



## BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR - UMA ANÁLISE CONCORRENCIAL SOB A PERSPECTIVA BRASILEIRA

*Ludmila Passos Holtz\**

### Resumo

O presente trabalho tem como objetivo maior o estudo da alocação de riquezas entre consumidor e produtor, no contexto das relações de mercado no Brasil, sob uma perspectiva de análise prioritariamente antitruste, servindo como base para análise a Lei nº 8.884/94, que inclusive possui proposta de alteração já em trâmite no Congresso Nacional. Além da análise legislativa, será feito um estudo doutrinário do assunto, baseado no confronto de obras de autores nacionais e estrangeiros. Ao final do trabalho, pretende-se vislumbrar um parâmetro de aplicabilidade do conceito de “Bem-estar do Consumidor” à realidade prática brasileira que possa servir de parâmetro jurídico (com alguma influência econômica) para análise de atos de concentração e de condutas anticompetitivas pelas autoridades antitruste brasileiras.

### Introdução

Enquanto ciência, o Direito se debruça sobre o estudo das relações multifacetadas entre os indivíduos que convivem em sociedade, sob o enfoque normativo, a fim de traçar limites formadores, em larga medida, de parâmetros de comportamento que promovam a conformação de interesses individuais num ambiente de paz social, para que, na medida em que organizada, a sociedade possa se direcionar em busca de fins maiores que reflitam seus interesses como Estado.

Nesse contexto, o Direito Econômico se insere como a área do Direito que se presta a estudar e disciplinar as relações jurídicas de mercado, cujos problemas foram colocados pela intervenção do Estado na Economia.<sup>1</sup>

É complexa sua classificação segundo as áreas tradicionais do Direito, pois que a princípio, não poderia ser estritamente enquadrado nem como público, nem como privado, eis que o compõem tanto normas que disciplinam as relações entre o Estado e os agentes econômicos, como também normas que regulam as relações entre os próprios agentes econômicos, que interagem de forma extremamente dinâmica. Assim, o Direito Econômico revela seu importante papel como o Direito da Organização e do Desenvolvimento Econômico de um Estado,

\*Estudante de Direito da PUC-SP.

<sup>1</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* “Direito Econômico”, 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13.

gerado pelo próprio Estado, pela iniciativa privada ou a partir da dialética estabelecida entre os dois.<sup>2</sup>

Nesse sentido, é a empresa, como unidade de decisão econômica e célula de base do Sistema Econômico e Social, que se apresenta como objeto fundamental do Direito Econômico, no contexto de uma Economia de Empresa, que leva em conta três interesses: o Interesse Geral, o interesse peculiar a cada empresa e os interesses particulares dos indivíduos<sup>3</sup>. O equilíbrio desses três interesses é o que corresponde, portanto, ao dia-a-dia do Direito Econômico, influenciado de maneira mais que determinante pelo “movimento de progresso” típico da vida em sociedade no mundo capitalista.

Em outras palavras, busca-se por meio do Direito Econômico compor e intermediar o embate entre o poder econômico privado e o poder econômico público, o que se dá mediante a adoção pelo Estado de políticas, com vistas ao direcionamento dos vieses econômico e jurídico por uma disciplina preponderantemente macroeconômica das relações<sup>4</sup>.

O Direito Econômico, em última instância, está destinado a reger a Política Econômica à conveniência do Estado. Daí porquê muitos doutrinadores, como PAULA A. FORGIONI<sup>5</sup>, defenderem a idéia de ter o Direito Econômico um caráter eminentemente instrumental, pois ao não encerrar um fim em si mesmo, se presta e depende da política econômica adotada pelo Governo de um Estado, determinada, sobretudo, pelo direcionamento ideológico daqueles que ora ocupam o Poder.

Independente disto, a intervenção do Estado na Economia por meio da utilização do Direito Econômico para gerenciar a interação entre o Poder Público e o Privado tornou-se imprescindível, na medida em que o processo de concentração econômica (tendência esta que se iniciou no século XIX e que revolucionou a concepção atomística preconizadora da plena liberdade dos componentes do mercado<sup>6</sup>) tornou-se uma constante no contexto do mercado e que comprovadamente pode trazer, além do aumento de eficiência para a empresa (conceito a ser tratado a seguir) e o desenvolvimento econômico para o país, efeitos nefastos à Economia, por conta do abuso do poder econômico em detrimento do bem-estar da sociedade, e do bem-estar do consumidor, em última análise.

<sup>2</sup> CHAMPAUD, Claude *apud* LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* “Direito Econômico”, 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 14.

<sup>3</sup> CHAMPAUD, Claude *apud* LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in op. cit.*, p. 14.

<sup>4</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* “Direito Econômico”, 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 19.

<sup>5</sup> Os Fundamentos do Antitruste – São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 1998.

<sup>6</sup> LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in op. cit.*, p. 15.

O Direito Econômico atualmente, portanto, nada mais é senão um reflexo jurídico das mudanças econômicas derivadas dos processos históricos capitalistas, que por provocação da concentração econômica e principalmente da globalização econômica, surge como solução jurídica para proteger a liberdade de concorrência dentro de um cenário em que imperam valores sociais<sup>7</sup>, com vistas ao equilíbrio das relações de mercado.

Nesse contexto, revela-se de suma importância estudar o papel do valor “bem-estar”, especificamente do ponto de vista microeconômico nacional, ou seja, do consumidor no Brasil, cujos interesses muitas vezes são “apropriados” pelo Poder Econômico Privado, contra a que não possui mecanismos de defesa suficientemente eficientes, face sua posição de desvantagem econômica e política em relação aos produtores (empresas privadas) e a falta de tradição no campo da defesa do consumidor e da concorrência, devido à legislação recente e, principalmente, à inexistência de cultura de defesa desses direitos consolidada no Brasil.

## 1. Introdução ao conceito de bem-estar

### 1.1. O bem-estar – breve reflexão

Intuitivamente, sabemos o que nos traz a sensação de bem-estar: a sensação de não frustração, o que, a *contrario sensu*, implica a realização de algum desejo/anseio próprio, ou seja, a materialização de um interesse.

Todavia, o bem-estar de que aqui se trata não é um simples “contentamento”, que seria talvez mais fácil de se proporcionar pela redução das carências do indivíduo à escala dos seus meios e pela aceitação das limitações essenciais à sua classe sócio-econômica e às suas oportunidades. Implica, em verdade, um sentimento de ordem mais profunda de “realização pessoal”, através de atividades construtivas e recompensadoras em si mesmas.<sup>8</sup>

O bem-estar, portanto, consiste em componentes de ordem psicológica e prática, na medida em que ao mesmo tempo em que é sensação humana (extremamente subjetiva, portanto) provocada pelo sentimento de realização, é traduzida na materialização fática da consequência da dita realização no contexto particular da vida dos indivíduos, como a criação de um sistema de saúde eficiente para atender a uma determinada sociedade.

<sup>7</sup> FARJAT, G. *apud* LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* “Direito Econômico”, 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17.

<sup>8</sup> CLARK, John Maurice *in* “Instituições Econômicas e Bem-estar Social”, tradução de Álvaro Cabral – Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 114.

Do ponto de vista jurídico-filosófico, o bem-estar residiria na realização das liberdades do indivíduo asseguradas pelo Estado Democrático de Direito. Tais liberdades correspondem à gama de permissões concedidas pelo ordenamento jurídico, desde que o indivíduo possua a capacidade e os meios habilitadores para efetivá-las.<sup>9</sup>

### 1.2. O bem-estar geral ou da coletividade – análise contratualista

A partir da noção delineada acima, entende-se que, sendo o bem-estar a sensação advinda da realização plena das liberdades do indivíduo inserido num contexto de “Ordem Democrática”, ao se estender tal conceito ao plano coletivo tem-se que a idéia de bem-estar geral ou da coletividade está ligada à satisfação, embora muito difícil que seja de maneira plena, de um interesse comum a todos afetados por um mesmo conjunto de circunstâncias fáticas ensejador da concretização de um direito, aqui entendido como liberdade.

Isto posto, não é necessário muito para já ocorrer a associação da idéia descrita acima à “vontade geral” de Rousseau, um dos grandes pensadores contratualistas do modelo de Estado Democrático, marco do pensamento jurídico-político-filosófico da humanidade. Explica-se.

O fundamento do Estado rousseauiano é a “vontade geral” entendida como “vontade” emergente do atrito entre as vontades particulares de todos os cidadãos, peculiar ao processo conjugado de decisão que visa à acomodação de interesses em Assembléia, local onde se daria a “destruição” das vontades particulares para benefício do interesse comum. Tal conceito, todavia, divergiria do que seria a vontade de todos – a soma dos interesses particulares dos cidadãos. São palavras de Rousseau:

“Há, às vezes, diferença entre a vontade de todos e a vontade geral: esta só atende ao interesse comum, enquanto a outra olha o interesse privado, e não é senão uma soma das vontades particulares. Porém, tirando estas mesmas vontades, que se destroem entre si, resta como soma dessas a vontade geral”.<sup>10</sup>

Destarte, a vontade geral seria a soma das diferenças das vontades particulares e não o conjunto das próprias vontades individuais. Logo, o aparamento das arestas peculiares aos interesses dos particulares para seu devido encaixe na forma da vontade coletiva não haveria porquê descontentar o indivíduo, uma vez que inserida no contexto da vontade geral também está a sua.

<sup>9</sup> CLARK, John Maurice *in op. cit.*, p. 120.

<sup>10</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1980, p. 32.

Nota-se que a existência de interesses particulares em conflito é da essência da vontade geral no corpo político, o que atribui à Política uma condição de formadora do interesse comum.

Da mesma forma, pode-se conceber também o conceito de bem-estar geral ou coletivo. Trata-se da satisfação coletiva de um interesse geral comum a todos, promovendo uma sensação geral de realização e o melhor atendimento às necessidades gerais, tendo como objetivo precípua o alcance do maior benefício possível a ser convertido em proveito de todos.

Nesse contexto, o Estado como instituição aglutinadora das pessoas que abdicaram de sua condição natural de individualidade, que, através de seus órgãos componentes e de suas normas, se insere como o promotor de soluções aos anseios coletivos, promotor, portanto, do bem-estar geral ou coletivo.

## 2. O bem-estar do consumidor – breve análise econômica do conceito

Em meio ao cenário de uma sociedade capitalista de consumo, o bem-estar da coletividade adquire uma roupagem peculiar.

Partindo-se do pressuposto que todos nós somos consumidores em algum momento de nossas vidas, seja como consumidores de bens, serviços ou informação, rigorosamente, até mesmo um miserável marginalizado da sociedade que “vive” (ou melhor, sobrevive) com um orçamento diário inferior a um dólar, pode ser considerado consumidor, mesmo que só consuma o equivalente ao pouco, ou quase nada, que seus recursos permitam.

Cumpra ressaltar que, não se pode confundir os conceitos de “consumidor” e “cidadão”, que, aliás, nada têm a ver um com o outro, na medida em que consumidor, conforme a legislação brasileira, é aquele que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final<sup>11</sup>, enquanto que cidadão é, em sentido amplo, aquele que tem participação efetiva na vida social e na vida do Estado, e em sentido estrito, aquele que está em pleno gozo dos direitos políticos, que possui a qualidade de ser eleitor, podendo votar e ser votado.<sup>12</sup>

A ciência econômica há muito já se ocupa do estudo da relação dos consumidores e seu bem-estar no contexto mercadológico. A esse respeito, foi desenvolvida uma teoria que, em linhas gerais, busca medir o bem-estar geral, e, especificamente, o bem-estar do consumidor através da mensuração da “efici-

<sup>11</sup> Art. 2º da Lei nº 8.078/90 (“Código de Defesa do Consumidor”).

<sup>12</sup> SILVA, José Afonso da *in* “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 19ª ed., p.108.

ência” advinda da alocação dos recursos disponíveis (recursos de trabalho, de capital, tecnologia, naturais etc.), que são finitos e escassos no mundo.<sup>13</sup>

De acordo com essa teoria, a promoção de bem-estar estaria diretamente relacionada com a boa administração dos ditos recursos de maneira a proporcionar à sociedade, e, particularmente, ao consumidor, o melhor proveito deles. Logo, para se “maximizar” o bem-estar há que se buscar a alocação de riquezas mais eficiente no contexto de um mercado perfeitamente competitivo<sup>14</sup>, conforme conceito desenvolvido pelo economista francês Vilfredo Pareto<sup>15</sup>, um dos autores da Teoria Microeconômica Neoclássica.

Para esse economista, a alocação de riqueza mais eficiente, ou seja, a que proporcionasse maior grau de eficiência econômica, seria aquela que implicasse a melhora da situação de um indivíduo sem piorar a de nenhum outro, o que em Economia é chamado de “melhoria de Pareto”.<sup>16</sup>

Mas o que poderia ser considerado uma “melhoria de Pareto” para o consumidor, no que diz respeito ao aumento de seu bem-estar?

Em realidade, não seria necessária grande análise a respeito do tema, tendo em vista que nós, na qualidade de consumidores sabemos o que nos provoca uma sensação de “realização” quando adquirimos um bem ou usufruímos um serviço prestado: o fato de termos despendido um valor do nosso patrimônio igual ou inferior ao que estávamos dispostos a pagar pelo bem ou serviço por nós escolhido.

Para melhor ilustrar o acima dito, peguemos o exemplo de um consumidor qualquer que deseja comprar um par de alpargatas de um certo modelo, em couro, por no máximo de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Na hipótese deste consumidor conseguir comprar as alpargatas por R\$ 49,00 (quarenta e nove reais), terá ocorrido um ganho de bem-estar. Caso o mesmo consumidor só con-

<sup>13</sup> NUSDEO, Fábio *in* “Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico”, 3ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 23-28.

<sup>14</sup> o mercado perfeitamente competitivo ou de “competição perfeita”, como é dito mais usualmente, é aquele em que o poder econômico encontra-se descentralizado, na medida em que há no mercado uma diversidade e produtores ou prestadores de serviços, não sendo constatada a ocorrência de concentração econômica, e que se mantém por força da livre concorrência. Nesse sentido, vide FORGIONI, Paula A. *in* “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 155.

<sup>15</sup> MANSFIELD, Edwin *in* “Microeconomia: teoria e aplicações”, tradução de José Edgard da Mota Freitas e Mario Fonseca Gelli; revisão técnica de Dionísio Dias Carneiro Netto – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Campus, 1980, pp. 389-414.

<sup>16</sup> VARIAN, Hal R. *in* “Microeconomia: princípios básicos”, tradução da 5ª ed. americana de Ricardo Inojosa e Mara José Cyhlar Monteiro – Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 15.



seguisse comprar o bem desejado por R\$ 51,00 (cinquenta e um reais), teria sofrido uma diminuição de seu bem-estar, em que pese a pequena diferença entre o valor previamente disponibilizado e o valor efetivamente despendido, ou seja, a pequena diminuição relativa de seu patrimônio, a referida compra demandou um desrespeito ao limite por ele previamente imposto, o que acarretou num desequilíbrio de ganhos entre ele – o consumidor – e o produtor, que conseguiu efetuar a venda do bem por um preço superior ao que o consumidor estava inicialmente disposto a pagar. Nesse caso em particular, constata-se uma ineficiência de Pareto<sup>17</sup>, vez que ocorreu um aumento de bem-estar do produtor em detrimento do bem-estar do consumidor.

Em regra, o consumidor busca no mercado bens e serviços de melhor qualidade e menor preço possível, enquanto que o produtor procura vender um bem ou serviço que demande menos recursos para sua produção, o que pode significar um bem ou serviço de pior qualidade ou não, pelo maior preço possível. Assim, quando um consumidor consegue comprar um bem por um preço inferior ao que estava disposto a pagar, isso acontece porque o produtor aceitou vendê-lo nessas condições, abrindo mão de parte do seu ganho, do seu lucro propriamente dito, que eventualmente adviria da transação. Nesse momento, deu-se a transferência de parte do excedente do produtor para o consumidor, gerando uma alocação diferente de riquezas, representada pelo ganho de bem-estar do consumidor, e perda do bem-estar do produtor, de outra parte.<sup>18</sup>

De outra forma, quando um consumidor adquire um bem por um preço superior ao que inicialmente estava disposto a pagar, isso acontece porque o consumidor aceitou despendar mais de seu patrimônio, abrir mão de mais uma fatia de sua riqueza, para efetuar a transação. Nessa situação, ocorreu a transferência de parte do excedente do consumidor para o produtor, gerando uma alocação de riquezas diferente da descrita anteriormente, representada pela perda de bem-estar do consumidor e ganho de bem-estar pelo produtor, em consequência.

A bem da verdade, a alocação de riqueza descrita acima não necessariamente implicaria em perda de bem-estar para o consumidor, uma vez que o ganho para o produtor poderia vir a ser convertido em melhorias tecnológicas, por exemplo, o que em médio-longo prazo lhe traria benefícios maiores que o eventual ganho que poderia ter sido gerado a partir da negociação das alpargatas.

<sup>17</sup> VARIAN, Hal R. *in* “Microeconomia: princípios básicos”, tradução da 5ª ed. americana de Ricardo Inojosa e Mara José Cyhlar Monteiro – Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 15.

<sup>18</sup> MANSFIELD, Edwin *in* “Microeconomia: teoria e aplicações”, tradução de José Edgard da Mota Freitas e Mario Fonseca Gelli; revisão técnica de Dionísio Dias Carneiro Netto – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Campus, 1980, p. 263.

Assim, o verdadeiro bem-estar não significa apenas o ganho financeiro em uma transação, mas a melhor alocação dos excedentes (do consumidor e do produtor) para a maximização dos ganhos globais no mercado.

O bem-estar do sistema, assim, residiria no alcance do equilíbrio entre os interesses das duas partes: consumidor e produtor, tarefa esta incumbida pelo Direito ao Antitruste.<sup>19</sup>

### 2.1. A questão da utilidade dos bens

Há ainda um fator muito importante a ser discutido quanto ao bem-estar do consumidor: a relatividade subjetiva, conforme o grau de utilidade<sup>20</sup> do bem ou serviço para cada consumidor específico.

Voltando-se um pouco ao exemplo das alpargatas, o ganho de bem-estar proporcionado pela compra do bem por R\$ 1,00 (um real) a menos do que o esperado pode causar níveis de bem-estar diversos, conforme a situação do consumidor. Em regra, quanto melhores as condições econômicas do consumidor, menos será sentido o acréscimo de bem-estar advindo da “pequena” economia na compra das alpargatas. O que também pode ser relativizado pelo grau de utilidade atribuído àquele bem.

A utilidade é um conceito econômico que diz respeito à mensuração do prazer ou satisfação que uma determinada cesta de bens proporciona a um consumidor. Tal conceito está intimamente ligado a gostos e preferências do consumidor, que atribui a um bem ou serviço um valor subjetivo específico.<sup>21</sup> Assim, se um consumidor de ótima condição econômica busca adquirir a tal alpargata para que possa utilizá-la em uma festa, o que para ele seria muito importante e proporcionaria imensa satisfação, a utilidade por ele atribuída à alpargata poderia alcançar os níveis máximos de sua preferência num dado momento, o que o colocaria disposto a despendar muito mais que os R\$ 50,00 cobrados pelo bem. E mesmo que por ele pagasse o triplo, ainda assim, estaria muitíssimo satisfeito com sua compra, vez que a satisfação provocada suplanta a relativa perda de seu bem-estar como consumidor, e a efetiva diminuição de patrimônio, talvez indiferente ante o grande montante de que dispõe.

<sup>19</sup> MANSFIELD, Edwin *in* “Microeconomia: teoria e aplicações”, tradução de José Edgard da Mota Freitas e Mario Fonseca Gelli; revisão técnica de Dionísio Dias Carneiro Netto – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Campus, 1980., p. 389.

<sup>20</sup> MANSFIELD, Edwin *in op. cit.*, p. 42.

<sup>21</sup> MANSFIELD, Edwin *in op. cit.*, p. 42.



Todavia, se pegássemos o mesmo exemplo em circunstâncias diversas, se o abastado consumidor não tivesse nenhum fator que o impulsionasse a querer aquele bem da mesma maneira, muito provavelmente não estaria disposto a adquirir as alpargatas por nem R\$ 1,00 (um real) a mais do valor por ele previamente disponibilizado, que poderia até ser mais que os R\$ 50,00 disponibilizados por outro consumidor. Isto porquê a utilidade por ele atribuída ao bem seria bem menor, face à ausência de intensidade subjetiva do seu desejo pelas alpargatas.

Agora, imagine-se que um outro consumidor, menos abastado e que precise das alpargatas para trabalhar como feirante, queira comprar as mesmas alpargatas, pois necessita delas para o desenvolvimento das atividades que lhe proporcionam riqueza. Não obstante o alto grau de utilidade por ele atribuído ao bem, provavelmente, não estaria ele disposto a despender muito mais que R\$ 50,00 (cinquenta reais), vez que seus recursos são mais escassos, e o eventual gasto de R\$ 1,00 (um real) a mais além do esperado poder-lhe-ia causar uma diminuição de bem-estar significativa.

Em regra, para os consumidores quanto melhor for a qualidade do material utilizado nas alpargatas e melhor o seu “design” anatômico (resultado de avanços tecnológicos patrocinados pelo produtor para o melhoramento do produto posto à venda), maior conforto proporcionaria a quem o adquirisse. Todavia, tal critério também poderá ter peso relativo para cada consumidor.

No exemplo do consumidor que necessita das alpargatas para utilizá-las apenas na ocasião da festa, talvez o fato das alpargatas não possuírem uma qualidade tão boa não significasse muito, a ponto de influenciar na compra do bem, vez que só a utilizaria nesta única oportunidade. Ou talvez para ele, acostumado com bens sempre de ótima qualidade, a má qualidade das alpargatas postas à venda pudesse influenciá-lo de maneira decisiva pela desistência da compra e busca de outra alternativa.

Já no exemplo do consumidor que necessita das alpargatas para trabalhar, talvez o fato de não possuírem uma qualidade tão boa influenciasse bastante na decisão pela compra do bem, dado que teria de utilizá-las todos os dias, o que poderia vir a lhe trazer problemas de saúde por conta de eventuais feridas nos pés, implicando em eventuais gastos maiores com remédios em médio prazo. Ou talvez para ele não restassem muitas alternativas senão adquirir o bem, tendo em vista a limitação de seus recursos, o que o torna quase que “obrigado” a comprar aquelas alpargatas ao preço máximo de R\$ 50,00 (cinquenta reais), ou abrir mão delas e optar pela compra de outro tipo de calçado para trabalhar, talvez menos adequado.

Todos os exemplos dados serviram apenas para demonstrar a subjetividade do grau de utilidade atribuído a cada bem ou cesta de bens. Resta claro,

portanto, que a utilidade de um bem ou serviço está intimamente ligada à demanda de cada consumidor por ele.<sup>22</sup>

Desta forma, conclui-se que o bem-estar do consumidor, no sentido da realização do seu interesse em adquirir um determinado bem ou usufruir um serviço, é diretamente afetado pela utilidade a ele atribuída. Assim, para medirmos o seu real aumento não basta apenas levar-se em conta a transferência de parte do excedente do produtor para o consumidor, mas o bem-estar que aquele bem adquirido ou serviço usufruído provoca na vida do consumidor. O resultado desse ganho de bem-estar aos consumidores em geral será medido pela soma dos ganhos agregados obtidos com as trocas efetuadas no mercado.<sup>23</sup>

### 3. Bem-estar do consumidor – perspectiva histórica do conceito no âmbito internacional

A introdução da preocupação formal com o “bem-estar do consumidor” deu-se com o *Sherman Act*, primeira lei a respeito do assunto promulgada nos E.U.A., que constituiu marco inicial para o Direito Antitruste mundial. O fenômeno motivador da elaboração da referida norma foi o movimento de reação (até mesmo popular) contra a formação dos “trusts” – conluio de poderosas empresas que faziam uso do poder econômico de que detinha no mercado americano.<sup>24</sup>

Nesse contexto, a diminuição do poder de escolha dos consumidores<sup>25</sup>, devido às conseqüências geradas pela produção de monopólios e cartéis sobre os preços, foi fator determinante na história legislativa do *Sherman Act*, no tocante à promoção do “bem-estar do consumidor” (*consumer welfare*).<sup>26</sup>

<sup>22</sup> MANSFIELD, Edwin in “Microeconomia: teoria e aplicações”, tradução de José Edgard da Mota Freitas e Mario Fonseca Gelli; revisão técnica de Dionísio Dias Carneiro Netto – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Campus, 1980, p. 263.

<sup>23</sup> VARIAN, Hal R. in “Microeconomia: princípios básicos”, tradução da 5ª ed. americana de Ricardo Inojosa e Mara José Cyhlar Monteiro – Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 265.

<sup>24</sup> FORGIONI, Paula in “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 367.

<sup>25</sup> AVERITT, Neil W. e LANDE, ROBERT H. in “A Escolha do Consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor”, Revista do Consumidor, n° 45, p. 26 e s.

<sup>26</sup> BORK, Robert apud SALGADO, Lúcia Helena in “A Economia Política da Ação Antitruste” – São Paulo: Editora Singular, 1997, p. 87.; e “Formas de Abuso de Poder Econômico”, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – nova serie – RDM. — 26, 66,41, /abr-jun /1987, p.45 e s.

Não obstante a efetivação desse primeiro importante esforço, o *Sherman Act* não trazia a disciplina do processo de concentração de empresas já tão presente na economia estadunidense, na época. Tal hiato deu ensejo ao surgimento, quinze anos depois, do *Clayton Act*, que, além de restringir a realização de atos de concentração, trazia a tipificação de algumas práticas restritivas e a respectiva condenação, tais como a venda casada, a aquisição de controle de outras companhias com mais de um milhão de dólares de capital social<sup>27 28</sup>, participação cruzada<sup>29</sup>, discriminação de preços<sup>30</sup> etc.

Outrossim, um importante marco na disciplina antitruste americana que revela preocupação essencial com o bem-estar do consumidor foi o *Robinson-Patman Act* de 1936, que consistiu em mais um reforço ao *Clayton Act* no combate à discriminação de preços entre os consumidores.<sup>31</sup>

Cumprе ressaltar que, o período em que se deu a normatização acima descrita foi marcado pelo começo e fim da Primeira Guerra Mundial, a crise de 1929 e seus nefastos efeitos para a economia mundial e o início da Segunda Grande Guerra. Logo, em meio a esse cenário conturbadíssimo, em que os agentes econômicos buscavam desesperadamente sua sobrevivência num mercado desestruturado e voltado para a guerra, e que, muito provavelmente, em nome dessa busca cometiam uma série de abusos contra os consumidores, a preocupação do legislador em coibir tais práticas revelou-se de extrema conveniência, tendo em vista a escassez geral de recursos disputados vorazmente por produtores e consumidores.

Com a recuperação da economia mundial, que nos idos dos anos 80 já experimentava a filosofia neoliberal refletida na explosão das grandes concentrações econômicas que marcou a época, teve lugar o surgimento de doutrinas econômicas nascidas em Faculdades de Economia americanas, conhecidas como Escola de *Harvard* e Escola de *Chicago*.<sup>32</sup>

A Escola de *Harvard* teve seu início na década de 40 sob a plataforma da defesa da manutenção de uma concorrência mínima, por meio da coibição de excessivas concentrações econômicas, que por conta da diminuição de atores no mercado, prejudicaria o consumidor por meio da estipulação de preços artifi-

<sup>27</sup> FORGIONI, Paula in “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 74.

<sup>28</sup> [www.encyclopedia.com/html/C/ClaytonA1A1.asp](http://www.encyclopedia.com/html/C/ClaytonA1A1.asp)

<sup>29</sup> [www.encyclopedia.com/html/C/ClaytonA1A1.asp](http://www.encyclopedia.com/html/C/ClaytonA1A1.asp)

<sup>30</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Clayton\\_Antitrust\\_Act](http://en.wikipedia.org/wiki/Clayton_Antitrust_Act)

<sup>31</sup> [http://en.wikipedia.org/wiki/Robinson-Patman\\_Act](http://en.wikipedia.org/wiki/Robinson-Patman_Act)

<sup>32</sup> FORGIONI, Paula in “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 154.

ciais típicos de monopólio, implicando a apropriação do excedente do consumidor pelo produtor, e também a diminuição das opções de produtos oferecidos e preços, ferindo igualmente o bem-estar do consumidor.

Com base nisso, a Escola de *Harvard* defendia o incremento e a manutenção de um número mínimo de agentes atuando no mercado, não revelando outra preocupação senão a conservação da concorrência, vez que considerada um fim em si mesma.<sup>33</sup> Ademais, desenvolveu o paradigma econômico da “eficiência produtiva”, que implicava a análise da alocação de recursos sob a perspectiva da empresa, representada no nível de dispêndio necessário para a produção de um certo bem.<sup>34</sup>

Para os autores pertencentes a essa Escola, a racionalidade econômica da produção da empresa estava na sua capacidade de geração de economia de escala, que seria a economia dos custos com recursos utilizados na produção de um bem por conta do aumento da própria produção, o que refletiria na economia dos recursos sociais, permitindo a alocação dos recursos economizados em outras atividades necessárias à satisfação de alguma utilidade.<sup>35</sup>

A Escola de *Chicago*, que influenciou a economia americana a partir da década de 80, trouxe uma grande contribuição à disciplina antitruste: a real preocupação com a “eficiência alocativa” do mercado, baseada na “eficiência de Pareto”<sup>36</sup>, que privilegia o bem-estar dos consumidores.<sup>37</sup>

Nessa linha, a análise antitruste deveria se preocupar com os potenciais e reais efeitos advindos de uma prática ou de uma concentração, que deveriam ser sopesados com os benefícios gerados, para então se condenar ou autorizar sua manutenção. Assim, se no final das contas houvesse um acréscimo de bem-estar aos consumidores, o Estado não teria porquê interferir, pois, de acordo com a “regra da razão”, a conduta ou ato estaria justificado, na medida em que gerasse benefícios maiores que eventuais prejuízos, no contexto da análise final da alocação de eficiências.

Robert Bork, um dos principais representantes da Escola de Chicago é um dos maiores defensores do papel preponderante do bem-estar do consumidor na interpretação de dispositivos antitruste. Em sua obra “The Antitrust Paradox”<sup>38</sup>

<sup>33</sup> FORGIONI, op. cit., p. 157.

<sup>34</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto in “Direito Concorrencial – as estruturas” – São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.168.

<sup>35</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto in op. cit., p.169.

<sup>36</sup> Vide página 13 deste trabalho.

<sup>37</sup> FORGIONI, op. cit., p. 160.

<sup>38</sup> “The Antitrust Paradox; a Policy at War with Itself”, New York, Basic Books, 1993, p. 81.

ele afirma que a utilização desse critério traz maior segurança e previsibilidade jurídica, na medida em que se estabelece um “critério econômico” único e objetivo. Confira-se:

“(…) Não obstante, o múltiplo objetivo da lei antitruste parece muito atrativo a muita gente, que pode até ser válido sugerir uma das maneiras pelas quais o objetivo único do bem-estar do consumidor é superior. O apego exclusivo ao bem-estar do consumidor é superior, pois (1) proporciona previsibilidade jurídica, (2) concentra as decisões políticas e legislativas no Congresso (Americano), ao invés de nas Cortes, (3) mantém a integridade do processo legislativo, (4) requer distinções econômicas reais, (5) evita regras arbitrárias e anti-consumeristas. Uma abordagem múltipla não atinge nenhuma dessas coisas”.

Com efeito, Bork considera ser a pretensão única do antitruste, este inseparável da Economia, a eficiência alocativa, que legitima a busca por soluções exatas e invariáveis fornecidas pela ciência econômica.<sup>39</sup>

A respeito da análise da eficiência alocativa sob a perspectiva do bem-estar do consumidor, o autor assevera:

“O Antitruste diz respeito ao efeito do comportamento dos negócios sobre os consumidores. (...) O bem-estar do consumidor é maior quando os recursos econômicos da sociedade são alocados de forma a propiciar aos consumidores a satisfação de suas vontades na medida dos avanços tecnológicos. O bem-estar do consumidor é, nesse sentido, meramente outro termo para riqueza da nação”.

O posicionamento cético pela “Escola de Chicago”, no que tange ao funcionamento do mercado, reflete-se na importância da autonomia atribuída por Bork aos consumidores na escolha entre os produtos postos a venda, conforme os trechos:

“O bem-estar do consumidor, como termo utilizado pelo antitruste, não tem nenhuma implicação suntuosa ou ética, mas permite aos consumidores definir, pela expressão de suas vontades no mercado, a que coisas eles atribuem riqueza”.

(...)

Tanto a produção como a distribuição de bens e serviços é organizada de acordo com a escala de valores que os consumidores escolhem, por conta de seu desejo de adquirir.

<sup>39</sup> FORGIONI, Paula *in* “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 162.



(...)

Uma vez que um sistema livre de mercado assume que os consumidores determinam seu próprio bem-estar, conseqüentemente, a eficiência produtiva consiste no oferecimento de qualquer coisa, seja bem ou serviço, pela qual o consumidor esteja disposto a pagar”.

No que cerne à necessidade de comprovação de eficiências para a aprovação de um ato de concentração, destaca:

“A missão da Lei é preservar, melhorar e reforçar os mecanismos econômicos poderosos capazes de compelir as empresas a responder aos consumidores. Do ponto de vista “social”, esse processo pode ser visto por dois aspectos, (a) a transmissão ou *alocação* das forças produtivas disponíveis e materiais entre várias indústrias e (b) a coordenação efetiva dos vários resultados da produção de cada indústria em tais grupos produzirá os melhores efeitos. (...) Esses dois fatores podem ser convenientemente chamados de *eficiência alocativa*. (...) Esses dois tipos de eficiência compõem a eficiência geral que determina o grau de riqueza da nossa sociedade ou o bem-estar do consumidor. A tarefa do antitruste pode ser resumida no melhoramento da eficiência alocativa sem prejudicar muito a eficiência produtiva, de modo a não produzir nem ganho nem perda ao bem-estar do consumidor”.

Outro importante doutrinador estrangeiro da Escola de *Chicago* que se posicionou a respeito do objetivo do antitruste como sendo a maximização do bem-estar do consumidor foi o também americano Herbert Hovenkamp. Apesar de se colocar como partidário dessa tese, adota um posicionamento mais amplo por considerar o bem-estar do consumidor como equivalente ao bem-estar da sociedade (coletividade). Tal argumento se pauta no fato de que, para o autor, todos são consumidores<sup>40</sup>, tendo-se em conta a sociedade capitalista de consumo. Confira-se:

“De fato o bem-estar do consumidor implica a observação de que qualquer um é consumidor. Uma política antitruste de maximizar o bem-estar advindo dos pequenos negócios deverá ser considerada como distributiva, vez que ela forçaria a transferência de recursos de um grupo de pessoas (consumidores ou grandes empresas) para outro grupo (pequenas empresas), mesmo que tal transferência possa não propiciar benefícios à sociedade como um todo. Uma vez

<sup>40</sup> HOVENKAMP, Herbert in “Federal Antitrust Policy: the Law of Competition and its Practice”, St. Paul, Minn., second edition, Hornbook Series, West Group, 1999, p. 76.

que todos nós somos consumidores, uma política antitruste de maximização do bem-estar do consumidor é uma política de maximização do bem-estar de todos, ao menos no que diz respeito à capacidade de consumir”.

Porém, nesse sentido pondera:

“Se ‘maximizar o bem-estar do consumidor’ é simplesmente um sinônimo de ‘maximizar o bem-estar de todos’, então nós continuamos sem ter uma previsão utilizável como parte de uma política antitruste, mas apenas a homilia de que a melhor política antitruste é aquela que torno todos melhores”.

Na prática, conforme Hovenkamp, a busca pela máxima *eficiência alocativa* se configura como consequência da opção pelo *princípio do bem-estar do consumidor* como norte da análise antitruste. A esse respeito, conclui que tal relação se dá mediante o direcionamento da economia para uma maior produção e colocação de mercadorias a preços mais baixos no mercado. Assim, seguindo-se o raciocínio do autor, seria possível que menor parte do “excedente” do consumidor seja transferido para o “excedente” do agente econômico. Confira-se:

“O princípio do bem-estar do consumidor em usos se tornou idêntico ao princípio de que as leis antitrustes deveriam lutar pela ótima eficiência alocativa. Talvez, uma alternativa mais crua seria a de que uma política antitruste guiada pelo princípio do bem-estar do consumidor escolhe esta via que a maior produção e aos menores preços no mercado em questão”.

A grande crítica feita à Escola de *Chicago* é a de que ela aproxima demasiadamente a Ciência Econômica do Direito Antitruste, induzindo ao deletério engano da busca de tutela jurídica pela Economia.<sup>41</sup>

Uma outra doutrina preocupada com o bem-estar do consumidor merece destaque: a Escola de *Virginia* ou da *Public Choice*. Trata-se de mais uma corrente neoliberal do pensamento econômico, com origens no final da década de 50, que propugna a aplicação das premissas da microeconomia neoclássica ao comportamento político dos indivíduos.

Essa Escola parte de três premissas básicas, a saber: (i) o homem é um ser econômico e racional, que procura maximizar seus resultados a partir da alocação ótima de seus recursos escassos; (ii) a lógica de escolha do homem

<sup>41</sup> FORGIONI, Paula in “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 163.

corresponde à sua escala de preferências; e (iii) concorrência perfeita é o mesmo que indivíduos atomizados e informação razoavelmente distribuída e bens relativamente homogêneos, em um modelo próximo ao auto-ajustado.

Logo, nota-se o resgate da preocupação com o bem-estar coletivo, na medida em que o modelo da alocação ótima dos recursos é tido como paradigma a ser seguido pelas demais instituições sociais. Trata-se de uma ampliação do sentido do conceito de bem-estar admitido no microcosmos do regramento do comportamento econômico para o macrocosmos do regramento social, fenômeno este denominado como “Economia Constitucional” por esta Escola.

Em larga medida, a doutrina da *Public Choice* seria uma nova leitura do contrato social como uma reconstrução da ordem social e política que reflita os postulados microeconômicos.<sup>42</sup>

Por fim, há que se falar da influência européia na evolução do conceito de bem-estar do consumidor, contribuição esta de suma importância, muito absorvida pela legislação antitruste brasileira.

Como é cediço, a disciplina antitruste na Europa é eminentemente instrumental, o que significa dizer que está condicionada aos fins da própria Comunidade Econômica Européia (“CEE”), conforme dispõem os artigos 2º e 3º do Tratado da CEE. Logo, de acordo com essa visão, ao contrário da americana, a perspectiva européia é a de que a concorrência não é um fim (eficiência econômica ou bem-estar do consumidor) em si mesma, mas um instrumento para a concretização do fim maior da União Européia: o bem-estar social.<sup>43 44</sup>

Em nome desse bem-estar, admite-se até o sacrifício da concorrência. Deste modo, a autorização de grandes concentrações no mercado europeu se torna bastante razoável, para fazer frente à concorrência com as empresas japonesas<sup>45</sup>, por exemplo. Ocorre que sobre essa mesma autorização dada recai um paradoxo: ao mesmo tempo em que se fomenta a concentração das empresas, combate-se medidas protecionistas tomadas pelos Estados que fornecem subsídios a determinados setores de sua economia.<sup>46</sup>

<sup>42</sup> Sobre *Public Choice* ver [www.debatedouro.com.br/edicoes/debat45.pdf](http://www.debatedouro.com.br/edicoes/debat45.pdf)

<sup>43</sup> FORGIONI, Paula in “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 164.

<sup>44</sup> [www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc\\_trab\\_27.PDF](http://www.fazenda.gov.br/seae/documentos/doctrabalho/doc_trab_27.PDF)

<sup>45</sup> FORGIONI, Paula in “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 166.

<sup>46</sup> FORGIONI, Paula in op. cit., p. 166.



#### 4. Preocupação brasileira com a alocação de riquezas – Constituição Federal de 1988 e a lei nº 8.884/94 e sua proposta de mudança

##### 4.1. A preocupação do constituinte

Na Constituição pátria, base de todo o nosso ordenamento jurídico, há a distinção dos princípios balizadores da Ordem Econômica e Financeira em seu art. 170, dentre os quais destaca-se para análise: o da livre iniciativa (art. 170, “caput”), o da livre concorrência (art. 170, IV) e o da defesa do consumidor (art. 170, V), dos quais derivaram as ramificações: Direito da Concorrência e Direito do Consumidor, que também é previsto no inciso XXXII de seu art. 5º da Carta.

O princípio da *livre iniciativa*, conforme José Afonso da Silva, está relacionado com a liberdade de que goza cada agente econômico para empreender suas atividades produtivas, escolhendo-as e desenvolvendo-as sem intervenção estatal. Trata-se, porém, de uma liberdade regulamentada, legitimada pelo interesse da justiça social. Assim, a liberdade de iniciativa procura garantir o acesso não restrito ao mercado por qualquer um, como uma projeção das liberdades individuais.<sup>47</sup>

A *livre iniciativa* e a *livre concorrência* não se confundem, pois, apesar de se tratarem de vertentes da “liberdade”, a livre concorrência se configura como um meio para a concepção conceitual da livre iniciativa. Neste mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal, que em julgamento do Recurso Extraordinário nº 193749/SP afirmou que “o princípio constitucional da livre concorrência (...) é uma manifestação da liberdade de iniciativa econômica privada”.

A *livre concorrência* diz respeito à liberdade de permanência no mercado através da disputa pela clientela, no exercício autônomo de suas atividades. Sua observância busca evitar, pelo menos no plano teórico, a concentração do poder econômico e o abuso que dela pode decorrer. Para Luiz Gastão de Paes de Barros Leães, a determinação de preços dos bens e serviços deve, portanto, ser resultado do jogo livre das forças de mercado, sempre atendendo ao fim de trazer benefícios à comunidade.<sup>48</sup>

O inciso V do já referido artigo traz a *defesa do consumidor*, reforçando a importância deste princípio já mencionado no art. 5º, XXXII, como um princípio que visa garantir a proteção do consumidor contra os atos atentatórios do fornecedor, de forma a manter o equilíbrio maior da Ordem Econômica. As figuras

<sup>47</sup> SILVA, José Afonso da *in* Curso de Direito Constitucional Positivo, 7ª ed., Ed. RT, p.667

<sup>48</sup> LEÃES, L.G. Paes de Barros *in* O ‘dumping’ como Forma de Abuso do Poder Econômico, RDM 91/5, p.9. citado por Sérgio Varella Bruna *in* O Poder Econômico e a Conceituação do Abuso em seu Exercício – São Paulo, 1ª ed, Ed. RT, 2001, p. 135.



“consumidor” e “fornecedor” encontram-se conceituadas no próprio Código Brasileiro do Consumidor: o “consumidor” como sendo “toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”, e o “fornecedor” como “toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Portanto, o próprio Constituinte no processo de elaboração da Carta federal ao alocar separadamente o tratamento dos princípios da *livre iniciativa*, da *livre concorrência* e da *defesa do consumidor* demonstrou que se trata de matérias distintas, e que por isso merecem atenção diferenciada.

O Direito da Concorrência surge com desdobramento do Direito Público, e, portanto, segue normas de Direito Administrativo e de Processo Administrativo, devendo observar seus princípios (constantes em sua maioria no art.37, *caput* da CF/88). Assim, no processo uma das partes obrigatoriamente é o Estado, e este mesmo Estado é também responsável pela promoção de tutela.

Na análise de uma relação de mercado, parte-se do pressuposto da paridade entre as partes, pois estas para permanecerem no mercado devem dispor de condições competitivas suficientes. Assim, não são concedidos privilégios de nenhuma espécie à parte que ora figura um processo.

No caso do exame de uma relação de consumo, parte-se de uma presunção de vulnerabilidade do consumidor na relação, posto que o consumidor não dispõe do controle sobre os bens de produção e, por isso deve submeter-se ao poder de controle dos bens de produção detido pelos fornecedores. Ainda, não dispõe do conhecimento a respeito do produto posto em oferta o que lhe confere uma posição de dependência em relação às informações prestadas pelo fornecedor, além, é claro de necessitar despende recursos para poder adquirir um produto, o que lhe ocasiona diminuição de patrimônio.<sup>49</sup> Compartilha dessa idéia o Prof. Eros Grau ao afirmar que o consumidor é aquele que está “em posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo”.<sup>50</sup>

Assim, ao eleger tanto com o produtor como o consumidor como balizas da Ordem Econômica, demonstrou o Constituinte estar preocupado com a

<sup>49</sup> “Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto” – Rio de Janeiro, 6ª ed., Ed. Forense Universitária, 2000, p.27.

<sup>50</sup> GRAU, Eros Roberto *in* A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica) – São Paulo, Ed. RT, 1990, p.254.

alocação das riquezas geradas para as duas partes, na medida em que foi conferido igual tratamento pelo texto constitucional.

#### 4.2. A lei nº 8.884/94 – A lei antitruste brasileira

O Direito da Concorrência é regulado pela Lei nº 8.884/94 (“Lei Antitruste”), que tem por finalidade 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”, sendo que a caracterização deste abuso está nela especificamente definida. Ainda, compõe o arcabouço normativo do Direito da Concorrência legislação esparsa.

Assim, como nos ensina Luis Cabral de Moncada<sup>51</sup>, é objetivo das leis de defesa da concorrência garantir um comportamento e estrutura concorrenciais do mercado segundo um pressuposto de liberdade legitimada, selecionando os mais capazes.

No parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.884/94, a coletividade é apontada como titular dos bens jurídicos protegidos. Nesta mesma linha, ainda, argumenta Moncada<sup>52</sup> ao atribuir à legislação concorrencial um caráter de direcionadora da produção para os setores susceptíveis de assegurar melhor satisfação das necessidades dos consumidores (representados na coletividade) e, concomitantemente, a mais eficiente afetação dos recursos econômicos disponíveis, qual sejam, os mais baixos custos e preços.

Logo, os destinatários da proteção promovida por essa Lei englobam os agentes de mercado, produtores dos “produtos” ou prestadores de serviços postos à venda, em outras palavras, os fornecedores. Os consumidores aproveitam dos benefícios conferidos por ela como consequência da manutenção das condições do mercado livre e organizado, mas não são eles os imediatamente tutelados pelo legislador.<sup>53</sup>

De forma imediata, portanto, os fornecedores são os tutelados, ao passo que de forma mediata o consumidor, por via reflexa, é beneficiado pela lei antitruste. Assim, de uma forma ou de outra, assim como na Constituição, não há

<sup>51</sup> MONCADA, Luis Cabral de *in* Direito Econômico, 2. ed., Coimbra Ed., p.313. citado *in* BASTOS, Celso Ribeiro e MARTINS, Ives Gandra *in* Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988 – São Paulo: Saraiva, 7º vol., 1998, p. 27.

<sup>52</sup> MONCADA, Luis Cabral de *in op. Cit.*

<sup>53</sup> FORGIONI, Paula A. *in* Os Fundamentos do Antitruste – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 250

que se falar em privilégio de nenhuma das partes quanto ao gozo da proteção do Estado, uma vez que os malefícios que se busca evitar com a lei implicam em perda de riqueza de maneira ampla. Logo, a tutela do produtor e do consumidor, ainda que indiretamente, não desequilibra o jogo da alocação de riquezas, embora não haja nenhuma disposição expressa na lei quanto a isso.

#### 4.3. A proposta de mudança

Atualmente, está em trâmite no Congresso Nacional Brasileiro “Proposta de Reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” revestida na forma de Projeto de Lei, elaborado “mediante o consenso obtido entre os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC)”.<sup>54</sup>

Tal Projeto transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), autarquia competente para julgar causas envolvendo Direito Antitruste, em Tribunal Administrativo, e reúne a Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE – MF), responsável pela análise econômica dos casos, e a Secretaria de Direito Econômico (SDE – MJ), responsável pela análise jurídica dos casos, em uma agência única, a Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC), que açambarcará as funções atualmente das duas Secretarias, alterando bastante a Lei n° 8.884/94.

Disposições versando sobre o bem-estar do consumidor constituem a inovação trazida pela proposta, que juntamente com a preocupação de promoção de bem-estar aos consumidores, têm em conta a geração de eficiências ao determinar os termos da análise antitruste. Para demonstração do afirmado, destaca-se: dois artigos contidos na “Proposta”:

“Art. 20. Constituem infração à ordem econômica, independentemente de culpa, os atos ou práticas comerciais sob qualquer forma manifestados, que possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos, ainda que não alcançados:

(...)

§4° Não constituem infração à ordem econômica, para efeito do disposto neste artigo, as condutas que promovam a eficiência e o bem-estar dos consumidores, e cujos benefícios cumulativamente:

I – não possam ser obtidos de outro modo que implique menores restrições ou prejuízos à concorrência; e

II – compensem as restrições causadas à livre concorrência, devendo ser compartilhados entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais.

<sup>54</sup> [www.cade.gov.br](http://www.cade.gov.br)

(...)

Art. 54. Serão submetidos à ANC e ao CADE os atos de concentração em que de fato ou de direito:

(...)

§7º Os atos (...) poderão ser autorizados, desde que promovam eficiência econômica e o bem-estar dos consumidores, cabendo ao requerente o ônus da prova, e cujos benefícios, cumulativamente:

I – não possam ser obtidos de outro modo que implique menores restrições ou prejuízos à concorrência; e

II – compensem as restrições causadas à livre concorrência, devendo ser compartilhados entre os seus participantes e os consumidores ou usuários finais”.

Como bem se vê, a Proposta de alteração da lei antitruste brasileira corresponde a um grande avanço na disciplina da concorrência, pois reforça ainda mais o seu caráter instrumental a serviço da Política Econômica do país e de promotora e fomentadora da alocação de eficiências, com vistas ao bem-estar coletivo e, especificamente, do consumidor.

## **5. Análise jurisprudencial no âmbito nacional – a introdução do bem-estar do consumidor como vetor de análise antitruste**

A análise antitruste no Brasil, tradicionalmente, sempre esteve ligada a questões ideológicas, aos efeitos em curto prazo gerados (relação custo-benefício), à existência de ineficiências econômicas e às demandas por igualdade.<sup>55</sup> A utilização do bem-estar do consumidor, portanto, como vetor de análise configura-se numa grande novidade no que diz respeito à análise de atos de concentração e condutas pelos órgãos antitrustes brasileiros.

Não obstante, há na jurisprudência administrativa alguns casos em que tal conceito foi ventilado, seja expressamente ou na forma de bem-estar da coletividade, especificamente no que diz respeito aos destinatários da tutela da Lei nº 8.884/94. A esse respeito, cite-se voto da ex-Conselheira Lúcia Helena Salgado:

“(...) cabe à autoridade antitruste zelar pelo interesse da coletividade, a quem serve o bom funcionamento do mercado. A atividade de defesa da concorrência por meio do exercício da função preventiva não é assunto de interesse privado

<sup>55</sup> [www.fazenda.gov.br/seae/docuemtnos/doctrabalho/doc\\_trab\\_n27..PDF](http://www.fazenda.gov.br/seae/docuemtnos/doctrabalho/doc_trab_n27..PDF)

mediado pelo poder público, trata-se da defesa do interesse da coletividade de cidadãos-consumidores (...) A lei tutela um bem, o mercado, cujo titular é a coletividade. Significa que nunca se trata de avaliar o dano que uma operação possa vir a causar sobre um ou outro agente, mas sim sobre o mercado”.<sup>56</sup>

Ainda, sobretudo no que cerne ao “bem-estar do consumidor”, há também julgados que se ocupam da análise da função do órgão antitruste de preocupar-se com a geração de benefícios, ou *eficiências*, gerados por uma operação que venham a compensar eventuais efeitos deletérios à concorrência.

Nesse sentido, conforme Lúcia Helena Salgado, caso se verifique potencial dano, é necessário que a operação apresente eficiências (benefícios) tais que compensem a redução da concorrência, de modo que o bem-estar da sociedade não sofra um decréscimo.<sup>57</sup>

Concretamente, a tendência de tratamento do bem-estar do consumidor como vetor da análise antitruste foi também demonstrada no parecer-técnico emitido pela Secretaria de Direito Econômico (SDE) no caso da reestruturação do pólo petroquímico de Camaçari.<sup>58</sup> No corpo do “parecer” há diversas menções à prioridade dada à “busca do bem-estar do consumidor” e ao “exame à luz do bem-estar do consumidor” procedido pela Secretaria quando da análise do ato de concentração.

Conforme o artigo 20,  $\pm 1^\circ$  da Lei n° 8.884/94, a eficiência econômica é a única justificativa mencionada para posição dominante em um determinado mercado, se configurando, portanto, como “excludente de ilicitude”.<sup>59</sup>

Nada obstante, vez que o consumidor é incluído como um dos beneficiários das eficiências alcançadas, sob a perspectiva de um determinado mercado relevante, há também julgados que contêm reflexão quanto à competência do CADE de assegurar a partilha das referidas eficiências pelas empresas com os consumidores. Nesse sentido, é a posição da mencionada ex-Conselheira, transcrita a seguir:

<sup>56</sup> SALGADO, Lúcia Helena *in* “Notas sobre os Fundamentos da Análise Antitruste e a Prática Brasileira. Restrições Verticais e Atos de Concentração” – [www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadoc](http://www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadoc)

<sup>57</sup> SALGADO, Lúcia Helena *in* “Notas sobre os Fundamentos da Análise Antitruste e a Prática Brasileira. Restrições Verticais e Atos de Concentração” – [www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadoc](http://www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadoc)

<sup>58</sup> Ato de Concentração n° 08012.005799/2001-92.

<sup>59</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto *in* “Direito Concorrencial – As Condutas” – São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 81.



“A lei antitruste brasileira é clara quanto à necessidade de demonstração de ganhos econômicos que neutralizem o dano à concorrência, quando verificado. Claríssima é ainda quando menciona a necessidade de que tais ganhos sejam compartilhados com os consumidores. Se hoje a boa doutrina e prática ensinam que é preciso partir-se de uma presunção de eficiência como o moto, a racionalidade da operação, para a autoridade antitruste quando examina a geração de eficiência a questão é como compartilhadas, se apenas incorporadas pelas empresas na forma de redução de custos e aumento de lucros ou se compartilhadas com os consumidores, na forma de produtos melhores, ou se compartilhadas com os consumidores, na forma de produtos melhores, mais baratos e de maior variedade”.<sup>60</sup>

O “bem-estar do consumidor” também foi tratado pela jurisprudência do CADE em algumas oportunidades ao longo dos últimos anos, porém o tema não foi profundamente abordado. Nos julgados, nota-se com frequência a associação entre ganhos de eficiência e o bem-estar do consumidor. Nessa linha, cite-se o voto do ex-Conselheiro Mércio Felsky como relator do Ato de Concentração cujas requerentes eram a White Martins S.A. e Unigases Comercial Ltda, julgado em 1.9.1999:

“De fato, a operação no mercado relevante da Região Sudeste gerou Substancial Poder de Mercado à White Martins sem que tenha percebido que as eficiências alegadas pelas requerentes tenham se convertido em aumento de bem-estar ao consumidor. Porém, é sempre problemático na análise *antitruste* pós-fato impor alterações de decisões de investimento de agentes privados já implementadas, como alienação de ativos, a menos que não se vislumbrem outras alternativas ao órgão *antitruste* no desempenho de suas funções de defesa da concorrência. No entanto, como lembra a Conselheira Lúcia Helena Salgado no mesmo voto mencionado acima “cabe ao CADE por outro lado – no desempenho de sua função preventiva – impedir que por razões alheias à eficiência econômica e por força do uso abusivo do poder de mercado – *players* independente e economicamente eficientes sejam de forma irreversível inviabilizados, reduzindo o bem-estar da sociedade”<sup>61</sup>

<sup>60</sup> SALGADO, Lúcia Helena in “Notas sobre os Fundamentos da Análise Antitruste e a Prática Brasileira. Restrições Verticais e Atos de Concentração” – [www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadoc](http://www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadoc)

<sup>61</sup> Ato de Concentração n° 78/96



Ademais, em Consulta nº 38/99 formulada pelo Pensamento Nacional Das Bases Empresariais – PNBE, que se tornou conhecida como “Guerra Fiscal”, o ex-Conselheiro Marcelo Calliari como relator do caso posicionou-se em seu voto no sentido de destacar a importância do bem-estar do consumidor, colocado paralelamente aos ganhos de eficiências, como fim da política de concorrência, apoiando inclusive esta tese nos ensinamentos de Robert Bork. Seguem trechos desse acórdão de 22.3.2000:

“A concorrência constitui um dos elementos centrais nesse processo forçando empresas a utilizarem melhor seus recursos e insumos e a transferirem esses ganhos para a sociedade, em benefício do *bem-estar do consumidor*. (...)

Robert Bork, da escola de Chicago, no seu ‘Antitrust Paradox’, defende categoricamente que a defesa da concorrência deve ter como objetivo básico, senão único, a busca da máxima eficiência alocativa e, conseqüentemente, da maximização do bem estar do consumidor. Segundo ele, a interação de outros valores ou objetivos causaria insegurança entre os agentes econômicos e resultaria em decisões inconsistentes e ineficazes. Tal visão foi contestada mesmo nos Estados Unidos, por exemplo, por Areeda, Turner, Sullivan e Kovacic. Para este último, aliás, a jurisprudência predominante nos tribunais tem sido a de uma hierarquia de valores, dominada pela busca da máxima eficiência. Dominada, não limitada a ela.

No Brasil, dado o que reza a legislação (Lei nº 8.884/94, art. 1º) quanto aos ditames que orientam a aplicação das disposições antitruste, muitos autores defendem a existência de diversos e simultâneos objetivos a serem perseguidos pela atuação estatal na defesa da concorrência. Nenhum deles, no entanto, nega que a busca da eficiência e do bem-estar do consumidor tenha lugar de destaque, se não absolutamente central, dentre os objetivos da política de concorrência no Brasil. É também nessa direção, sem dúvida, que tem caminhado a experiência jurisprudencial do CADE.

De resto, é como vem se desenvolvendo a questão no âmbito internacional, como resume trabalho do Banco Mundial e da OCDE analisando a experiência de diversos países, detectando que “nas últimas duas décadas o foco tem sido em atingir eficiência econômica, de forma a maximizar o bem estar do consumidor”. Depois de reconhecer que em muitos casos são múltiplos os objetivos visados pelas diferentes legislações de concorrência, e sem questionar a legitimidade destes, conclui o mesmo trabalho que ‘... As visões articuladas neste e em capítulos subseqüentes deste volume sugerem que a administração e aplicação da lei e da política de concorrência deveriam conferir o maior peso à promoção da eficiência econômica e do bem estar do consumidor’.



Assim, independentemente de ser esse o único ou um dos principais objetivos, a política de concorrência - e seu aplicador - deve sim se preocupar com as condições e os estímulos existentes na economia para que se maximize o bem estar do consumidor. (...)

Da mesma forma, o campo de jogo de uma economia concorrencial, por meio e decisões descentralizadas de cada empresa e consumidor, ‘promove a alocação mais eficiente dos escassos recursos da sociedade, aumenta o bem estar do consumidor, e leva à eficiência dinâmica na forma de inovação, avanço tecnológico e do progresso da economia como um todo’. É sem dúvida, portanto, tarefa da defesa da concorrência assegurar que tais efeitos socialmente desejáveis não sejam bloqueados por práticas que impeçam o livre transcurso do jogo, como, por exemplo, uma falta ou a cooptação do adversário”.<sup>62</sup>

O nexo entre operações de concentração de agentes econômicos, o desenvolvimento de um país e o bem-estar da coletividade de cidadãos consumidores faz-se claro na medida em que a riqueza gerada através da atuação eficiente das empresas pode ser convertida em desenvolvimento tecnológico e vantagens ao consumidor.

A jurisprudência, portanto, também espousa o entendimento e que o bem-estar do consumidor é satisfeito por via reflexa, mormente por força do disposto no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 8.884/94, na medida em que um mercado bem regulado propicia mais opções de escolha e possibilita melhores preços.<sup>63</sup> Assim, confirma-se que os consumidores aproveitam dos benefícios conferidos por ela como consequência da manutenção das condições do mercado livre e organizado, mas não são eles os imediatamente tutelados pelo legislador.<sup>64</sup>

Atualmente, nota-se uma certa tendência à interpretação do conteúdo do parágrafo único referido artigo da Lei Antitruste de maneira a considerar os consumidores, por serem também beneficiários da tutela da concorrência, como os verdadeiros titulares dos bens jurídicos protegidos pela “lei” ao invés da coletividade. Tal tendência justifica-se pela não dissociação, no caso brasileiro, entre a disciplina das concentrações e a política econômica, característica comum ao caso europeu.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> Consulta nº 38/99

<sup>63</sup> AVERITT, Neil W. e LANDE, ROBERT H. *in* “A Escolha do Consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor”, Revista do Consumidor, nº 45, p. 36

<sup>64</sup> FORGIONI, Paula A. *in* “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 250

<sup>65</sup> FORGIONI, Paula *in* “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pp. 164-165,369.



Logo, o fim maior perseguido pelo Estado, que depende das prioridades determinadas pelo governo da época, norteará as diretrizes a serem seguidas pelos órgãos antitruste no exercício de suas atribuições, em razão do “caráter instrumental” da Lei Antitruste.

Assim, conforme o “Programa de Política Econômica e Reformas Estruturais” estabelecido pelo atual Governo, os ditames da “inclusão social”, da “transparência” e da “eficiência econômica nos setores público e privado” norteiam ideológica e politicamente a atuação da Administração Pública, inclusive no que diz respeito à defesa da concorrência. Tais ditames divergem dos que compunham o “Programa” do governo anterior. Portanto, a mudança ideológica introduzida pode ser considerada como um fator determinante para a “nova interpretação” conferida ao termo “coletividade” contido na Lei Antitruste.

## 6. Conclusão

O Direito Econômico, à luz da orientação constitucional destinada à “Ordem Econômica e Financeira”, possui caráter eminentemente instrumental, vez que seus princípios formadores são postos a serviço de um bem maior, o interesse coletivo, visando “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput* da CF/88).

Nesse contexto, insere-se a defesa da concorrência como garantidora de um mercado livre, organizado e selecionador dos mais capazes, cujos benefícios da tutela deverão ser revertidos à coletividade. Daí urge a necessidade do estudo da melhor alocação dos excedentes gerados pelas transações comerciais efetuadas no mercado brasileiro, com vistas à definição de um paradigma de eficiência norteador das Políticas Públicas, evitando assim o desperdício de riquezas.

Ademais, além da preocupação com a eficiência alocativa para o desenvolvimento econômico de uma sociedade (como o aproveitamento conjunto das eficiências geradas por concentrações), especialmente a brasileira, imprescindível preocupar-se com o fomento do desenvolvimento tecnológico do país, que torna a indústria nacional mais competitiva. Por outro lado, o oferecimento de produtos novos e melhores, bem atendendo às necessidades dos consumidores traria ganhos à Economia, gerando eficiência produtiva.<sup>66</sup>

Ainda, no que tange ao desenvolvimento econômico de um país, Paula Forgoni, ao interpretar as palavras de Marx, assevera que “a centralização do

<sup>66</sup> SALGADO, Lúcia Helena *in* “Notas sobre os Fundamentos da Análise Antitruste e a Prática Brasileira. Restrições Verticais e Atos de Concentração” – [www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadoc](http://www.abdf.com.br/%5cdocs%5clucia%20helena%20salgado%20e%20silvadoc)



capital na mão de poucos agentes econômicos faz com que se possa atingir um ‘progresso’ que não seria viabilizado (ou seria muito lento) caso o capital permanesse pulverizado em mãos de vários empresários”<sup>67</sup>, na medida em que os investimentos podem ser focalizados.

Logo, a definição de um parâmetro de eficiência alocativa não pode desconsiderar a importância da eficiência produtiva, no que diz respeito ao bem-estar do consumidor e da coletividade, sob pena de não lograr êxito no objetivo do aproveitamento ótimo dos recursos disponíveis no mercado.

No contexto de um país laico que aderiu à globalização econômica como o Brasil, as políticas públicas fazem parte do conjunto de diretrizes em que se baseia a “Política Econômica” nacional, cujo objetivo maior deve ser o de promover a estabilidade do mercado, de modo a propiciar segurança necessária aos investidores atuais e atrair eventuais novos investidores.

Investimentos são o que conferem à economia de um país sua motricidade, por meio da criação de empregos, crescimento das indústrias, atribuindo-lhe a competitividade necessária à conquista de novos mercados, e a conseqüente inserção no mercado internacional. Do contrário, a ausência de um ambiente concorrencial daria origem a um cenário verdadeiramente deletério, em que a economia terminaria por atuar como predadora de si própria, por conta dos abusos e da obsolescência do país diante dos demais na busca pela conquista dos mercados, sofrendo o consumidor prejuízos por via reflexa, devido à sensível redução no seu poder de escolha.

Diante disso, o fortalecimento da disciplina antitruste revela-se de extrema conveniência para o Brasil, haja vista sua grande demanda por investimentos em vários setores da Economia, que, infelizmente, não são suficientemente supridos pela iniciativa privada nacional, tampouco pelo Estado brasileiro.

Logo, a “Proposta de Reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência” revela-se uma iniciativa positiva no caminho do desenvolvimento. Nela reside a esperança do suprimento de diversas lacunas apresentadas a longo dos anos pelo atual sistema, que se concentra demasiadamente na análise de atos de concentração, ao invés de dedicar maiores esforços no combate a condutas anticompetitivas. Espera-se que a Proposta, caso aprovada e sancionada, contribua para o fomento e o fortalecimento de uma cultura antitruste e também para o aumento da credibilidade das autoridades antitrustes brasileiras. Assim, com a maior transparência dos procedimentos e da coordenação entre as autoridades e a sociedade, será possível tornar nosso sistema mais eficiente e

<sup>67</sup> FORGIONI, Paula *in* “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 363.

direcioná-lo de maneira mais firme e coerente ao fim maior constitucional de “assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

## 7. Bibliografia

LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* “Direito Econômico”, 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 13.

FARJAT, G. *apud* LEOPOLDINO DA FONSECA, João Bosco *in* “Direito Econômico”, 5ª ed. revista e atualizada – Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 17.

CLARK, John Maurice *in* “Instituições Econômicas e Bem-estar Social”, tradução de Álvaro Cabral – Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967, p. 114.

ROUSSEAU, Jean-Jacques, 1980, p. 32.

SILVA, José Afonso da *in* “Curso de Direito Constitucional Positivo”, 19ª ed., p.108.

NUSDEO, Fábio *in* “Curso de Economia – Introdução ao Direito Econômico”, 3ª ed. revista e atualizada – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, pp. 23-28.

MANSFIELD, Edwin *in* “Microeconomia: teoria e aplicações”, tradução de José Edgard da Mota Freitas e Mario Fonseca Gelli; revisão técnica de Dionísio Dias Carneiro Netto – 2ª ed. – Rio de Janeiro: Campus, 1980, pp. 389-414.

VARIAN, Hal R. *in* “Microeconomia: princípios básicos”, tradução da 5ª ed. americana de Ricardo Inojosa e Mara José Cyhlar Monteiro – Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 15.

FORGIONI, Paula *in* “Os Fundamentos do Antitruste” – São Paulo: Editora RT, 1998, p. 367.

AVERITT, Neil W. e LANDE, ROBERT H. *in* “A Escolha do Consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor”, Revista do Consumidor, nº 45, p. 26 e s.

SALGADO, Lúcia Helena *in* “A Economia Política da Ação Antitruste” – São Paulo: Editora Singular, 1997, p. 87.

“Formas de Abuso de Poder Econômico”, Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro – nova serie –RDM. — 26, 66,41, /abr-jun /1987, p.45 e s.

SALOMÃO FILHO, Calixto *in* “Direito Concorrencial – as estruturas” – São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.168.

BORK, Robert *in* “The Antitrust Paradox; a Policy at War with Itself”, New York, Basic Books, 1993, p. 81.