

DIREITO CONCORRENCIAL E DIREITO DO CONSUMIDOR

LEONARDO FERNANDES DOS ANJOS

RESUMO. O texto procura identificar as principais peculiaridades concernentes à ação do Direito da Concorrência e do Consumidor no escopo de reprimir o abuso do poder econômico. Para isso o autor foi buscar argumentos baseados no histórico, no direito positivo, na jurisprudência, no direito estrangeiro e na doutrina. Conclui que o Direito do Consumidor dá um enfoque mais imediatista à defesa dos interesses consumeristas enquanto no Direito da Concorrência, ao interesse do consumidor é conferido um enfoque mediato, mais consequencial, não representando um fim em si mesmo.

1 Apresentação

A escolha do tema do presente trabalho foi motivada pelo crescente interesse pela intervenção do Estado no domínio econômico com fins de reprimir e corrigir as distorções causadas no mercado por aqueles agentes econômicos que dispõem de grande poder. Tal poder econômico, quando exercido em desconformidade com a função social exigida, traz consigo grandes prejuízos a toda uma coletividade inserida no mercado de consumo. Os diplomas protetivos do consumidor e da concorrência são os instrumentos mais adequados para o efetivo disciplinamento do uso desse poder econômico em conformidade com a Ordem Econômica Constitucional, por isso, a análise de suas particularidades tornam-se de assaz importância para melhor identificação do bem jurídico protegido por cada um desses ramos do direito.

Para uma completa análise a respeito do tema escolhido, visando sempre uma melhor compreensão, desenvolveremos o trabalho em quatro partes, representadas por capítulos.

Na primeira parte, trataremos da defesa da concorrência e da defesa do consumidor ao longo da história, salientando seu surgimento nos Estados Unidos.

Em seguida, analisaremos as legislações de Portugal, Espanha, Reino Unido, França, União Européia e Japão, no que pertine à concorrência e ao consumidor, traçando suas peculiaridades e semelhanças, nos diversos países.

Na terceira parte do desenvolvimento, examinaremos o direito material brasileiro da defesa da concorrência e do consumidor, tanto do ponto de vista da legislação constitucional e ordinária, quanto jurisprudencial.

Por último, discutiremos a doutrina, no que condiz à importância do direito do consumidor no direito da concorrência, à afinidade desses subsistemas jurídicos, suas identidades, seus propósitos, bem como a substancial diferença de enfoques dados ao interesse do consumidor, nestes dois ramos do direito.

2 Histórico

2.1 Histórico da regulação da concorrência.

Acompanhamos, em parte, a proposta de divisão do estudo da concorrência na história tal como propugnada por Paula Forgioni¹, demarcando-a em três momentos inconfundíveis: I) da regulação por razões práticas; II) da regulação para proteger o mercado e III) da regulação como instrumento de política pública. Porém, consideramos que o surgimento desse ramo do direito só ocorreu a partir do denominado terceiro período, qual seja, aquele em que, segundo a própria autora:

“(...) a regulamentação da concorrência e, portanto, do comportamento dos agentes econômicos

¹ Paula Forgioni, *Os fundamentos do antitruste*, p. 30

no mercado passa a ser vista não apenas como essencial para a manutenção do sistema, mas também como instrumento de implementação de uma política pública (correção dos efeitos tópicos danosos, visando não apenas à manutenção, mas também à condução do sistema)”.

O primeiro período vai da Antigüidade até o advento do mercado liberal.

A compreensão de como se operava o regramento da concorrência, na Grécia, passa necessariamente pelo fato de existirem duas espécies de monopólios: o estatal e o privado. Com relação aos monopólios privados, conquanto houvesse consentimento do Poder Público para que ocorressem, preocupava-se igualmente com a atuação dos agentes econômicos que pudesse redundar em domínio do mercado.

A região da Ática, embora tivesse população numerosa, possuía terras pouco férteis, razão pela qual a quase totalidade das mercadorias destinadas à subsistência da comunidade era importada, tornando os **consumidores** presas fáceis dos comerciantes desejosos de, por via de especulação, obter lucro exorbitante. Surgiu daí a necessidade de disciplinar e fiscalizar a atividade econômica, fixando-se, inclusive a pena de morte para quem viesse a transgredir a lei,² sendo por muitos, considerado o primeiro caso antitruste da história.

Os monopólios estatais também ocorreram em Roma, cabendo ao Estado o exercício da atividade econômica salineira, o que gerava muitos recursos.

A baixa Idade Média mostra uma faceta bastante pertinente ao nosso estudo sobre a evolução da proteção à concorrência e ao consumidor: a Europa dos pequenos artesãos, das corporações de ofício, na qual se assentaram as normas de disciplina da concorrência,

que nos interessam; e as grandes empresas em que algumas destas se transformaram, cujo estudo está muito em voga nos Estados Unidos, ali chamadas, com um evidente apelo publicitário, de *Medieval Super Companies*. Tais Corporações de Ofício medievais guardam impressionante similitude com os cartéis que se alastram nos sistemas econômicos atuais, principalmente em face da existência de um dado que muito os aproxima: a comunhão de interesses.

As Corporações de Ofício medievais eram verdadeiras afrontas ao que hoje se denomina livre concorrência e proteção ao consumidor, fazendo grandes exigências relativas ao atendimento dos requisitos para ingresso na entidade (caracterizando fortíssimas barreiras de ingresso); determinavam ainda, o local onde se desenvolveria o exercício da atividade do artesão (impedindo, desta forma, que dois ou mais integrantes da Corporação pudessem disputar a mesma clientela)³ e, sobretudo, mediante a imposição de preços mínimo e máximo, a serem cobrados pela execução do serviço ou pela venda do produto. Assim, obtida a uniformidade dos preços, restaria comprometida a concorrência e o poder de escolha do eventual cliente.⁴

Mas, a preocupação em proteger o consumidor não foi inexistente nos governos da Idade Média. O próprio mecanismo das feiras era utilizado para que fossem evitados abusos de preços por parte dos comerciantes. Exigia-se, assim, que os agricultores levassem suas mercadorias a um determinado lugar (praça do mercado), em horas preestabelecidas, viabilizando-se a concorrência. Impunha-se a obrigação dos vendedores de liquidarem sua mercadoria antes do final

² Vê-se que a preocupação com o consumidor, quanto ao abastecimento, motivou a primeira manifestação de governo contra manobras anticoncorrenciais.

³ Até hoje, esta prática comercial encontra abrigo no Direito Comercial. O argumento é o de que, se vários representantes comerciais concorrerem em um mercado saturado, inviabilizar-se-á a atividade de todos (canibalização).

⁴ Chamamos de cliente aquele que, após o advento da sociedade de consumo, virá a se chamar consumidor.

da feira, e proibia-se, aos compradores, a aquisição de mercadoria acima da necessitada (acaparramento), bem como a compra para revenda.

Com o absolutismo, e a resultante personificação do Estado na figura do Rei, as atividades comerciais desenvolvidas sob a forma de monopólio dependiam exclusivamente da vontade do monarca, pois era ele quem definia os monopólios que poderiam ser entregues aos particulares. Tínhamos, então, na época, os monopólios lícitos e os ilícitos. Entretanto, ainda que outorgados sob o beneplácito do poder real, passaram a ser duramente contestados, ao ponto de o Parlamento inglês resolver editar o *Statute of Monopolies*, em 1624, impedindo a sua concessão pelo monarca.

O segundo período da evolução histórica da concorrência se confunde com o início do mercado liberal, servindo tal disciplina para proteger o sistema econômico. O mesmo mercado que deveria ser “livre” de qualquer intervenção estatal, também deveria ser disciplinado, para evitar efeitos autodestrutíveis. Nesse período (em 1791), com o escopo de deixar o mercado se auto-regular (*laissez-faire*), foi editada a Lei *Le Chapelier*, que abolia as corporações de ofício, em face das danosas conseqüências que trouxeram à liberdade concorrencial.

Antes disso, em 1758, numa histórica decisão, ao examinar o Acordo de Drotwich, Lord Mansfield assentou que

“(...) se qualquer acordo for celebrado para fixar o preço do sal, ou de qualquer outra necessidade da vida, por pessoas que lidam com esse bem, o tribunal aproveitaria a oportunidade para, independentemente da origem da reclamação, demonstrar a natureza do crime (...) independentemente de o preço fixado ser alto ou baixo, uma vez que todos os acordos dessa natureza

*trazem conseqüências danosas e devem ser reprimidos*⁵

E, por fim, atinente ao terceiro período de regulação da concorrência, podem ser elencados dois fatos cruciais, no início do século XX, que acarretaram grande modificação nas suas normas: a I Guerra Mundial e a Crise de 1929.

A desarrumação da economia mundial, provocada pelo conflito bélico ocorrido de 1914 a 1918, desembocando mediamente na Crise de 1929, tornou obrigatória uma maior intervenção do Estado no domínio econômico, a partir do modelo keynesiano, que granjeou enorme prestígio da década de 30 para a frente, fazendo surgir, daí, o arcabouço teórico do Direito Econômico.

Consolida-se, em 1951, a nova regulação da concorrência, estatuída não como mero recurso protetivo do mercado, mas como instrumento destinado à efetivação de políticas públicas. Isso se operou no tratado de Paris, por via do qual é fixada a idéia da *concorrência instrumento*.

Os Estados Unidos podem ser considerados o berço da defesa da concorrência, possuindo a mais diversificada legislação sobre a matéria. O *Sherman Act*, editado em 1890, converteu-se na mais conhecida e prestigiada lei sobre a concorrência em todo o mundo.

Grassa, na doutrina antitruste norte-americana, séria controvérsia a respeito dos objetivos inicialmente perseguidos pelo legislador ao editar o *Sherman Act*. Alguns defendem que o propósito dos criadores da lei era conseguir maior eficiência do sistema econômico; outros admitem que buscavam a proteção dos consumidores; há ainda os que acreditam na sua preocupação com as

⁵ *Apud* Paula Forgioni, op. cit., p.58.

práticas comerciais injustas, por fim, entendem ser o verdadeiro sentido da norma proteger as pequenas empresas.⁶

Os anos de 1914, 1936 e 1950 também trouxeram avanços significativos na legislação concorrencial norte-americana, podendo ser dito que neles é que foi construída a base normativa do sistema antitruste estadunidense. O *Clayton Act* (1914) teve por objetivo muito mais proteger os pequenos empreendedores do que propriamente as práticas injustas de empresas maiores; o *Robinson-Patman Act*, de 1936, foi editado, igualmente, com o sentido de tutela das pequenas empresas; já o *Cellar-Kefauver Act*, de 1950, foi criado para disciplinar as fusões nos Estados Unidos.

Uma das maiores contribuições da doutrina e legislação norte-americanas sobre o Direito Econômico da concorrência se refere à “regra da razão”, ou *rule of reason*. O escopo da “regra da razão” pode variar consideravelmente com as modificações na ideologia do antitruste. Se o objetivo da norma antitruste é facilitar a entrada no mercado dos pequenos empreendedores, a expansão dos domínios econômicos do agente pode vir a ser admitida como prática excludente injusta; se, todavia, o que se pretende é a maximização do bem-estar do **consumidor**, e sendo certo que ele é beneficiado por preços mais baixos, então o incremento da capacidade não deveria ser julgado ilegal *per se* (como era antes da *rule of reason*), porque maior produtividade resulta em preços menores.

2.2 Histórico da defesa do consumidor

Inspirado pelo ideário de igualdade e liberdade proclamados com a Revolução Francesa, os quais inicialmente consolidaram o

⁶ HOVENKAMP, Herbert. “*Federal Antitrust Policy – The law of competition and its practice*”, St. Paul, West Group, Second Edition, 1999. p.50. *Apud* Manoel Jorge e Silva Neto. *Direito Constitucional Econômico*, p. 182.

predomínio do chamado *individualismo liberal*, o Direito do Consumidor veio a lume para eliminar as desigualdades criadas nas relações de consumo pela Revolução Industrial, notadamente a partir da segunda metade do século XX, revolução essa que aumentou quase que ao infinito a capacidade produtiva do ser humano.

Se, antes, a produção era manual, artesanal, mecânica, circunscrita ao núcleo familiar ou a pequeno número de pessoas, a partir dessa revolução, a produção passou a ser em massa, em grande quantidade e com grande diferenciação das mercadorias. Ou seja, os bens de consumo tornam-se cada vez mais determinados pelas inovações técnicas e pelas mudanças na esfera de produção, quase completamente mecanizada, até para fazer frente ao aumento da demanda, decorrente da explosão demográfica e da expansão do “consumismo”, decorrente de uma crescente manipulação do consumidor pelas empresas capitalistas, nas esferas de produção, de distribuição⁷ e, principalmente, de publicidade, criando, através de suas fórmulas, necessidades artificiais para as grandes massas de consumidores.

Finalmente, esses novos mecanismos de produção, distribuição e publicidade fizeram surgir novos instrumentos jurídicos: os contratos coletivos, contratos de massa, contratos por adesão, cujas cláusulas gerais, sabemos todos, são preestabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, sem qualquer participação do consumidor. Rapidamente, o direito material tradicional ficou ultrapassado; envelheceu aquele direito concebido à luz dos princípios romanistas, tais como a autonomia da vontade, a liberdade de contratar, o *pacta sunt servanda* e a própria responsabilidade fundada na culpa. Os remédios

⁷ Na distribuição dos produtos também houve modificações importantes. A sua maior foi a cisão entre a produção e a comercialização. Se, antes, era o próprio fabricante que se encarregava da distribuição dos seus produtos, pelo que tinha total domínio do processo produtivo – sabia o que fabricava, o que vendia e a quem vendia -, a partir de um determinado momento, essa distribuição passou também a ser feita em massa, em cadeia, em grande quantidade pelos mega-atacadistas, de sorte que o comerciante e o consumidor passaram a receber os produtos fechados, lacrados e embalados, sem nenhuma condição de conhecer o seu real conteúdo.

contratuais clássicos também se revelaram ineficazes para dar proteção efetiva ao consumidor, em face das novas cláusulas engendradas para os contratos em massa. E essa disciplina jurídica deficiente, arcaica, ultrapassada foi o clima propício para a proliferação de todas as práticas abusivas possíveis, aí incluídas as cláusulas de não indenizar ou limitativas da responsabilidade, **o controle de mercado**⁸ e assim por diante, gerando insuportáveis desigualdades econômicas e jurídicas entre o fornecedor e o consumidor.⁹

Foram também os Estados Unidos da América, por volta dos rebeldes anos 60, o berçário do movimento que desencadeou o direito “consumerista”¹⁰, nas bases como hoje é conhecido universalmente.¹¹

Em 1973, os direitos da chamada sociedade de massas foram enunciados numa Carta Européia de Proteção aos Consumidores, do Conselho da Europa, e, em seguida, no Programa Preliminar para uma Política de Proteção aos Consumidores, da Comunidade Económica Européia. Seguiram-se daí inserções nas legislações europeias de proteção ao consumidor, como na Constituição espanhola de 1978 e na Constituição portuguesa. Em 1985, a proteção aos consumidores foi consagrada pela Organização das Nações Unidas, que adotou os “Princípios Reitores para a Proteção dos Consumidores”.¹²

⁸ O controle do mercado afeta tanto a livre concorrência quanto o direito do consumidor.

⁹ Sergio Cavalieri Filho. O direito do consumidor no limiar do século XXI in *Revista de Direito do Consumidor* n° 35, p. 98.

¹⁰ “Convencionou-se chamar de ‘sociedade de consumo’ à que vive o mundo atual, e consagrou-se a expressão ‘consumerismo’ para caracterizar o seu estilo de vida, no ‘capitalismo maduro’”. In Washington Peluso Albino de Souza. *Primeiras linhas de direito econômico*. 4º ed., p. 585.

¹¹ Segundo relata Othon Sidou, *Proteção ao consumidor*, Rio de Janeiro, Forense, p.5. “nos Estados Unidos a proteção ao consumidor teve seu advento legislativo com a lei de 1872, que genericamente, tachava os atos fraudulentos do comércio”, sendo que “a esfera foi ampliada em 1887, com a criação, por lei federal, da Comissão de Comércio entre Estados, encarregada de regulamentar e fiscalizar o tráfico ferroviário”. Outro passo importante foi dado em 1914, com a criação e o aperfeiçoamento *da Federal Trade Commission*, com o objetivo fundamental de aplicar as leis antitruste e proteger os interesses do consumidor.

¹² Marlon Wander Machado. *Crimes nas relações de consumo*, p. 14.

3 Direito comparado: direito concorrencial e direito do consumidor.

Os elementos do direito comparado utilizados assentam-se nos regramentos relativos a consumidor/concorrência português, espanhol, anglo-saxão, francês, comunitário e japonês:

3.1 Portugal

Em Portugal, a legislação específica de defesa da concorrência nasceu com o Decreto-lei 422/83, de 03.12.1983, e com o Decreto-lei de 19.11.1988, sobre o controle dos atos de concentração. Esse processo foi acelerado, na perspectiva de adesão à Comunidade Europeia, Assim, foram aprovadas estas leis, mesmo sem uma previsão constitucional¹³, o que somente foi suprido com a edição de um novo Decreto-lei, de 29.10.1993. Verifica-se nele quase que uma identidade com os preceitos dos arts. 85 e 86 do Tratado de Roma¹⁴.

A lei portuguesa, de modo similar ao art. 85 do Tratado, aplica critérios capazes de conduzir a um balanceamento econômico. Ela exige a promoção do *“desenvolvimento técnico ou econômico, a melhoria da produção ou da distribuição, a reserva, para os usuários dos bens ou serviços, de uma parcela equivalente do benefício”*. Ademais, essas restrições são indispensáveis e devem preservar um mínimo de concorrência no mercado em questão.¹⁵

Quanto às disposições relativas aos atos de concentração, o direito português os valida, desde que se baseiem em um balanço econômico positivo.¹⁶

¹³ A Constituição de Portugal data de 1976.

¹⁴ Danièle Meledo-Briand. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência *in Revista do Direito do Consumidor* n° 35, p. 40.

¹⁵ *Ibid.*, p. 44.

3.2 Espanha

As leis espanholas de proteção da concorrência datam de 17.07.1984, e de 10.01.1991, quanto à concorrência desleal. Observase que, tal qual a legislação portuguesa, há aqui uma “vontade de harmonização”, já que a Lei de 1984 retoma, em parte, o Tratado de Roma, especialmente no art. 86.

A filosofia do direito da concorrência espanhol assenta-se igualmente na intenção de proteger o interesse do consumidor. É bem verdade que nem sempre a aplicação dessas normas reflete essa preocupação. Além disso, o interesse do consumidor está organizado no quadro da Lei de Proteção de 19.07.84 e da Lei de 13.04.1998, que versa sobre as condições gerais de contratação, disciplinando as vendas a preços baixos e as garantias do vendedor e comprador.

Quanto às condutas anticoncorrenciais, a lei espanhola admite algumas exceções. As práticas devem ser tais que “*contribuyan a mejorar la producción o la comercialización de bienes y servicios, o a promover el progreso técnico e económico*”¹⁷. Nessa hipótese, o consumidor deve participar das vantagens sem que as restrições eliminem a concorrência em uma parte substancial do mercado, e com a condição de que elas sejam necessárias.

A submissão dos atos de concentração à autoridade antitruste espanhola analisa todavia, o critério que compreende o interesse dos consumidores e usuários como relativamente secundário.

3.3 Reino Unido

¹⁶ Ibid., p. 46.

¹⁷ Ibid., p. 44.

O Reino Unido conheceu uma reforma importante do *UK Competition Law*, que entrou em vigor a partir de 01.03.2000. O *Competition Act*, de 09.11.1998, integra os textos de 1976 e 1977 acerca das *Restrictive Trade Practices* e os *Resale Prices Act*. Vale lembrar que a legislação do Reino Unido também caminha na direção dos arts. 85 e 86 (princípios da proibição das práticas restritivas da concorrência) do Tratado. Tal aproximação é demonstrada notadamente no poder concedido ao juiz, na hipótese de inexistência de *relevant differences* entre ele e o direito comunitário, de fazer uma interpretação mais compatível a este.

É necessário ressaltar que, ainda que as leis de consumo provenham essencialmente do *Fair Trading Act*, de 1973, e do *The consumer Act* de 1974, a preocupação com os consumidores mesmo integra o direito da concorrência, e foi reforçada pelo novo texto.

Os critérios de exceção para aprovação de prática anticoncorrenciais do *Competition Act*, de 1998, recaem sobre todos os pontos enunciados pelo Tratado de Roma. A seção 9 do capítulo I prevê que a restrição da concorrência deve contribuir “*para a promoção do progresso técnico ou econômico, enquanto permite aos **consumidores** uma divisão justa do benefício resultante*”.¹⁸

3.4 França

No direito francês, os dois regramentos, o do consumidor e o da concorrência, perseguem paralelamente os seus objetivos. Mesmo antes da legislação de 01.12.1986, que reformou o direito da concorrência, seguindo a orientação do Tratado de Roma, várias leis

¹⁸ “(...) *to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit*”.

disciplinaram a entrega em domicílio, as cláusulas abusivas, o crédito ao consumidor.

O art. 41 da Lei de 1986 adota, para os atos de concentração, um mecanismo no qual “o Conselho da Concorrência avalia se o projeto de concentração ou a concentração traz ao progresso econômico uma contribuição suficiente para compensar os prejuízos a concorrência”.

Nos direitos concorrenciais espanhol e francês, é aplicada a regra de razoabilidade. Muitas dificuldades, no entanto, se apresentam, no que diz respeito a uma análise da efetividade da consideração dos consumidores¹⁹.

3.5 Comunidade Européia

O impacto do direito comunitário sobre os direitos internos dos países analisados bem demonstra a fortíssima influência do Tratado em matéria de direito da concorrência e direito do consumidor, no sentido de sua harmonização entre os membros da União.

O direito comunitário, inspirado na *rule of reason* americana, por vezes, substitui o método da proibição pura e simples (*per se*) das práticas anticoncorrenciais, pela aplicação de outro mecanismo, qual seja, o da regra de razoabilidade.²⁰

Quanto aos atos de concentração, o art. 2-b do Regulamento CEE, de 21.12.1989, relativo ao controle das concentrações entre empresas, enuncia os critérios de apreciação que a Comissão deve aplicar, quais sejam “as possibilidades de escolha de fornecedores e usuários, seu acesso às fontes de abastecimento ou aos estoques (...),

¹⁹ João Mota de Campos, Direito Comunitário IIIvol.: o ordenamento jurídico, p.490.

²⁰ A regra da razoabilidade tem por finalidade a avaliação de um balanço mais concorrencial do que de um balanço socioeconômico. Mesmo sendo levado em consideração, o interesse do consumidor não é a questão prioritária da avaliação. Investiga-se, *a priori*, se o comportamento restritivo não possui um efeito benéfico para o exercício da concorrência sobre um mercado determinado, para, só depois, apurar quais as suas vantagens aos interesses dos consumidores.

*os interesses dos consumidores intermediários e finais, assim como a evolução do progresso técnico e econômico, **contanto que este seja em benefício dos consumidores e não constitua obstáculo à concorrência***".

O art. n.º 3 do art 85 do Tratado prevê duas hipóteses para que as condutas teoricamente lesivas à concorrência possam ser admitidas e, com isso, ser concedida "isenção": quando tais procedimentos contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos; e quando tais procedimentos promovam o progresso técnico ou econômico (eficiências).

A análise do preenchimento de ambas destas duas condições é uma das atribuições da Comissão das Comunidades Europeias, justificando-se estas exceções pela probabilidade de produção de efeitos benéficos para o **consumidor** (maiores que os prejuízos para as trocas comerciais dentro do mercado comum). No entanto, observe-se que não se busca a eliminação total da concorrência, por conta da perseguição àquele valor imediatista, o interesse do consumidor.

Se a Comissão verificar a possibilidade de não se produzir em tais efeitos indesejáveis, concederá a denominada "Isenção".²¹

3.6 Japão

No Japão, as práticas que ofendem a livre concorrência são proibidas. Os cartéis, por exemplo, são proibidos pela legislação antitruste, porém deverão ser observadas as seguintes exceções: a) cartéis de recessão, b) cartéis de racionalização, c) cartéis de depressão, d) cartéis de pequenas empresas e de exportação²². Somente alguns

²¹ Maria Cecília de Andrade Santos. Direito comunitário da concorrência. Perspectivas para o Mercosul, *in Revista de Direito do Consumidor* n.º.32, p. 88.

²² a) cartéis de recessão, definidos como acordos temporários entre firmas, destinados a restringir a produção ou manter os preços em indústrias afetadas pela recessão; b) cartéis de racionalização, que são acordos interfirmas, objetivando induzir a cooperação para a racionalização da indústria; c) cartéis de

cartéis de depressão e racionalização, não sujeitos às leis de exceção, requeriam a aprovação do FTC²³, sendo os demais criados por iniciativa **e mesmo imposição do MITI**²⁴. Em geral, sua aprovação dependia, e depende até os dias de hoje, das seguintes condições: a) a adesão ao cartel deve ser voluntária; b) **os não membros e os consumidores não devem ser lesados**; e c) não deve haver discriminação.²⁵

Em resumo, a análise das relações entre a política de indústria e de defesa da concorrência no âmbito da formação de cartéis no Japão, permite as seguintes observações: a) os cartéis foram amplamente utilizados no Japão, sendo parcialmente salvaguardados da aplicação da Lei Antimonopólio, durante os anos do “milagre japonês”; b) sua utilização como instrumento de política industrial foi reduzindo-se ao longo do tempo, sobretudo a partir do início da década de setenta, com o crescimento da importância do FTC e da legislação antitruste; c) os efeitos dos cartéis, do ponto de vista de sua eficiência econômica e/ou sua contribuição para o crescimento da indústria, não são claros; d) apesar do poder do MITI, a existência de uma legislação antitruste e de um órgão encarregado de sua aplicação no Japão pode ter determinado a introdução de regras voltadas para a minimização dos efeitos potencialmente negativos, do ponto de vista da eficiência econômica, derivados da formação de cartéis, e, até mesmo, reduzido seu uso por parte do MITI.²⁶

O crescimento da importância das políticas de defesa do consumidor fortaleceu o FTC²⁷. Em 1968, o ato básico de proteção ao Consumidor foi implementado, visando proteger os interesses dos consumidores e manter a livre competição entre as empresas. Os cartéis

depressão, voltados para a eliminação do excesso de capacidade produtiva; d) cartéis de pequenas empresas e de exportação.

²³ *Fair Trade Commission* é a autoridade antitruste japonesa.

²⁴ O poderoso Ministério da Indústria do Japão.

²⁵ Jorge Fagundes. Políticas Industrial e de Defesa da Concorrência no Japão *in Revista do IBRAC*, vol. 8, nº 3, p. 13.

²⁶ *Ibid.*, p.40.

²⁷ Pedro Dutra. *A concentração do poder econômico*. In Aurélio Wander Bastos. *Estudos Intr...*p. 91

eram apontados como um fator de redução dos níveis de bem estar da população. Nesse período de valorização da defesa do consumidor, houve um grande crescimento das atividades do FTC.²⁸

4 Relação do direito da concorrência com o direito do consumidor no direito positivo brasileiro.

4.1 Legislação

No direito pátrio, embora distanciados por quase três décadas, a lei fundamental do direito da concorrência, datada de 1962, e o Código de Defesa do Consumidor, de 1990, têm alguns princípios que se podem dizer comuns, como a idéia fundamental de que o sistema de mercado justifica-se pela sua capacidade de produzir mais e melhores bens de consumo.²⁹

Desde o texto constitucional de 1946, a defesa da concorrência foi incorporada à estrutura jurídico-política brasileira, sendo que, entre os abusos de poder econômico mencionavam-se as práticas de conluíus, visando a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros. Com a Constituição de 1988, foram acrescentados aos princípios da ordem econômica (art 170, V) a proteção ao consumidor, e a defesa da concorrência (art. 170, IV), que figuram lado a lado, ambos frutos de um mesmo galho constitucional devendo ser interpretados de maneira integrada.

No patamar da legislação ordinária a ligação entre a defesa da concorrência e a defesa do consumidor também está bastante presente.

²⁸ Ibid., p. 22.

²⁹ José Reinaldo de Lima Lopes. *Direito da Concorrência e o Direito do Consumidor*. Este estudo é resultado de uma pesquisa realizada no projeto Consumo e Concorrência, estabelecido no âmbito de uma Rede Alpha, coordenada pela Universidade de Coimbra, com a participação da Universidade de Paris, Rennes, Ghent, Nice, Vigo, Munique, Buenos Aires e Palermo (Argentina), além da USP. Esta versão deste trabalho foi apresentada em Nice, em 28.05.1999.

A Lei de 1951, definindo os crimes contra a economia popular, pode ser entendida tanto como um diploma de defesa da concorrência quanto da defesa do consumidor, visto que seu art. 3º define o crime de formação de cartel ou associação cujo propósito seja suprimir ou dificultar a livre concorrência. O atual diploma antitruste (8.884/94), por sua vez, inclui explicitamente, no seu art. 1º, o propósito de defender os interesses dos consumidores.

A afinidade dos dois subsistemas jurídicos também fica bem demonstrada pelo desenho institucional dos respectivos órgãos aplicadores. A legislação antitruste tem no Conselho Administrativo da Defesa Econômica (CADE) o principal agente executor e julgador (com funções de contencioso, nos processos administrativos, e de controle, nos atos de concentração). A instrução dos processos, no entanto, também é função da Secretaria de Direito Econômico (SDE), à qual está, inclusive, subordinado o Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor (DPDC).

Os próprios consumidores são, pela lei, legitimados a ingressar em juízo para a defesa de seus interesses individuais e individuais homogêneos, visando cessar com as práticas abusivas (Lei 8.884/94, art. 29), o que mais uma vez mostra a proximidade dos interesses dos consumidores com assuntos de concorrência, embora até hoje não haja precedentes, até por desinformação por parte do cidadão.

Tudo evidencia a proximidade dos ramos do direito. Mas o que devemos indagar é sobre as peculiaridades ou diferenças específicas entre eles. Pois, se iguais, ou se servissem aos mesmos propósitos, não haveria um porque para esta cisão (tanto do ponto de vista da legislação quanto da aplicação) no trato da matéria concorrência/consumidor, que, aliás, ocorre praticamente em todos os países que se preocuparam com a defesa desses interesses da coletividade econômica.

4.2 Jurisprudência

Na jurisprudência nacional da defesa da concorrência, encontramos alguns processos administrativos do CADE que bem demonstram a cristalina diferença de enfoques dados à defesa da concorrência e à defesa do consumidor; ou seja, até onde a defesa da concorrência pode chegar para proteger os interesses do consumidor sem que se desvirtue, ou até onde o interesse do consumidor poderá influenciar nas decisões sobre concorrência sem que invada sua esfera.

No Processo administrativo 46/92 (Farina e Fraga Advogados X Xerox do Brasil), versando sobre aumentos abusivos de preços (cláusula unilateral de indexação), o voto vencedor foi no sentido de que o Conselho não pode adjudicar relações contratuais entre consumidores e fornecedores. O Conselho não julgará o ato isoladamente, mas seu efeitos gerais no mercado. O raciocínio e o argumento são “conseqüencialistas”. Não se trata de avaliar o descumprimento do contrato ou a violação literal de um dispositivo legal, o que seria matéria para a jurisdição civil ou penal. A simples existência de uma cláusula potestativa, inaceitável em termos contratuais ou de direito do consumidor, não significa em si violação da legislação concorrencial. O critério a ser aplicado é de dupla natureza, diz a decisão: “(...) a) *é preciso saber se o indiciado tem uma posição no mercado que interfira na competição; b) é preciso investigar se o efeito da prática contestada é eliminar ou limitar a competição*”.

No processo administrativo 08000.018299/96-86 (Ana Tereza Sotero Duarte x Livraria Eldorado Brasília Ltda. e Editora Ática S/A), versando sobre fixação de preços constatou-se que um consumidor individual estava tentando comprar dois exemplares do mesmo livro pelo preço fixado para as vendas por atacado, não para a venda a retalho ao consumidor. O consumidor, conclui-se, tem, certamente, um interesse em comprar os produtos pelo menor preço possível. O acesso do consumidor ao mercado é diferente do acesso dos distribuidores ou

comerciantes aos mesmos bens. Ao tentar colocar o caso sob a perspectiva do direito da concorrência, o Conselho concentrou-se nos efeitos da fixação do preço como prática anticoncorrencial. A pergunta feita pelo CADE **NÃO** foi se o consumidor havia sido impedido de comprar o livro pelo preço mais baixo, mas se a fixação do preço seria uma prática de tal natureza que impediria a competição entre os revendedores, e aí então, mediatamente, pudesse afetar o consumidor. Esta sim seria uma prática infracional à concorrência, mas faltaram provas empíricas para instruir tal fato³⁰.

5 Discussão doutrinária

Pelas informações extraídas das jurisprudências, interpretação da legislação e do direito comparado, e mesmo da história, percebemos que o interesse do consumidor individualmente considerado não é o escopo da defesa da concorrência, nem pode ser considerado o objeto de decisão das autoridades antitrustes, nem nacionais nem internacionais. A lesão ao consumidor pode sim, ser evidência de uma prática abusiva, cujos efeitos gerais (ou universais) sobre o mercado denotam o abuso de posição dominante.

A dicotomia dos órgãos e legislações, referente à concorrência e ao consumidor, é plenamente justificada. O CADE e seus congêneres estrangeiros recusam-se, com razão, a transformar-se num órgão julgante ou arbitral de conflitos individuais entre consumidores e fornecedores. O estudo realizado mostra que os órgãos nacionais de defesa da concorrência (como o do Brasil, da França, da Espanha e da Comunidade) estão abertos a receber queixas dos consumidores, não se recusando a examinar contratos privados. Porém, estes não se

³⁰ *Revista de Direito do Consumidor* n° 34, pp. 83-84.

considerarão como órgão de jurisdição sobre os negócios privados, senão quando eles representarem algum efeito potencialmente prejudicial ao ambiente concorrencial.

Os enfoques que são dados aos interesses dos consumidores no Direito do Consumidor e no Direito da Concorrência são bem diferentes.

No direito do consumidor, uma situação de lesão ao consumidor deverá ser, de pronto, sanada, visto que se trata de direito protetivo, inclusive elencado no rol das garantias constitucionais, no art. 5º, inc. XXXII, portanto indisponíveis, inalienáveis e impostergáveis. O interesse do consumidor nesse ramo do direito é imediato, é seu objetivo maior.

“art.5º

.....

.....

XXXII – o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor;

.....

§1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

No direito da concorrência, o interesse do consumidor é um objetivo mediato, posterior ao da libertação do mercado, não deixando, porém de ser uma das suas derradeiras diretrizes. Segundo José Reinaldo de Lima Lopes,³¹: “o CADE encara os interesses dos consumidores como um subproduto de mercados competitivos e eficientes”.

³¹ Ibid., p. 87.

No que diz respeito à análise dos atos de concentração, o interesse do consumidor na defesa da concorrência ganha outro *status*.

As concentrações capitalistas podem representar importantes instrumentos de defesa comercial e de fortalecimento da economia brasileira (como são encaradas no Japão), porém, os interesses do Estado em expandir e fortalecer sua economia devem ser ponderados com os interesses do consumidor e ao direito de acesso ao consumo. Há, aqui, uma discussão axiológica a respeito de qual desses valores (desenvolvimento econômico ou bem estar social) deverá prevalecer.

A Lei 8.884/94, em seu art. 54, por exemplo, dita que deverá ser conciliada a necessidade de fortalecimento da economia nacional com a efetividade dos direitos do consumidor. Assim, os textos legais que permitem as concentrações - nos países que adotam a regra da razão, o *rule of reason*, ou razoabilidade - devem perseguir a defesa dos interesses dos consumidores, além de outros valores sem esquecer o principal: o livre mercado.

Ao se respeitarem essas premissas, as legislações de defesa da concorrência poderão transformar-se em eficiente instrumento de defesa do consumidor, sem deixarem de ser um eficiente instrumento de defesa da concorrência, para a qual foram concebidas.

6 Conclusões

De todo o estudo sobre a relação entre o direito do consumidor e o direito da concorrência, podemos chegar às seguintes conclusões:

1) o direito da concorrência nasceu, nos EUA, a partir da necessidade de regulamentação da concorrência, através do comportamento de seus agentes econômicos no mercado, e também como instrumento de implementação de uma política pública;

2) o direito do consumidor surgiu, nos EUA, para eliminar as desigualdades com que o direito material não era mais capaz de lidar, criadas nas relações de consumo, após a Revolução Industrial, que trouxe consigo uma série de modificações nas relações contratuais, através de novas técnicas de produção, distribuição e publicidade;

3) notamos que, praticamente, todos os países já adotam a regra da razão para dar rumo às decisões relativas ao direito da concorrência, tanto nas condutas quanto nos atos de concentração, observando sempre quais as vantagens que tais decisões trarão para os interesses dos consumidores;

4) a diferença está no grau de importância que alguns ordenamentos jurídicos dão aos interesses dos consumidores; na França e na Comunidade, por exemplo, são mais valorizados; no Japão, às vezes, este é preterido, em prol de uma política industrial que considera, mesmo de forma empírica, que os cartéis trazem desenvolvimento ao país;

5) a afinidade do direito da concorrência com o direito do consumidor fica demonstrada: a) na Constituição, pela disposição dos incisos a eles relativos dentro do mesmo artigo da ordem econômica, devendo ser interpretados em conjunto; b) na legislação ordinária, o art. 1º inclui explicitamente o propósito de defender os interesses dos consumidores; c) pelo desenho institucional dos respectivos órgãos aplicadores, onde o CADE é o principal agente executor, mas se utiliza da instrução feita na SDE, à qual está subordinado o DPDC;

6) existem diferenças naturais entre os dois ramos do direito, e deverá ser respeitada sua dicotomia, pelo fato de que cada um se destina a um propósito; e, a partir dessa afirmação, podemos concluir que o enfoque dado ao interesse do consumidor difere entre os dois subsistemas;

7) o direito do consumidor dá um enfoque mais imediatista à defesa dos interesses consumeristas; isto se deve ao fato de tratar-se de

garantia constitucional situada no art. 5º, conferindo-lhes caráter de indisponibilidade e impostergabilidade;

8) no direito da concorrência, ao interesse do consumidor é conferido um enfoque mediato, mais conseqüencial, não representando um fim em si mesmo;

9) nossa legislação antitruste em vigor, a Lei nº 8.884/94, em consonância com o artigo 170 da Constituição, também segue como guia a “regra da razão”, tendo como orientação para a razoabilidade tanto os valores (dentre estes, a defesa do consumidor) contidos nos incisos do artigo 170, quanto os contidos no art. 54 da Lei Antitruste, devendo ser ponderados nas decisões da autoridade da concorrência, no caso, o CADE;

10) a defesa da concorrência não se destina a fazer defesa do consumidor, a não ser que os interesses do consumidor se confundam com a proteção do livre mercado.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2000.

BASTOS, Aurélio Wander (org.). *Estudos introdutórios de Direito Econômico*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

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

CAMPOS, João Mota de. *Direito Comunitário III vol.: o ordenamento econômico*. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sergio. O Direito do Consumidor no limiar do século XXI. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 35, pp. 97-108, jul-set 2000.

FAGUNDES, Jorge. Políticas Industrial e de defesa da concorrência no Japão. *Revista do IBRAC*. São Paulo, vol. 8, número 3, pp.3-46, 2001.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor. . *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 34, pp. 79-87, abr-jun 2000.

MACHADO, Marlon Wander. *Crimes nas relações de consumo*. São Paulo: WTC, 2001.

SANTOS, Maria Cecília de Andrade. Direito Comunitário da Concorrência: perspectiva para o MERCOSUL. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 32, pp. 74-109, out-dez 1999.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito Constitucional Econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

SIDOU, J. M. Othon. *Proteção ao consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de Direito Econômico*.4º ed. São Paulo: LTr, 1999.

VAZ, Isabel. Os interesses do consumidor nas fusões e incorporações de empresas. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 35, pp. 219-231, jul-set 2000.