos antitruste, tanto quanto pleiteia considerações consumeristas na política antitruste? É mesmo desejável um alinhamento entre as duas políticas?”⁴⁹⁸

Concretizando as reflexões de Amanda Flávio de Oliveira⁴⁹⁹, podemos dizer que o alinhamento é sim desejável, e ocorrerá tanto em relação às influências do Direito do Consumidor ao da Concorrência, quanto ao reverso. Há, na verdade, influências recíprocas,

495 LANDE, Robert H. AVERITT, Neil W. A Escolha do Consumidor: Uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

496 LANDE, Robert H. AVERITT, Neil W. A Escolha do Consumidor: Uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

497 OLIVEIRA, Amanda Flávio. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor – Análise da Situação Político institucional Brasileira em Relação à Defesa do Consumidor e da Concorrência tendo em Perspectiva os Estudos Empreendidos por Ocasão dos 90 Anos da Federal Trade Commission. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, v. 14, n. 1, p. 178, jan. 2007.

498 Insta destacar que ambas as defesas tratam-se de normas de ordem pública.

499 OLIVEIRA, Amanda Flávio. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor – Análise da Situação Político institucional Brasileira em Relação à Defesa do Consumidor e da Concorrência tendo em Perspectiva os Estudos Empreendidos por Ocasão dos 90 Anos da Federal Trade Commission. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, v. 14, n. 1, p. 178, jan. 2007.

num diálogo de *doublé sens*, consoante respalda Heloisa Carpena⁵⁰⁰, “se há pontos de conexão recíproca influência entre os dois estatutos, e mais amplamente, entre as duas disciplinas, não resta dúvida de que devem ser interpretadas sistematicamente as suas normas, cuja *ratio*, é comum”.

Dessa forma, a primeira colocação que devemos afastar, daquelas apresentadas na primeira parte desse estudo, é a trazida por Calixto Salomão Filho⁵⁰¹, de que a inserção da venda casada no Código do Consumidor teria sido equivocada. Veja-se que na hipótese de exclusão da capitulação da venda casada prevista no CDC, o consumidor lesado pela prática poderia acabar sem qualquer proteção.

Muito embora se pudesse afirmar que o interesse do consumidor, nesse caso, seria tutelado pela Lei Antitruste, essa tutela não é feita de uma maneira individual e direta ao consumidor, não sendo concedido a esse, de uma maneira específica, a cessação da prática, nem a reparação pelos danos sofridos. José Reinaldo de Lima Lopes⁵⁰², bem elucida tal questão explicitando que o “CADE recusa-se e com razão, a transformar-se num órgão julgante ou arbitral de conflitos individuais de consumidores e fornecedores”, complementando que o “individualmente considerado não é objeto do CADE, mas 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”.

Perceba-se que mesmo que a prática envolvesse questões de natureza concorrencial, e portanto, legitimasse a intervenção do CADE, os interesses dos consumidores só seriam satisfeitos de uma maneira geral, ampla, seja com a repressão da prática, seja com a aplicação de uma multa que é revertida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), cujos recursos são destinados à reparação de interesses difusos⁵⁰³.

500 CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

501 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Conduas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

502 LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito da Concorrência e Direito do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, v. 34, p. 79-97, 2001.

503 Apenas a título de complementação, o referido fundo é vinculado ao Ministério da Justiça e administrado por dez Conselheiros, sendo que desses, três são da sociedade civil, dois de órgãos de Estado e cinco indicados por Ministérios.

A reparação do dano individual do consumidor, assim, não poderia ser feita perante o CADE, já que o mesmo não é um fórum competente para tanto. Poderia, eventualmente, tendo em vista a falta de amparo no CDC, o consumidor recorrer ao direito de ação previsto no artigo 47 da Lei Antitruste, ingressando no judiciário com o denominado pela doutrina norte-americana de *private enforcement*.

Ocorre que apesar de possível, verificamos que na prática ações fundadas nessa faculdade trazida pela Lei Antitruste são praticamente incipientes. Não há tradição no Brasil, diferente da realidade americana e europeia, em ajuizamento de *private enforcements*, até mesmo porque a mesma desafia uma instrução processual bastante complexa, a qual muitas vezes sequer o judiciário está apto a lidar.

Sobre essa problemática, Mauro Grinberg⁵⁰⁴ destaca:

Qualquer desenvolvimento do Direito Concorrencial, hoje, tem que passar, necessariamente, por uma educação do Poder Judiciário. A maioria dos juízes nunca viu isso. O Direito da Concorrência teve origem no sistema da *Common Law* e nós temos o sistema do Direito romano-germânico. Na Europa, essa questão foi solucionada, porque há uma mescla do Direito romano-germânico com o Direito anglo-saxão. Nos Estados Unidos isso não é um problema porque todo sistema é anglo-saxônico. No Brasil, ainda há conceitos econômicos, como por exemplo, o conceito de mercado relevante, que precisa ser entendido em qualquer análise concorrencial. A simples análise do Direito da Concorrência é estéril para maioria dos juízes. Quando se fala em mercado relevante, alguns pensam que é um mercado que tem importância, não é bem assim. Mercado relevante é a porção do mercado em que se dá a concorrência. Para complicar, tem a dimensão material e a dimensão geográfica. Um exemplo de dimensão material: manteiga x margarina. Tem gente que acha que um concorre com o outro, alguns entendem que são mercados totalmente diferentes. No mercado de automóveis, há o carro de luxo, o carro popular, que compõe mercados distintos. Os juízes são pessoas inteligentes, mas não estão preparados para fazer essa análise. A tendência é nomear um perito para fazer a análise e dizer qual é o mercado relevante. Nós especialistas, fazemos isso de maneira intuitiva.

Ademais, o principal motivo pelo qual não podemos aderir ao posicionamento de Calixto Salomão Filho⁵⁰⁵ diz respeito às situações em que a prática da venda casada não gera

504 GRINBERG, Mauro. *CADE Precisa de Maior Capacidade Técnica*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-01/fimde-entrevista-mauro-grinberg-advogado-especialista-direito-concorrencia>>. Acesso em 24 de setembro de 2013.

505 SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

qualquer efeito ao livre mercado. Nessa hipótese, o CADE não teria interesse e legitimidade para agir, de forma que, se a capitulação da venda casada fosse extirpada do CDC, o consumidor ficaria desamparado.

Uma vez afastada a possibilidade de supressão da capitulação da venda casada do CDC, pergunta-se, *a contrario sensu*, se, tendo em vista que a venda casada propicia a exploração das falhas informacionais e motivacionais do consumidor pelo agente que pratica a venda casada, a mesma não deveria ser endereçada apenas sob a ótica da legislação consumerista, conforme levantado pela doutrina norte-americana?⁵⁰⁶.

Acredita-se que não, uma vez que a prática da venda casada pode vir, sim, a prejudicar a livre concorrência, como nos casos em que a mesma gere o efeito de fechamento do mercado, criando barreiras de entrada a novos agentes. Se a repressão fosse realizada apenas no âmbito do consumidor, questões como essas ficariam de fora, sem falar que condutas prejudiciais ao longo termo ao consumidor seriam aprovadas, já que disfarçadas em algum benefício imediato como descontos⁵⁰⁷.

Assim, percebe-se que uma repressão bifurcada, mas não incomunicável, e em diferentes proporções, isto é, uma em visão macro e a outra em micro, se faz necessária. Embora movidas por uma *ratio* comum, cada esfera encarará os interesses do consumidor de uma forma, sendo que para o CADE, segundo José Reinaldo de Lima Lopes⁵⁰⁸, os mesmos são tidos como um subproduto de um mercado competitivo e eficiente.

Ainda, para que a repressão se torne mais eficaz e gere mais benefícios aos consumidores, Arthur Badin⁵⁰⁹ aduz que seria interessante aproveitarmos do

506 SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

507 Muito embora uma conduta possa ser benéfica ao consumidor num primeiro momento, como a imposição de descontos ao consumidor pela venda casada, a mesma poderá ser prejudicial ao consumidor ao longo prazo, tendo em vista que o agente busca fechar o mercado, aumentando as barreiras do mesmo, de maneira que poderá, num segundo momento, implementar condutas e preços monopolistas, extremamente prejudiciais ao consumidor, os quais são os grandes causadores das falhas internas, que buscam a ser reprimidas pelo Direito do Consumidor.

508 LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, v. 34, 2001, p. 79-97.

509 BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

desenvolvimento da doutrina antitruste sobre venda casada para inferir uma melhor exegese do artigo 39, inciso I, do CDC.

Verificado, portanto, que inexistiria plausibilidade de se concentrar a repressão da prática de venda casada em apenas um microssistema, já que em ambas hipóteses o consumidor seria prejudicado, ainda quando a tutela residisse apenas no CDC, evidencia-se, mais uma vez, a necessidade de interação entre as duas esferas. Nesse passo, indagamos se essa dupla capitulação caracterizar-se-ia ou não como um *bis in idem*.

Seguimos aqui a orientação de Roberto Castelhanos Pfeiffer⁵¹⁰, que aduz que a venda casada pode ser apurada de forma paralela pelos órgãos de proteção ao consumidor e pelas autoridades de defesa da concorrência, não havendo que se falar em *bis in idem*, uma vez que efeitos distintos são derivados de uma mesma conduta. No mesmo sentido, é o entendimento de Arthur Badin⁵¹¹ que coloca que os “dois microssistemas devem coexistir, pois ensejam controles e sanções distintos, porém não excludentes”, nada impedindo que a prática seja sancionada como infração à ordem econômica pelo CADE e como prática abusiva pelo PROCON, ou pelos órgãos judiciais.

Para melhor redirecionar essa dupla repressão, Roberto Castellanos Pfeiffer⁵¹² propõe a hipótese de troca de uma linha de investigação por outra. Seria o caso em que o CADE, ao investigar uma denúncia de venda casada, concluía que a conduta é incapaz de produzir efeitos sobre a concorrência, mas, como os elementos coligidos podem ser úteis para enquadramento da conduta como prática abusiva (CDC), no lugar de arquivar o processo, remeta a cópia dos autos às autoridades de proteção ao consumidor.

Destarte, cabível analisar como o Direito Antitruste pode vir a complementar a proteção estampada no CDC, tendo como norte o diálogo sistemático de complementariedade

510 PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 131-151.

511 BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

512 PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. 2010. Tese(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

e subsidiariedade. Arthur Badin⁵¹³ fala que seria interessante aproveitarmos do desenvolvimento da doutrina antitruste sobre a venda casada para inferir uma melhor exegese do artigo 39, inciso I, do CDC.

A teleologia da norma estampada no inciso I do artigo 39 do CDC é sem dúvida a proteção à livre escolha do consumidor, não podendo esse ser obrigado a contratar e adquirir algo que não lhe seja conveniente ou que lhe seja mais custoso. Segundo Arthur Badin⁵¹⁴, “como se vê, a teleologia da norma é evitar a coerção sobre o consumidor, preservando sua soberania de escolha”.

Dessa forma, para que se possa haver a prática da venda casada sob o enfoque do CDC, a coerção ao consumidor deve ser considerada. Arthur Badin⁵¹⁵, por isso, postula que o reconhecimento da venda casada como prática abusiva *per se* pela defesa do consumidor, independentemente de uma análise da estrutura do mercado, além de criar um verdadeiro conflito entre as duas normas, pode levar ao absurdo de sancionar práticas ou informar políticas públicas que sejam mais benéficas para o próprio consumidor, o que, sob a ótica pragmática, constituiria um contrassenso.

Nessa linha, o Ministro Luiz Fux no julgamento do Recurso Especial n.º 744.602⁵¹⁶, caso dos Cinemas, quando em atuação no STJ, destacou a necessidade de superioridade econômica ou técnica do fornecedor para a configuração da prática de venda casada:

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 competitivos⁵¹⁷.

513 BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

514 BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

515 BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

516 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 744.602. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 23 de março de 2003.

517 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 744.602. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 23 de março de 2003.

Ainda com base nos estudos de Arthur Badin⁵¹⁸, considerando que a venda casada pode ser um importante instrumento de mitigação de custos – e, assim, de fornecimento a mais consumidores a menores preços – a condenação da prática sem considerar eventuais eficiências geradas levaria ao absurdo de prejudicar o interesse difuso de todos os potenciais consumidores, em favor de um consumidor marginal.

Portanto, a ilicitude da venda casada deverá ser analisada por meio de um *case by case approach*, sob a luz da Regra da Razão⁵¹⁹. Se assim não fosse, não haveria nem que se falar em oferta combinada, já que essa prática, ainda que gerasse benefícios ao consumidor, seria condenada.

Identifica-se na jurisprudência do STJ precedente que faz uma análise acerca das condições em que foi praticada a venda casada, não condenando a prática de uma maneira *per se*. O mencionado precedente é o Recurso Especial n.º 1.097.582 julgado em abril de 2013 pelo Ministro Relator Marco Buzzi⁵²⁰, da 4ª Turma.

A controvérsia que foi submetida à apreciação do STJ cingia-se em aferir a “caracterização ou não de abusividade em cláusula contratual de prestação de serviços de telefonia móvel, com previsão de duração por prazo mínimo (“fidelização” de 12 meses), cujo descumprimento enseja a imposição de multa; bem como se a mencionada estipulação caracteriza “venda casada”, tendo em vista a existência paralela de ajuste de comodato de 09 (nove) aparelhos celulares, com prazo de carência de 24 (vinte e quatro) meses, cuja rescisão antecipada implicaria na incidência de sanção idêntica”⁵²¹.

Primeiramente fazendo uma análise acerca dos possíveis benefícios gerados ao consumidor, o relator observou:

518 BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

519 A Regra da Razão nascida na jurisprudência norte-americana, quando aplicada, possibilita que não haja a composição do suporte fático necessário à incidência da norma que determinaria a ilicitude do ato. Essa aplicação está condicionada à comprovação de que a prática proporcionou efeitos competitivos e extracompetitivos positivos ao mercado e à sociedade, sendo a concorrência lesada apenas de forma razoável.

520 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 1.097.582. Relator: Ministro Marco Buzzi, julgado em 8 de abril de 2013.

521 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 1.097.582. Relator: Ministro Marco Buzzi, julgado em 8 de abril de 2013.

Não obstante, consoante acima exposto, a previsão de um prazo de permanência contratual mínima, inserto em cada um dos mencionados ajustes, não encerra em si qualquer abusividade, *desde que tenha como razão de ser a concessão de benefícios ao consumidor como contrapartida*. Desse modo, no caso do contrato de prestação de serviços de telefonia móvel, a vinculação do consumidor a um prazo mínimo é legítima sempre que este obtiver, durante a vigência desse período, *vantagem pecuniária decorrente da cobrança de valores reduzidos (em comparação ao consumidor que contrata os mesmos serviços, sem, entretanto, vincular-se à cláusula de fidelidade)*(grifo nosso)⁵²².

Já no que tange ao comodato dos aparelhos celulares habilitados para uso naquelas mesmas linhas telefônicas, igualmente, o prazo de carência *reverte-se em benefício ao consumidor*, na medida em que permite, por parte deste, adquirir determinado terminal móvel por *preço substancialmente inferiores aos de mercado*, subsidiado, portanto, pela empresa de telefonia. (Grifo nosso.)⁵²³

Destarte, infere-se que o relator fez uma análise do caso para ver se a prática comercial era benéfica ou não ao consumidor. Não se tratou, portanto, de uma configuração *per se* da suposta venda casada.

Defende-se, pois, um espaço de diálogo na análise consumerista administrativa e civil (perante o judiciário) com a doutrina e a experiência antitruste. Dessa forma, acredita-se que os aplicadores das normas do CDC terão um maior respaldo para adotar a interpretação e a decisão que estimulam condutas mais benéficas ao consumidor, não só de uma maneira imediata, mas também em longo prazo.

Longe de querer reduzir a defesa do consumidor à doutrina antitruste, essa dissertação pretende apenas ressaltar que a importação de algumas técnicas desta por aquela, podem trazer benefícios àquela. Ronaldo Porto Macedo Junior⁵²⁴ atenta para o prejudicial fato das resistências mais conservadoras dos consumeristas, algumas até mesmo fantasiadas, como foram bem externalizadas diante da tentativa de criação da Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência.

522 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 1.097.582. Relator: Ministro Marco Buzzi, julgado em 8 de abril de 2013.

523 BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Recurso Especial n.º 1.097.582. Relator: Ministro Marco Buzzi, julgado em 8 de abril de 2013.

524 MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Íntegra Entrevista Pensando o Direito. In SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Agências Reguladoras e a Tutela do Consumidor*. SAL: Brasília, 2010.

Parecendo até uma “brincadeira de mau gosto”, há casos em que políticas consumeristas ruins podem prejudicar o seu objeto de tutela, qual seja, os consumidores. Um exemplo é a grande regulação da publicidade⁵²⁵.

Como levanta o OFT⁵²⁶ (Autoridade da Concorrência e do Consumidor do Reino Unido), as políticas do consumidor, ao contrário do que vêm fazendo, deveriam facilitar a publicidade, tendo em vista que essa pode ser utilizada como um valioso canal pelo qual os consumidores irão obter informações sobre os preços e os atributos dos produtos em um mercado.

Desta feita, o OFT⁵²⁷ destaca que no passado recente, ironicamente, as políticas consumeristas frequentemente agiam com vistas a restringir a publicidade. A fim de respaldar tal afirmação, citamos as palavras de Robert Pitofsky⁵²⁸, em seu estudo sobre a proteção dos consumidores e a regulação da publicidade, especialmente no que tange à década de 60 e ao papel desempenhado pela Federal Trade Commission – FTC (autoridade norte-americana):

*many enforcement actions against advertisers grew directly out of competitor complaints and appear to have been primarily intended to protect sellers against competition from cheaper substitutes*⁵²⁹.

Ainda, nessa temática, o OFT⁵³⁰ destaca que a proibição à publicidade comparativa⁵³¹, a qual é frequentemente justificada com base na prevenção à prática de publicidades enganosas, revela que tal regulação pode ser prejudicial à livre concorrência, impedindo que

525 OFFICE OF FAIR TRADE. *Interactions Between Competition and Consumer Policy*. Londres: OFT, 2008, p. 55.

526 OFFICE OF FAIR TRADE. *Interactions Between Competition and Consumer Policy*. Londres: OFT, 2008, p. 55.

527 OFFICE OF FAIR TRADE. *Interactions Between Competition and Consumer Policy*. Londres: OFT, 2008, p. 55.

528 Pitofsky, Robert. Beyond Nader: Consumer Protection and the Regulation of Advertising. *Harvard Law Review*. Vol. 90, n.º 4, p. 674, 1977.

529 Tradução livre: “muitas ações contra determinadas publicidades foram promovidas diretamente por concorrentes, parecendo que essas tiveram primariamente a intenção de proteger os fornecedores contra a competição de substitutos mais baratos”.

530 OFFICE OF FAIR TRADE. *Interactions Between Competition and Consumer Policy*. Londres: OFT, 2008, p. 56.

531 Cumpre esclarecer que ainda que se possa sustentar que a propaganda comparativa esteja mais relacionada com a concorrência desleal e a Lei de Propriedade Intelectual, não podemos esquecer que à repressão aos atos de concorrência desleal também visam a proteger os consumidores.

os benefícios desse jogo sejam remetidos aos consumidores. Além disso, quando há uma política eficaz consumerista, que consiga impedir a publicidade enganosa e abusiva, não haveria necessidade de controlar ou proibir a publicidade comparativa.

São inúmeros os exemplos em que a restrição à publicidade comparativa⁵³² acabou, em última análise, prejudicando os consumidores. Ou seja, mais se privilegia um concorrente em específico do que o consumidor propriamente dito.

Citamos aqui o exemplo de Roberto H. Lande e Neil Averitt⁵³³, sobre o mercado de coletes à prova de bala. A associação de coletes à prova de bala editou uma regra que restringia a publicidade comparativa, declarando que seria antiética a conduta de qualquer dos membros em sustentar que os coletes de outro associado tivessem falhado no teste de certificação, ainda que isso fosse verdadeiro. Assim, a FTC, tendo em vista os danos à concorrência, especialmente no que diz respeito à qualidade, celebrou um acordo para a cessação dessa prática anticoncorrencial⁵³⁴.

Inobstante à complexidade do tema e às suas consequências, causa uma certa preocupação a forma com que o tema é tratado pelo judiciário do Brasil. O julgamento da Apelação n.º 70049402944, em 27 de setembro de 2010⁵³⁵, pelo Tribunal de Justiça do Rio

532 Sobre a publicidade comparativa, ver: DURIGAN, Paulo. Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdades Integradas Curitiba. Curitiba, 2007.

533 LANDE, Robert H. AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 45, p. 42, jan./mar. 2003.

534 Apontamos outros exemplos bastante interessantes sobre o tema, que reforcem o posicionamento de que publicidades são, quando não enganosas ou abusivas, extremamente benéficas aos consumidores: No caso *Bates v. State Bar of Arizona*, nesse caso a Suprema Corte Norte-Americana confirmou o Direito Constitucional dos advogados de realizarem propagandas sobre seus serviços. Essa decisão e confirmação do direito pela Suprema Corte teve como fato gerador a excessiva regulação pelos *State Bars* e legislações estaduais à publicidade dos serviços. Apesar destas restrições terem como fundamento a proteção dos consumidores, essas, na verdade, acaba afetando-os, negativamente. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. Partes: John R. Bates and Van O'Steen v. State Bar of Arizona. Juiz Presidente: Warren E. Burger, julgado em 1977. Ainda, outro exemplo prejudicial aos consumidores citado pelo OFT foi a política implementada pela *U.S. Food and Drug Administration* que essencialmente proibiu as empresas de fazer alegações sobre os aspectos saudáveis de alimentação em relação aos seus produtos. OFFICE OF FAIR TRADE. *Interactions Between Competition and Consumer Policy*. Londres: OFT, 2008, p. 55.

535 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n.º 70049402944. Partes: WMS Supermercados do Brasil e Bom Mercado Comércio de Alimentos. Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Marcelo Cezar Müller. Julgado em 27 de setembro de 2012.

Grande do Sul , que teve como relator o Desembargador Marcelo Cezar Müller, é um bom paradigma a ser analisado.

O caso versa sobre fato ocorrido na praia de Imbé, no Rio Grande do Sul, em que o supermercado Bom Mercado se sentiu prejudicado pelos cartazes veiculados dentro do estabelecimento do Walmart, que indicavam o preço por si praticado, no intuito de fazer chegar essa informação diretamente aos consumidores.

A sentença de primeiro grau⁵³⁶ condenou o Walmart, pelo fato de esse ter poder de mercado, do que se pode inferir que para a magistrada, esse fato *per se* configuraria uma infração, já que colocaria em risco os demais concorrentes, que eram muito pequenos:

O réu possui grande poder econômico financeiro e pode apresentar *melhores preços aos consumidores*. Todavia, isto não precisa ser feito do *modo agressivo e desproporcional* como está sendo feito, forçando uma conexão entre a concorrência e preços altos. A propaganda deve ser em seu favor e não contra os demais. Neste norte, como afirma o requerente, a conduta do demandado conduz os consumidores a nem mais entrarem em outros estabelecimentos, o que redundará em perda de clientela e *possível falência dos estabelecimentos concorrentes, até porque, estes, em sua maioria, são de pequeno porte*.

Infelizmente, a juíza não se dedicou a analisar a figura do consumidor e a da ilicitude à prática sob a ótica das regras consumeristas, que dispõem quando a publicidade é considerada ou não uma prática ilícita, situação que é diretamente relacionada à abusividade ou à enganosidade. Perceba-se que uma publicidade abusiva difere-se do conceito de poder de mercado e, por conseguinte, de abuso desse poder.

Por a demanda ter se estabelecido apenas entre concorrentes, e não entre o Walmart e os consumidores, a questão avançou para a esfera concorrencial. Tanto a sentença de primeiro grau, quanto o acórdão, entenderam que o ato constituiu uma infração à ordem econômica, com base na lei concorrencial.

Ocorre que nenhuma análise mais detalhada foi feita, acerca da delimitação do mercado relevante, do poder detido nesse pelo Walmart, o que corrobora com a crítica feita ao

536 RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Tramandaí. Cautelar Inominada n.º 073/1.11.0008404-7. Partes: WMS Supermercados do Brasil e Bom Mercado Comércio de Alimentos. 1ª Vara Cível. Juíza de Direito Laura Ullmann López. Julgado em 25 de janeiro de 2012.

judiciário, acerca de sua grande dificuldade em julgar litígios nessa matéria⁵³⁷. Assim, como podemos afirmar que o Walmart abusou de seu poder de mercado, se não há qualquer constatação na decisão de quanto seria esse poder⁵³⁸?

O caso restou ementado⁵³⁹ da seguinte forma:

AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. PROPAGANDA COMPARATIVA.

A livre iniciativa, a concorrência, a isonomia, a legalidade, a propriedade privada e a tutela do consumidor são valores acolhidos pela Constituição Federal. A propaganda efetuada pela empresa deve respeitar certos parâmetros, de modo a observar a lealdade entre os concorrentes e não utilizar o abuso do poder econômico. Esses parâmetros garantem a concorrência entre várias empresas e o respeito dos valores constitucionais.

A propaganda que indica o nome da outra empresa e o preço praticado não deve ser mantida. Necessidade de considerar os elementos dos autos. Apelação não provida.

Com relação à análise dos efeitos positivos gerados aos consumidores, nada nesse sentido foi abordado no acórdão ou na sentença. Ou seja, a questão da publicidade no Brasil, especialmente a comparativa, recebe o mesmo tratamento que aquele dispensado antigamente em outras jurisdições, como destacado pelo OFT⁵⁴⁰, *privilegiando concorrentes, ainda que pequenos, e não os consumidores.*

Pode-se, ademais, citar outras políticas públicas pró-consumidor que, paradoxalmente, acabam induzindo a realização de uma prática abusiva e também anticoncorrencial,

537 O que poderia muito bem ser amenizado com a intervenção do CADE na condição de *amicus curiae*, ou até mesmo com a elaboração de pareceres por peritos, bastando para isso apenas um maior interesse do próprio Poder Judiciário. CRAVO, Daniela Copetti. A Natureza da Intervenção Judicial do CADE. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). *V Prêmio SEAE 2010: Concurso de Monografias sobre os Temas: Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/Ministério da Fazenda*. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011, p. 571-618.

538 Roberto Pfeiffer nos lembra que já é entendimento consolidado pelo CADE que é necessária a presença de poder de mercado, para que possa haver a configuração um infração contra a ordem econômica. PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 137.

539 RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n.º 70049402944. Partes: WMS Supermercados do Brasil e Bom Mercado Comércio de Alimentos. Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Marcelo Cezar Müller. Julgado em 27 de setembro de 2012.

540 OFFICE OF FAIR TRADE. *Interactions Between Competition and Consumer Policy*. Londres: OFT, 2008, p. 55.

diminuindo o poder de escolha dos consumidores. A OFT⁵⁴¹ cita as seguintes situações: a primeira seria uma política consumerista simplista que exige que todas as empresas de transporte aéreo sirvam refeição completa.

Essa política acabaria impondo a prática de venda casada, ignorando a possibilidade de escolha daqueles consumidores que não desejem consumir qualquer tipo de refeição e, sob o viés da concorrência, criaria barreiras à entrada de empresas “*no frills*”. Já a segunda, refere-se à atuação da Comissão Europeia que, em 2005, impôs às empresas aéreas a obrigação de compensar os consumidores por voos cancelados, independentemente de sua causa, ocasionando, igualmente como na primeira situação, uma venda casada, isto é, de transporte aéreo e de seguro de viagem.

Percebe-se, assim, a grande responsabilidade do aplicador das normas consumeristas diante da prática de venda casada. Esse deverá realizar uma análise ponderada das circunstâncias em que se deu a prática, como as estruturas de mercado, bem como os efeitos gerados aos consumidores e os que se poderia gerar no futuro.

Uma vez visto o subsídio dado pelo Direito Antitruste à repressão à venda casada entabulada no CDC, cabível utilizar o Diálogo das Fontes para verificar como o Direito do Consumidor deve guiar a tutela da concorrência. Essa possibilidade, como informa Heloisa Carpena⁵⁴², decorre da tendência expansionista do CDC, que legitima a sua aplicação a outras matérias.

Conforme já salientado, a prática de venda casada pode ter o potencial de beneficiar os consumidores, permitindo que as empresas reduzam os seus custos, facilitando as compras dos consumidores e melhor atendendo a demanda. E, quando uma empresa diminui seus preços, o natural de se esperar é que os agentes respondam a essa redução, garantindo um mercado ainda mais competitivo.

A questão que emerge dessa constatação, de maneira similar àquelas atreladas ao controle dos atos de concentração, diz respeito ao modo pelo qual o interesse do consumidor

541 OFFICE OF FAIR TRADE. *Interactions Between Competition and Consumer Policy*. Londres: OFT, 2008, p. 56.

542 CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

deverá ser levado em consideração e, de uma forma mais sensível ainda, qual é o conceito de consumidor que o CADE deve adotar.

Não restam dúvidas que o CADE deverá utilizar o conceito desenvolvido, não sem grandes controvérsias, pela doutrina consumerista, realizando um verdadeiro diálogo sistemático de complementariedade. Incabível admitir-se que dentro de um mesmo sistema jurídico – que deve ser uno – sejam atribuídos conceitos distintos ao “sujeito consumidor”, sob pena de criarmos, segundo Gustavo Tepedino⁵⁴³, verdadeiros guetos legislativos.

Sobre o interesse do consumidor a ser considerado, esse não pode ser evidenciado apenas em um caráter imediato, nem sequer pode ser baseado apenas na questão do preço, o que traz à tona o novo paradigma antitruste. Esse, conforme já apresentado na primeira parte do trabalho, teria como objetivo garantir o direito de escolha ao consumidor, estimulando, ademais, ainda a inovação do mercado, uma vez que é pacífico que o consumidor não deseja apenas preços baixos, mas também novos produtos, novas tecnologias.

Deve ser observado, igualmente, como ressalta Bruno Miragem⁵⁴⁴, que algumas condutas parecem imediatamente vantajosas aos consumidores, mas, cujos efeitos, a médio e a longo prazo são claramente lesivos aos interesses dos mesmos. Dessarte, na análise antitruste da conduta, deverá haver um respeito ao equilíbrio entre os interesses atuais e futuros, individuais e coletivos dos consumidores.

A aprovação de uma prática sem a observância de tais circunstâncias, acarreta a disposição pelo CADE do interesse público da concorrência, que é indisponível⁵⁴⁵. Por fim, fica o registro de Cristiano Heineck Shmitt⁵⁴⁶, de que a dignidade da pessoa humana é pauta inafastável na conformação da ordem econômica.

543 TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In TEPEDINO, Gustavo (coord.): *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 199-216.

544 MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012, p. 84.

545 SALGADO, Lucia Helena; MORAIS, Rafael Pinho Senra. *Pesadelo para o Consumidor*. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/opiniao/pesadelo-para-consumidor-2871268>>. Acesso em 17 de julho de 2012.

546 SCHMITT, Cristiano Heineck. A Proteção do Interesse do Consumidor por Meio da Garantia à Liberdade de Concorrência. *Revista dos Tribunais Doutrina civil – Primeira Seção*, n. 98, fev. 2009, p. 10-31.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente dissertação teve como objetivo geral a análise da interface existente entre a defesa da concorrência e a do consumidor e, como específico, a dúplice capitulação da venda casada. No que toca à interface, pode-se tecer as seguintes considerações: a primeira é que, no Brasil, colocou-se o princípio da Defesa da Concorrência e o da Defesa do Consumidor lado a lado em nossa Constituição, demonstrando que são institutos independentes, mas que, em sua implementação, devem estar em consonância. A segunda: exatamente por serem considerados autonomamente, é que o legislador brasileiro dedicou duas normas distintas a cada disciplina. O Direito do Consumidor é regulamentado pelo CDC e o Direito da Concorrência pela Lei 12.529/2011.

A terceira refere-se ao fato de que cada política possui uma agência e um sistema próprio. No caso da concorrência, temos o SBDC, integrado pelo CADE e SEAE. Já no do consumidor, temos o SNDC, cuja coordenação fica a cargo da SENACON.

A quarta – que não se dá sem maiores divergências e evoluções da teoria econômica – é o reconhecimento de que esses ramos distintos, com lógicas distintas, buscam promover o mesmo estado de coisas. Esse estado é representado pelo bem-estar do consumidor, apesar de que na prática definir o que é esse tão famoso bem-estar é uma tarefa bastante complicada.

A quinta: é a identificação e o reconhecimento desse objetivo comum que exigem uma coordenação e harmonização dessas defesas. A política econômica, ainda que venha ao encontro com a defesa da concorrência, precisa observar e promover o direito fundamental de defesa do consumidor.

Em relação à venda casada, conclui-se, em primeiro lugar, que a dúplice repressão à venda casada – não só não constitui um *bis in idem* – como é necessária. Não há que se falar em repressão apenas pela esfera da concorrência ou pela do consumidor, uma vez que, como bem salientado ao longo do presente estudo, em ambas as hipóteses restaria o consumidor desprotegido, sem mecanismos de defesa.

Dessarte, poderá haver a aplicação simultânea da Lei Antitruste e do Código do Consumidor a uma prática de venda casada, sendo que cada uma irá atuar em um nível diferente de proteção ao consumidor: a primeira de forma macro e a segunda, micro. No entanto, para que essa dúplici tutela se torne eficaz, é necessária uma coordenação entre essas duas leis, a fim de que se preserve a coerência do sistema.

Para tanto, lança-se mão do inovador método do Diálogo das Fontes, que irá fornecer subsídios para a superação do “aparente dissenso” gerado com a dupla capitulação da venda casada, a qual não poderia ser realizada através dos critérios apresentados pela Teoria Clássica das Fontes. Através do método, então, constatou-se que os microssistemas devem ser alinhados, num diálogo de *doublé sens*, já que esses possuem pontos de conexão de influência recíproca.

A repressão à prática da venda casada deverá, no âmbito do CDC, utilizar os conceitos desenvolvidos pela técnica antitruste. Nessa senda, a condenação *per se* deve ser deixada de lado, a fim de que se verifique, diante do caso concreto, a existência de coerção e de prejuízo ao consumidor.

Constatou-se, conforme colacionado ao longo da dissertação, que a jurisprudência já vem fazendo essa análise. Assim, evita-se que condutas mais benéficas ao consumidor sejam equivocadamente reprimidas por aquele que é o seu maior protetor: o Direito do Consumidor.

Já o Direito da Concorrência, no que toca ao controle de condutas, deve dialogar mais com o Direito do Consumidor. Quando da análise de eficiências, que muitas vezes justificam a realização da prática levando em conta a Regra da Razão, a autoridade antitruste não pode ignorar o conceito estrito de consumidor, como assim foi bem definido pela Teoria Finalista.

No que toca ao interesse do consumidor, que deve ser sopesado nas eficiências, esse deve estar em equilíbrio com o seu interesse atual e futuro. Não se pode esquecer que as necessidades do consumidor não se resumem a preços mais baixos, mas a uma maior inovação, variedade, segurança e qualidade dos produtos e serviços no mercado.

Precisa ficar bastante claro, ademais, que a complementariedade das defesas também é essencial para que condutas que pareçam imediatamente vantajosas aos consumidores, mas, cujos efeitos, a médio e a longo prazo, são claramente lesivos ao seus interesses, não sejam aprovadas e legitimadas pelo sistema jurídico. É apenas com essa atuação conjunta que o consumidor será plenamente tutelado.

Em última análise, sustentar que a dúplice capitulação da venda casada é necessária não é o mesmo que dizer que a proliferação de normas específicas sobre essa prática seja igualmente de suma importância, como se noticiou ao longo da dissertação sobre a existência de projetos de lei em apreciação no Congresso Nacional. Deve-se ter em mente que as normas da concorrência e do consumidor são amplas o suficiente para atingir as práticas ocorridas em setores específicos, como é o caso do setor das telecomunicações. O excesso de requisitos e detalhes para a configuração da venda casada poderá esvaziar desarrazoadamente a competência das autoridades antitruste e da defesa do consumidor, principalmente se considerarmos a dinamicidade das práticas econômicas.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA SENADO. *Comissão de Juristas Apresenta Relatório sobre Atualização do CDC*. Disponível em: < <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2012/03/14/comissao-de-juristas-encerra-primeira-etapa-do-cdc>>. Acesso em 22 de agosto de 2013.

AKERLOF, George A. The Market for “Lemons”: Quality, Uncertainty and The Market Mechanism. *Quarterly Journal of Economics*, n.º 84, 1970, p.488-500

ALEMANHA. Constituição do Império Alemão de 1919. *Amtsblatt*: 11 de agosto de 1919.

AMERICAN ANTITRUST INSTITUTE. *The Post-Chicago School*. Disponível em: <<http://www.antitrustinstitute.org/content/post-chicago-school>>. Acesso em 11 de março de 2013.

AMARO, Zoraide. Estrutura Orgânica do Mercosul: Direito de Concorrência no Processo de Integração. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 9, n. 85, jun./jul., 2007, p. 20-39.

ANDERS, Eduardo Caminati; CORDOVIL, Leonor Augusta Giovanne; BAGNOLI, Vicente; CARVALHO, Vinícius Marques de. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: RT, 2012.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*. Porto Alegre: Malheiros Editores, 2008.

BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

BAGNOLI, Vicente. *Introdução ao Direito da Concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2005.

BASEDOW, Jürgen. *Private Enforcement of Ec Competition Law*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; WATANABE, Kazuo; FINK, Daniel Roberto ; FILOMENO, José Geraldo Brito ; GRINOVER, Ada Pellegrini ; NERY JÚNIOR, Nelson ; DENARI, Zelmo .*Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: Comentado pelos Autores do Anteprojeto*, 5ª Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

_____. Proteção do Consumidor e Patentes: O Caso dos Medicamentos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 10, abr./jun. 1994, p. 21-26.

_____; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 2 ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BERGH, Roger Van Den; CAYSEELE, Patrick Van. *Antitrust Law*. Disponível em: <<http://encyclo.findlaw.com/5300book.pdf>>. Acesso em: 1º de outubro de 2012.

BERNINI, Giorgio. *Um Secolo di Filosofia Antitrust*. Bologna: Editrice, 1991.

BOBBIO, Noberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, 10 ed., Brasília: Editora UNB, 1999.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993.

BOURGOIGNIE, Thierry. *Droits des Consommateurs et Marché Économique: Une Perspective Doctrinale*. Bruxelles: Story-Scientia, 1993.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor: Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. *Diário Oficial da União*: 12 de setembro de 1990.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.000429/2003-21. Conselheiro-Relator: Luiz Carlos Delorme Prado. Julgado em 1 de setembro de 2004.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Partes: Chocolates Garoto S/A e Nestlé Brasil Ltda. Conselheiro Relator Thompson Almeida Andrade. Julgado em 4 de fevereiro de 2004.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Ato de Concentração nº 08012.004423/2009-18. Partes: Perdigão S.A. e Sadia S.A. Relator: Conselheiro Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.006636/1997-43. Partes: Associação dos Lojistas de Shopping do Estado de São Paulo e Condomínio Shopping Center Iguatemi. Relator: Conselheiro Luis Fernando Rigato Vasconcellos. Julgado em 4 de setembro de 2007.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.009888/2003-70. Relator: Conselheiro Fernando Magalhães Furlan. Julgado em 1º de Setembro de 2010.

_____. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Processo Administrativo nº 08012.01271/2001-44. Partes: PROCON/SP e SKF do Brasil Ltda. Relator: Conselheiro Marcos Paulo Verissimo. Julgado em 30 de janeiro de 2013.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo nº 08700.003070/2010-14. Partes: Banco do Brasil S.A. Relator: Conselheiro Marco Paulo Veríssimo.

_____. Constituição de 1934. *Diário Oficial*: 16 de julho de 1934.

_____. Constituição de 1946. *Diário Oficial*: 19 de setembro de 1946.

_____. Constituição Federal de 1988. *Diário Oficial da União*: 5 de outubro de 1988.

_____. Decreto n.º 2.338 de 1997. *Diário Oficial da União*: 8 de outubro de 1997.

_____. Decreto n.º 6.061 de 2007, *Diário Oficial da União*: 16 de março de 2007.

_____. Decreto n.º 99.244, de 10 de maio de 1990. *Diário Oficial*: 11 de maio de 1990.

_____. Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962. *Diário Oficial*: 12 de novembro de 1962.

_____. Lei n.º 7.347/87 de 24 de julho 85. *Diário Oficial da União*: 25 de julho de 1985.

_____. Lei n.º 8.158, de 8 de janeiro de 1991. *Diário Oficial da União*: 9 de janeiro de 1991.

_____. Lei n.º 8.884, de 11 de junho de 1994. *Diário Oficial da União*: 13 jun. 1994.

_____. Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011. *Diário Oficial da União*: 30 de novembro de 2011.

_____. Ministério da Fazenda. SECRETARIA DE ACOMPANHAMENTO ECONÔMICO (SEAE). *Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal*. Portaria Conjunta SEAE/SDE n.º 50, 1.º de agosto de 2001.

_____. Portaria Interministerial MJ/MF n.º 994 de 30 de maio de 2012. *Diário Oficial*: 30 de maio de 2012.

_____. Resolução CNSP n.º 296 de 25/10/2013. *Diário Oficial da União*: 28 de outubro de 2013.

_____. Resolução n.º 460, de 19 de março de 2007. *Diário Oficial da União*: 19 de março de 2007.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 744.602. Relator: Ministro Luiz Fux, julgado em 23 de março de 2003.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 384.284-RS. Relator: Ministro Herman Benjamin. Julgado em 15 de dezembro de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 112.137. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgado em 3 de dezembro de 2010.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.068.944. Partes: Telemar Norte Leste S/A e Maria das Graças Belmiro. Ministro Herman Benjamin. Julgado em 9 de fevereiro de 2009.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n.º 1.097.582. Relator: Ministro Marco Buzzi, julgado em 8 de abril de 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.358.23. Partes: Prégia Coltelli Ltda e KUEHNE + NAGEL Serviços Logísticas Ltda. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Terceira Turma. Julgado em 17/06/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.591. Requerente: Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator Ministro Carlos Velloso e Relator para Acórdão Ministro Eros Grau. Tribunal Pleno. Julgado em 07 de junho de 2006.

_____. Tribunal Regional Federal da 1º Região. Apelação Civil nº 2002.40.00.003632-7. Quinta Turma. Relator: Desembargadora Selene Maria de Almeida. Julgado em 31 de outubro de 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1º Região. Apelação Cível nº 0031266-06.2001.4.01.0000. Relator: Desembargadora Selene Maria de Almeida. Julgado em 01/07/2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 1º Região. Partes: Chocolates Garoto S/A, Nestlé Brasil Ltda. e Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Terceira Seção. Relator: Desembargador Carlos Moreira Alves.

BRITO, Beatriz Gontijo. *Concentração de Empresas no Direito Brasileiro*. Editora Forense: Rio de Janeiro, 2002.

BUCHAIN, Luiz Carlos. *O Poder Econômico e a Responsabilidade Civil Concorrencial*. Porto Alegre: Nova Prova, 2006.

BULGARELLI, Waldirio. *Fusões, Incorporações e Cisões de Sociedades*. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2000.

CADE. Relatório sobre uma pesquisa acerca da relação entre as autoridades da concorrência eo judiciário - International Competition Network - ICN. *Revista de Direito da Concorrência*, CADE, Brasília: n. 15, jul/set., 2007.

CALAIS-AULOY, Jean; STEINMETZ, Frank. *Droit de la Consommation*, 6 ed., Paris: Dalloz, 2003.

CAMEX. *Termo de Referência: Internacionalização de Empresas Brasileiras*. Disponível em <http://www.mdic.gov.br/arquivos/dwnl_1260377495.pdf>. Acesso em 19 de out. de 2012.

CANADA. Competition Act. *R.S.C.*, 1985.

_____. Competition Bureau. Canada (Director of Investigation and Research) v. NutraSweet Co., 32 *C.P.R.*, 1990.

_____. *Enforcement Guidelines on the Abuse of Dominance Provisions*. Gatineau: Competition Bureau, 2001.

CARPENA, Heloísa. Afinal, Quem é Consumidor? Campo de Aplicação do CDC à Luz do Princípio da Vulnerabilidade. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro, v.19, ano 5, jul. set. 2004, p. 29-48.

_____. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CARVALHO, Gilberto de Abreu Sodré. Concorrência e Consumidor no Âmbito da Administração Pública: Uma Relação a Ser Vista Como de Tensão no Plano dos Valores. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro: FGV, n. 38, p. 653- 656, Jul./Ago. 2004.

CARVALHO, Vinícius Marques de. *Discurso de Posse do Presidente do Conselho Administrativo de Defesa Econômica*. Disponível em: <[http://www.cade.gov.br/upload/Discurso%20de%20posse%20do%20presidente%20do%20Cade%20\(vinicius\).pdf](http://www.cade.gov.br/upload/Discurso%20de%20posse%20do%20presidente%20do%20Cade%20(vinicius).pdf)>. Acesso em 27 de março de 2013.

CARVALHOSA, MODESTO SOUZA BARROS. *Poder Econômico: A Fenomenologia – Seu Disciplinamento Jurídico*. São Paulo: RT, 1967.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Direito do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2010.

CLAPPERTON, Dale; CORONES, Stephen. Technological Tying of the Apple Iphone: Unlawful in Australia? *QUT Law and Justice Journal*, 2007, v. 7, p. 351-374.

COATE, Malcolm; FISCHER, Jeffrey. A Practical Guide to the Hypothetical Monopolist Test for Market Definition. *Potomac Papers in Law and Economics*, p. 1-49, October 2007.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 15 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. A Proteção do Consumidor. Importante Capítulo de Direito Econômico. In MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno (org.). *Direito do Consumidor: Doutrinas Essenciais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, cap. 7, p. 167-186, 2011.

CONAR. Representação nº: 138/09. Relator: Conselheiro Roberto Philomena. Julgado em julho de 2009.

_____. Representação nº: 330/07. Relatora: Marisa D'Alessandri. Julgado em abril de 2008.

CONDOMINES, Aurélien. *Le Nouveau Droit Français de la Concurrence*. Paris: Jurismanager, 2009.

CORDOVIL, Leonor Augusta Giovine; BAGNOLI, Vicente. *Condutas Anticoncorrenciais e a Lei do Cade*. Disponível em: <<http://paginas.urisantiago.br/ccontabeis/noticia/1124>>. Acesso em 16 de ago. de 2012.

CRANE, Daniel. Private Enforcement Against International Cartels in Latin America. *Cardozo Legal Studies Research Paper*, n.º 231, p. 1-40, 2008.

CRAVO, Daniela Copetti. A Natureza da Intervenção Judicial do CADE. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). *V Prêmio SEAE 2010: Concurso de Monografias sobre os Temas: Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/Ministério da Fazenda*. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011, p. 571-618.

CRUZ, Patrick. *BNDES é Bom Para Quem?* Disponível em <<http://exame.abril.com.br/revista-exame/edicoes/1036/noticias/o-bndes-e-bom-para-quem?page=4>>. Acesso em 19 de março de 2013.

CSERES, Kati J. The Impact of Consumer Protection on Competition and Competition Law: The Case of Deregulated Markets. *Amsterdam Center for Law & Economics Working Paper*, Amsterdam: n.º 05, p. 4, 2006.

CUTS-INTERNATIONAL. *La Politique de la Concurrence et la Politique de la Protection des Consommateurs*. Jaipur: Centre for Competition, Investment & Economic Regulation, 2008.

DUQUE, Marcelo Schenk. O Transporte da Teoria do Diálogo das Fontes para a Teoria da Constituição. In MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 125-157.

DURIGAN, Paulo. *Publicidade Comparativa: Informação Persuasiva e Concorrência*. 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdades Integradas Curitiba. Curitiba, 2007.

ERGAS, Henry. The Interaction and Coordination of Competition Policy and Consumer Policy: Challenges and Possibilities. In ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>>. Acesso em 5 de março de 2013.

ESCOLA NACIONAL DE DEFESA DO CONSUMIDOR: *Manual de Direito do Consumidor*. Brasília: ENDC, 2010.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Clayton Act. *National Archives*: 15 de outubro de 1914.

_____. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

_____. Sherman Anti-Trust Act. *National Archives*: 2 de julho de 1890.

_____. Suprema Corte. John R. Bates and Van O'Steen v. State Bar of Arizona. Juiz Presidente: Warren E. Burger, julgado em 1977.

_____. Suprema Corte. *United States v. Aluminum Co. of America*, 1964.

_____. United States District Court for the District of Columbia. *United States v. Microsoft Corporation*, 2002.

FAGUNDES, Jorge. *Abuso de Posição Dominante (APD): Abordagem e Questões Econômicas*. Campos de Jordão: IBRAC –XI Seminário Internacional de Defesa da Concorrência, 2005.

_____. Excedente do Consumidor, Excedente Agregado e Uso Simulação com Modelo PCAIDS no Caso Nestlé-Garoto. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, vol. 14, n.º 1, p. 131-148, 2007.

FARACO, Alexandre Ditzel. O Consumidor e a Regra da Razão no Direito da Concorrência. *Tuiuti: Ciência e Cultura*, Curitiba: Tuiuti, n.º 27, FCJ 03, p. 1-21, fev. 2002.

FARINA, Elizabete; TITO, Fabiana. *Nova Era de Defesa da Concorrência Brasileira*. Disponível em <<http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=1639>>. Acesso em 4 de março de 2013.

FEDERAL TRADE COMMISSION. *FTC Fact Sheet: Antitrust Laws: A Brief History*. Disponível em: <http://www.ftc.gov/bcp/edu/microsites/youarehere/pages/pdf/FTC-Competition_Antitrust-Laws.pdf>. Acesso em 28 de fevereiro de 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Concorrência como Tema Constitucional: Política de Estado e de Governo e o Estado como Agente Normativo e Regulador. *Revista do IBRAC*. São Paulo: IBRAC, v. 16 n. 1. p. 169-186, 2009.

_____. *Introdução ao Estudo do Direito: Técnica, Decisão, Dominação*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1994.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 31 ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

FRANÇA. Conseil de la Concurrence. *Avis n.º 06-A-07*. 22 de março de 2006.

FRATTAROLI, Sarita. Dodging the Bullet Again: Microsoft III's Reformulation of the Foremost Technological Tying Doctrine. *Boston University Law Review*. Ano 2010, v. 90, p. 1909-1936.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Direito Antitruste*. São Paulo: Saraiva, 2012.

GEOFFROY, Ricardo Correa. Eficiências Econômicas em Atos de Concentração: Rumo à Incorporação das Eficiências Dinâmicas. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). *V Prêmio SEAE 2010: Concurso de Monografias sobre os Temas: Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/ Ministério da Fazenda*. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011, p. 69-133.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey; FUMEC, 2003.

GÖLSTAM, Carl Martin. *Article 102 TFEU, Aimed at Serving the Ordoliberal Agenda or European Consumers?* Författare: Ulf Adolphson, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. *Súmula 442 do STJ: Flagrante Violação ao Princípio da Proporcionalidade*. Disponível em: <<http://webserver.mp.ac.gov.br/wp-content/files/Comentarios-a-Sumula-442-do-STJ.pdf>>. Acesso em 28 de abril de 2012.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 11. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

_____. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 3ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005.

GRINBERG, Mauro. *CADE Precisa de Maior Capacidade Técnica*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-nov-01/fimde-entrevista-mauro-grinberg-advogado-especialista-direito-concorrenca>>. Acesso em 24 de setembro de 2013.

GUDIN, Charles-Etienne. *Qu'est Devenu le Consommateur em Droit Communautaire e de la Concurrence?* *Revue des Affaires Européennes*, Paris: v.8, n.3, 1998, p. 221- 233.

GURGEL, José Marcelo Monteiro. *O Desenvolvimento da Constituição Econômica no Brasil e o Impacto das Reformas Constitucionais no Modelo Econômico*. In: *Caderno de Pós-Graduação em Direito Público*. São Paulo: v. 4, n. 1, 2004, p. 33-44.

HARADA, Kiyoshi. *Execução Fiscal: Tiranossauro Rex versus Contribuinte*. Disponível em: <<http://www.haradaadvogados.com.br/publicacoes/Artigos/748.pdf>>. Acesso em 28 de abril de 2012.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 3a edição. Minnesota: Thomson/West, 2005.

JAEGER JUNIOR, Augusto. *A Liberdade de Concorrência como a Quinta Liberdade Fundamental: Contribuição para um Mercado Comum do Sul*. 2005. 620 f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2005.

_____. *Direito Internacional da Concorrência*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

JAYME, Erik. *Direito Internacional Privado e Cultura Pós-Moderna*. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, Março/2003. P. 59-68.

JAYME, Erik. *Visões para uma Teoria Pós-Moderna do Direito Comparado*. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito – PPGDir./UFRGS*. Vol. I, Número I, Março/2003. P. 69-84.

KISYOMBE, Martha. *Emerging Issues in Consumer Protection: Complementarities and areas of tension*. Geneva: UNCTAD, 2012.

LANDE, Robert H. Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

_____; AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 45, jan./mar. 2003, p. 26-50.

_____; DAVIS, Joshua. Benefits from Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases. *University of San Francisco Law Review*, vol. 42, 2008, p. 879 -918.

LEHMANN, Urs; WATTER, Rolf. *Merger Control in Switzerland*. Basel: Helbing & Lichtenhahn, 1998.

L'HEUREUX, Nicole. *Droit de la Consommation*. Cowansville: Les Éditions Yvon Blais, 5 ed., 2000.

LESCOP, Denis. *Régulation des Comportements Individuels*. Paris: Université Paris I, 2008.

LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a Caracterização das Vendas Casadas como Infração à Ordem Econômica. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 10, abr./jun. 2006. p. 9-46.

LOPATKA, John E.; PAGE, William H. *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Massachusetts: Edward Elgar Publishing Limited, 2002.

LOPES, José Reinaldo Lima. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 34, p. 79-87, abr. /jun. 2000.

MCDONALD, J. Bruce. *Cowboys and Gentlemen*. Brussels: Second Annual Conference, 2005.

MACEDO JUNIOR, Ronaldo Porto. Íntegra Entrevista Pensando o Direito. In SECRETARIA DE ASSUNTOS LEGISLATIVOS DO MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. *Agências Reguladoras e a Tutela do Consumidor*. SAL: Brasília, 2010.

MANKIW, Gregory. *Introdução à Economia: Princípios de Micro e Macroeconomia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *A Insuficiente Proteção do Consumidor nas Normas de Direito Internacional Privado– Da Necessidade de uma Convenção Interamericana (CIDIP) sobre Lei Aplicável a Alguns Contratos e Relações de Consumo*. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/esp/CIDIPVII_home_temas_cidipvii_proteccionalconsumidor_leyaplicable_apoyo_propuestabrasil_port.pdf - Cláudia LIMA MARQUES 2001>. Acesso em: 14 de abril de 2012.

_____; BENJAMIN, Antônio Herman; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2º edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. O “Diálogo das Fontes” como Método da Nova Teoria Geral do Direito: Um Tributo a Erik Jayme. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 17-66.

_____. Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. In AZEVEDO, Antonio Junqueira de; Tôrres, Heleno Tavares; CARBONE, Paulo: *Princípios do Novo Código Civil Brasileiro e Outros Temas Homenagem a Tullio Ascarelli*, 2ª ed. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2010, p. 129 -167.

MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo: IBRAC, v. 11, n. 01, p. 67-99, 2004.

MARTINS, Humberto; MARINI, Caio. Fundamentos do Modelo Matricial de Gestão. *PROGEAL*, Integrando Planejamento e Gestão para o Desenvolvimento de Alagoas. Alagoas, 2006, v. , p. 13-26.

MATION, Gisela. *Ações Cíveis para Cessação e Reparação de Danos Causados por Condutas Anticoncorrenciais no Brasil*. Disponível em: <http://www.esaf.fazenda.gov.br/esafsite/premios/SEAE/arquivos/monografias_2008/Categoria_Estudantes/T1/2L/MONOGRAFIA.pdf>. Acesso em 10 de março de 2013.

MATTOS, César. *Projeto de Lei 5877/2005 - Reestrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)*. Disponível em: <http://www.econ.puc-rio.br/pdf/seminario/2007/Resumo%20Projeto%20de%20Lei%205877.pdf> . Acesso em 11 de fevereiro de 2012.

MATTOS, Paulo Todescam. *Política Industrial e Política de Defesa da Concorrência: Conflito ou Convergência?*. Revista Conjuntura Econômica - FGV/IBRE, Rio de Janeiro, 01 jul. 2009.

MAZILI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo: Meio Ambiente, Consumidor, Patrimônio Cultural, Patrimônio Público e Outros Interesses*. São Paulo: Saraiva, 2003..

MELEDO-BRIAND, Danièle. A Consideração do Interesse do Consumidor e o Direito da Concorrência. *Revista de Direito do Consumido*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 35, p. 39-59, jul./set. 2000.

MENDES, Gilmar. *Jurisdição Constitucional no Brasil e seu Significado para a Liberdade e a Igualdade*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaartigo/discursos/anexo/munster_port.pdf>. Acesso em 29 de agosto de 2013.

MÉXICO. Constituição da República do México de 1917. *Diario Oficial de la Federación*: 5 de fevereiro de 1917.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

_____. Eppur Si Muove: Diálogo das Fontes como Método de Interpretação Sistemática no Direito Brasileiro. In: MARQUES, Cláudia Lima (coord.): *Diálogo das Fontes: Do Conflito à Coordenação de Normas do Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 67-111.

MOREIRA, Gabriel Pinto. A Dosimetria das Multas Impostas em Resposta às Infrações Contra a Ordem Econômica: uma análise da Lei de Defesa da Concorrência e de sua aplicação pelo Cade. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). *V Prêmio SEAE 2010: Concurso de Monografias sobre os Temas: Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/Ministério da Fazenda*. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011, p. 403-466.

_____. *A infração Compensa na Nova Lei de Defesa da Concorrência?* Disponível em <<http://www.valor.com.br/opiniaio/3004748/infracao-compensa-na-nova-lei-de-defesa-da-concorrancia#ixzz2Mc1d7oN3>>. Acesso em 4 de março de 2013.

NASSIF, Erick Viana Salomão. Efeitos das Práticas Restritivas Sobre Economia Brasileira, e a Repressão às Condutas Anticoncorrenciais. In: Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda. (Org.). *V Prêmio SEAE 2010: Concurso de Monografias sobre os Temas: Defesa da Concorrência e Regulação Econômica/Ministério da Fazenda*. Brasília: Edições Valentim, Secretaria de Acompanhamento Econômico, 2011, p. 517 -570.

OFFICE OF FAIR TRADE. *Interactions Between Competition and Consumer Policy*. Londres: OFT, 2008.

_____. *Switching Costs*. Londres: OFT, 2003

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor – Análise da Situação Político institucional Brasileira em Relação à Defesa do Consumidor e da Concorrência tendo em Perspectiva os Estudos Empreendidos por Ocasão dos 90 Anos da Federal Trade Commission. *Revista do IBRAC*, São Paulo: IBRAC, v. 14, n. 1, p. 169-181, Jan. 2007.

OLIVEIRA, Gesner. *Modelo Fujimori para a defesa da concorrência?* Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi2810200004.htm>>. Aceso em 2 de março de 2013.

_____; TUROLLA, Frederico. Política Econômica do Segundo Governo FHC: Mudança em Condições Adversas. *Tempo Social*, São Paulo: vol.15, n.º 2, Nov. 2003.

ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO. *Abuse of Dominance and Monopolisation*. OCDE: Paris, 1996.

ORGANIZATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT. *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions and Leniency programmes*. Paris, 2002. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/1841891.pdf>>. Acesso em: 20 de abril de 2012.

_____. *Lei e Política de Concorrência no Brasil: Uma Revisão Pelos Pares*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/dataoecd/4/41/45154401.pdf>>. Acesso em 11 de fevereiro de 2012.

_____. *The Interface between Competition and Consumer Policies*. Disponível em <<http://www.oecd.org/regreform/sectors/40898016.pdf>>. Acesso em 5 de março de 2013.

PAGE, William. The Ideological Origins and Evolution of U.S Antitrust Law. *ABA Section of Antitrust Law*, vol. 1, n.º 1, p. 1-17, 2008.

PASQUALOTTO, Adalberto. Fundamentalidade e Efetividade da Defesa do Consumidor. *Direitos Fundamentais & Justiça*, v. 9, p. 66-100, 2009.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 19, n.76, p. 137, out./dez. 2010.

_____. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 131-151.

PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1999.

PIRAINO, Thomas A. Reconciling the Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal*, vol. 82, p. 346-409, 2007.

PITOFISKY, Robert. Beyond Nader: Consumer Protection and the Regulation of Advertising. *Harvard Law Review*, vol. 90, n.º 4, p. 674, 1977.

POSSAS, Mario Luiz. Os conceitos de mercado relevante e de poder de mercado no âmbito da defesa da concorrência. *Revista do IBRAC*, São Paulo, Vol. 3, n.5, p. 93, mai. 1996.

PRECHAL, S.; OOIK, R.; JANS, J.; MORTELMANS, K. 'Europeanisation' of the Law: Consequences for the Dutch Judiciary. Disponível em: <<http://www.rechtspraak.nl/English/Publications/Documents/europeanisation-of-the-law.pdf>>. Acesso em 28 de maio de 2013.

RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; MACHADO, Kenys Menezes . Desafios da Análise do CADE no Setor de Planos de Saúde. In: PERILLO, Eduardo Bueno da Fonseca; AMORIM, Maria Cristina Sanches. (Org.). *Para Entender a Saúde no Brasil* 4. ed. São Paulo: LCTE, p. 203-234, 2011.

RAYMOND, Guy. *Incidentes de La Loi MURCEF (Loi no. 2001-1168, 11 déc. 2001) sur le Marketing des Établissements de Crédit*. Limoges: Pulim, 2004.

REALE, Miguel. Abuso do Poder Econômico e Garantias Individuais. In FRANCESCHINI, José Inácio Gonzaga; FRANCESCHINI, José Luiz Vicente de Azevedo. *Poder Econômico: Exercício e Abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985. p. 520-525.

RIO GRANDE DO SUL. Comarca de Tramandaí. Cautelar Inominada n.º 073/1.11.0008404-7. Partes: WMS Supermercados do Brasil e Bom Mercado Comércio de Alimentos. 1ª Vara Cível. Juíza de Direito Laura Ullmann López. Julgado em 25 de janeiro de 2012.

ROSS, Alf. *Direito e Justiça*. Bauru: EDIPRO, 2003.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação n.º 70049402944. Partes: WMS Supermercados do Brasil e Bom Mercado Comércio de Alimentos. Décima Câmara Cível. Relator: Desembargador Marcelo Cezar Müller. Julgado em 27 de setembro de 2012.

RUA, Maria das Graças e Carvalho. *O Estudo da Política: Tópicos Seleccionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998.

RUIZ, Ricardo; GAMA, Marina. A Práxis Antitruste no Brasil: Uma Análise do CADE no Período 1994-2004. *Economia e Sociedade*, Campinas: UNICAMP, v. 16, p. 237-262, 2007.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso Vieira. *Responsabilidade Civil no Código do Consumidor e a Defesa do Fornecedor*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SALGADO, Lúcia Helena; MORAIS, Rafael Pinho. *Pesadelo para o Consumidor*. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9547&Itemid=75>. Acesso em 19 de março de 2013.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

_____. *Regulação da Atividade Econômica: Princípios e Fundamentos Jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2001.

SARNEY, José. *Discurso Presidente Sarney por ocasião da posse da Comissão de Atualização do Código de Defesa do Consumidor*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/senado/codconsumidor/palavra_presidente.asp>. Acesso em 5 de junho de 2013.

SCHANZENBACH, Max. Network Effects and Antitrust Law: Predation, Affirmative Defenses, and the Case of U.S. v. Microsoft. *Stanford Technology Law Review*. n. 4, 2002.

SCHMITT, Cristiano Heineck. A Proteção do Interesse do Consumidor por Meio da Garantia à Liberdade de Concorrência. *Revista dos Tribunais: Doutrina Civil*, São Paulo: RT, p. 10-31, ano 98, fev. 2009.

SCHNEIDER, Andressa. Aspectos do controle de atos de concentração e da tutela do consumidor: cotejo entre as Leis 8.884/1994 e 12.529/2011. *Boletim Latino Americano de Concorrência*, v. 31, p. 70-77, 2012.

_____. *A Tutela do Consumidor no Controle de Concentrações de Empresas: Uma Análise Jurídica a partir da Lei 8884/1994*. 2011. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011.

SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. Disponível em: <http://academico.direito-rio.fgv.br/ccmw/images/e/e0/Schuartz_-_Desconstitucionaliza%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em 1º de fevereiro de 2013.

_____. Ilícito Antitruste e acordos entre concorrentes. In: POSSAS, Mário L. (org.). *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. p. 111-134. São Paulo: Singular, 2002.

_____;Sampaio, Patrícia. *Direito da Concorrência*. Disponível em: <http://www.capital.com.br/Aulas/0/0/NTLLM09/010337/000/02%20Apostila_Direito%20da%20Concorrenca.pdf>. Acesso em 28 de março de 2013.

SEIDMAN, Harold. *Politics, Position, and Power*. New York: Oxford University Press, 1970.

SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA. *O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência: Uma Proposta de Reestruturação*. Brasília: SEAE, CADE e SDE, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 4 ed. São Paulo: LTR, 1999.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering Antitrust's Goals. *Boston College Law Review*. Vol. 53, p. 551-629, 2012.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

SYLVAN, Louise. *Activating Competition: The Consumer Protection – Competition Interface*. Trade Practices Workshop, University South Australia, 2004.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

TEIXEIRA, José Marques. *Conquistas Obtidas pelos Consumidores e Proposta de Reformulação do CDC em Curso no Senado Federal*. Audiência Pública – Comissão de Defesa do Consumidor da Câmara dos Deputados, 2011.

TEPEDINO, Gustavo. As Relações de Consumo e a Nova Teoria Contratual. In TEPEDINO, Gustavo (coord.): *Temas de direito civil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 199-216.

THE ECONOMIST. *Too Little, Too Late*. Disponível em <http://www.economist.com/node/18929248>>. Acesso em 19 de março de 2013.

TIMM, Luciano Benetti. *O Novo Direito Civil: Ensaio sobre o Mercado, a Reprivatização do Direito Civil e a Privatização do Direito Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

UNIÃO EUROPEIA. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

_____. Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho. *Jornal Oficial da União Europeia*: 16 de dezembro de 2002.

_____. Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*. 30 de março de 2010.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Comissão das Comunidades Europeias. Julgado em 13 de fevereiro de 1979.

_____. Tribunal de Justiça da União Europeia. United Brands Company/ United Brands Continental BV v. Comissão das Comunidades Europeias. Julgado em 14 de fevereiro de 1978.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Model Law on Competition*. Geneva, United Nations, 2000.

VAZ, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. *A Intervenção do Estado no Domínio Econômico: O Direito Público Econômico no Brasil*. Rio de Janeiro: FGV, 1968.

WILS, Wouter. Should Private Antitrust Enforcement Be Encouraged in Europe? *World Competition*, Volume 26, Issue 3, p. 473-488, September 2003.