

REVISTA DO

Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

Volume 23 - Número 1 - 2017

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

IBRAC

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS
DE CONCORRÊNCIA, CONSUMO E
COMÉRCIO INTERNACIONAL

REVISTA DO IBRAC

São Paulo

Volume 23 - Número 1 - 2017

ISSN 1517-1957

IBRAC - Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e
Comércio Internacional

Rua Cardoso de Almeida 788 cj 121

05013-001 - São Paulo - SP Brasil

Tel: 55 11 3872 2609 3673 6748

www.ibrac.org.br

ibrac@ibrac.org.br

Editor Responsável: Guilherme Favaro Corvo Ribas

Editor Assistente: José Carlos Busto

Conselho Editorial

Amanda Flávio de Oliveira

Barbara Rosenberg

Bernardo Macedo

Caio Mario da Silva Pereira Neto

Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo

Isabel Vaz

Juliano Maranhão

Leonor Cordovil

Marcio Dias Soares

Mariana Villela

Mauro Grinberg

Patricia Regina Pinheiro Sampaio

Pedro Dutra

Pedro Paulo Salles Cristofaro

Vicente Bagnoli

DIRETORIA E CONSELHO DELIBERATIVO DO IBRAC 2016 - 2017

DIRETORIA

Diretor-Presidente
Eduardo Caminati Anders
Vice-Presidente
Barbara Rosenberg
Diretor de Concorrência
Marcio de Carvalho Silveira Bueno
Diretora de Consumo e Rio de Janeiro
Mariana Villela
Diretor de Comércio Internacional
Francisco Niclós Negrão
Diretor de Publicações
Guilherme Favaro Corvo Ribas

Diretor de Relações Institucionais
Lauro Celidonio
Diretor de Regulação
Caio Mario da Silva Pereira Neto
Diretora de *Compliance*
Maria Eugênia Novis
Diretora de Economia
Sílvia Fagá de Almeida
Diretor de Brasília
Leonardo Peres Da Rocha E Silva
Diretor de Contencioso Econômico
Bruno de Lucca Drago

CONSELHO DELIBERATIVO

Pedro Zanotta - **Presidente**
Paola Pugliese - **Vice-Presidente**
Adriana Giannini
Alexandre Ditzel Faraco
Aurélio Marchini Santos
Bernardo Macedo
Bruno Peres Carbone
Carlos Francisco de Magalhães
Carol Monteiro de Carvalho
Cristianne Saccab Zarzur
Daniel Oliveira Andreoli
Enrico Spini Romanielo
Fabiana Tito
Fabricio A. Cardim de Almeida
Fernando Marques
Flávia Chiquito dos Santos
João de Aquino Rotta
José Inácio Ferraz de Almeida
Joyce Ruiz Rodrigues Alves
Juliano Maranhão
Leonardo Canabrava Turra
Leonardo Maniglia Duarte
Leonor Cordovil

Lúcia Ancona Lopez de Magalhães Dias
Marcelo Procópio Calliari
Marcio Dias Soares
Marcos André Mattos de Lima
Carla Amaral Junqueira
Mario Girasole
Mauro Grinberg
Paulo L. Casagrande
Paulo Lilla
Pedro Dutra
Pedro Paulo Salles Cristofaro
Priscila Brolio Gonçalves
Renê Guilherme da Silva Medrado
Ricardo Inglez de Souza
Ricardo Lara Gaillard
Sérgio Varella Bruna
Sonia Maria Giannini M. Döbler
Thais Matallo Cordeiro Gomes
Tito Amaral de Andrade
Ubiratan Mattos
Vicente Bagnoli

APRESENTAÇÃO

Nesta edição, foram selecionados artigos abordando um leque bastante variado de assuntos na área de defesa da concorrência.

Bruno Braz de Castro trata dos preços exploratórios, tema pouco explorado na doutrina e prática brasileira.

André Santos Ferraz e Caroline Guyt França abordam a concessão de descontos para pagamentos em dinheiro sob as óticas concorrencial e consumerista.

Venício Branquinho Pereira Filho, João Marcelo de Lima Assafim, Diogo Lucas Martins e Leandro Novais e Silva apresentam três artigos tratando da interseção entre direito antitruste e propriedade intelectual: o primeiro sob a ótica da recusa de contratar; o segundo, do abuso dos direitos de marca, e os últimos, com foco no caso Anfape.

Temos ainda o prazer de contar com a participação do Professor João Bosco Leopoldino da Fonseca, cujo artigo sobre acordos restritivos da concorrência certamente será referência acadêmica na seara concorrencial.

Por fim, o Comitê de Concorrência e Relações de Consumo do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados – CESA, coordenado por Sonia Maria Giannini Marques Döbler e Joana Temudo Cianfarani, apresenta sua extensa pesquisa sobre o conceito de consumidor pessoa jurídica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Patrícia Helena Marta Martins, Rodrigo Sales, Sofia Gavião Kilmar e Vicente Gomes de Oliveira Filho complementam o time de autores.

Boa leitura.

Guilherme Favaro Corvo Ribas

Diretor de Publicações do IBRAC e Coordenador da Revista

SOBRE OS AUTORES

Andre Santos Ferraz. Pós-graduado em Direito Tributário e Finanças Públicas no Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (2017). Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – Uniceub (2014) e Bacharel em Ciências Econômicas pela Universidade de Brasília – UnB (2013). Atualmente, é Coordenador na Coordenação-Geral de Análise Antitruste 04 da Superintendência-Geral do Cade.

Bruno Braz de Castro. Mestre (2012) e Doutor (2017) em Direito Econômico na Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG. Advogado e consultor.

Caroline Guyt França. Pós-graduada em Direito Empresarial na Fundação Getúlio Vargas – FGV (2017). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro – PUC/RJ (2013). Advogada.

CESA - Comitê de Concorrência e Relações de Consumo do Centro de Estudos das Sociedades de Advogados.

Joana Temudo Cianfarani. Coordenadora do Comitê. Advogada em São Paulo.

Sonia Maria Giannini Marques Döbler. Coordenadora do Comitê. Advogada em São Paulo.

Patrícia Helena Marta Martins. Membro do Comitê. Pós-graduada em Direito das relações de consumo pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especializada em gestão empresarial pela Business School São Paulo. Advogada em São Paulo.

Rodrigo Sales. Membro do Comitê. Doutorando pela Universidade de New South Wales (Sydney, Austrália). Mestre em Direito Ambiental pela Vermont Law School (Estados Unidos), Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogado em São Paulo

Sofia Gavião Kilmar. Membro do Comitê. Mestranda em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Advogada em São Paulo.

Vicente Gomes de Oliveira Filho. Membro do Comitê. Advogado em São Paulo.

Diogo Lucas Martins, Graduado em direito pela UFMG

João Bosco Leopoldino da Fonseca. Graduado em Direito (1967) e Doutor (1989) pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. (1967). Juiz do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (1973 a 1979). Juiz Federal (1979 a 1985). Conselheiro do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE (1999 a 2001). Professor Titular de Direito Econômico da Faculdade de Direito da UFMG. Advogado.

João Marcelo de Lima Assafim. Doutor em Direito Mercantil pela Universidad de Santiago de Compostela (Espanha). Doutor em Direito Comercial pela Universidade de São Paulo – USP. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro - UFRJ (Coordenador de Graduação 2007-2009). Diretor do Programa de Mestrado em Direito da Universidade Cândido Mendes. Professor da Academia da Inovação do INPI (Mestrado Profissional). Professor do Doutorado em Propriedade Intelectual e Desenvolvimento do Instituto de Economia da UFRJ/FIOCRUZ. Vice-Presidente para a Região Sudeste do Conselho Nacional de Pesquisa em Direito (CONPEDI). Diretor de Estudos da Associação Brasileira dos Agentes da Propriedade Industrial - ABAPI (2006-2009) e Diretor de Estudos (2006-2008). Diretor-Editor da Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - ABPI e Tesoureiro da Licensing Executives Society Brazil (LES-Brazil) (2008-2009). Integra a rede internacional de pesquisa em inovação MINDS (minds.org.br). Sócio de De Lima Assafim & Advogados Associados.

Leandro Novais e Silva. Mestre e Doutor em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais - UFMG, instituição em que é Professor-Adjunto da disciplina; pesquisador associado do Núcleo de Economia dos Transportes, Antitruste e Regulação (NECTAR-ITA) e Procurador do Banco Central do Brasil.

Venício Branquinho Pereira Filho. Mestre em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Bacharel em Direito pela mesma instituição. Advogado.

SUMÁRIO

Apresentação	5
Sobre os autores.....	6
Preços exploratórios: por uma nova teoria da decisão	11
<i>Bruno Braz de Castro</i>	11
1. Apresentação.....	12
2. Erro, incerteza e a eficácia das normas concorrenciais brasileiras	27
3. Preços exploratórios: parâmetros para uma nova teoria da decisão	38
4. Conclusão.....	57
5. Referências	59
Concessão de descontos para pagamentos em dinheiro sob a ótica concorrenciais e consumerista: uma análise do Resp 1.479.039 e da MP 764/2016	70
<i>André Santos Ferraz, Caroline Guyt França</i>	70
1. Introdução.....	71
2. A jurisprudência do STJ sobre diferenciação de preços entre pagamentos em dinheiro ou cheque e pagamentos em cartão de crédito	73
3. Breve síntese do Recurso Especial n.º 1.479.039-MG	77
4. O mercado de cartões de crédito.....	80
5. Diferenciação de preços e o artigo 36, da Lei nº 12.529/2011	89
6. Diferenciação de preços para pagamentos em dinheiro e seus benefícios ao consumidor: a MP n. 764/2016	96
7. Conclusões.....	98
8. Referências.....	99
Direito da Concorrência e Direito da Propriedade Intelectual: A recusa de contratar como ilícito concorrenciais à luz da jurisprudência norteamericana	104
<i>Venicio Branquinho Pereira Filho</i>	104
1. Introdução	104
2. Breves considerações sobre o direito antitruste nos EUA	105
3. Direito Antitruste e Direito da Propriedade Intelectual	108
4. O abuso unilateral de direitos de PI como infração concorrenciais à luz da experiência dos EUA	111
5. Conclusão	122

6. Referências	123
Acordo restritivo da concorrência	128
<i>João Bosco Leopoldino da Fonseca</i>	128
Definição de restrição da concorrência	131
Posicionamento norte-americano	132
Posicionamento europeu.....	133
Parecer do Advogado Geral	142
Antes de concluir	143
Conclusão	143
O conceito de consumidor pessoa jurídica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.....	146
<i>Joana Temudo Cianfarani, Patrícia Helena Marta Martins, Rodrigo Sales, Sofia Gavião Kilmar, Sonia Maria Giannini Marques Döbler, Vicente Gomes de Oliveira Filho</i>	146
I. Introdução	147
II. Breve exposição doutrinária	150
III. Aplicação das teorias sobre consumidor pessoa jurídica pela jurisprudência do STJ	154
IV. O novo CPC e a vinculação aos precedentes judiciais	158
V. Conclusão	159
VI. Referências	160
Trademark trolls: misuse of trademark rights and signs lacking distinctive power - notes from the free competition perspective	162
<i>João Marcelo de Lima Assafim</i>	162
I - Preamble	162
II - Intellectual property roles	165
III - Trademark's roles.....	166
IV - Requirements for obtaining the right	168
V - Misuse of right	172
VI - Bad faith: non-right as a form of misuse.....	177
VII - Undue enrichment.....	180
VIII - Damages and civil liability.....	181
IX - Unfair competition	182
X - Violation of competition rules.....	185
XI - Conclusion	191
Bibliography	194

O caso ANFAPE: o que nos diz a experiência internacional	196
Diogo Lucas Martins, Leandro Novais e Silva.....	196
1. Introdução.....	197
2. O Caso Anfape: dilemas entre concorrência e propriedade intelectual	199
3. A experiência internacional no aftermarket automobilístico	222
4. Aplicação ao caso brasileiro	240
5. Conclusão.....	252
Referências	253
Anexos.....	260
Anexo I do artigo “O conceito de consumidor pessoa jurídica na jurisprudência do STJ”	260
Anexo II do artigo “O conceito de consumidor pessoa jurídica na jurisprudência do STJ”	357

PREÇOS EXPLORATÓRIOS: POR UMA NOVA TEORIA DA DECISÃO¹

Bruno Braz de Castro

Resumo: O direito concorrencial brasileiro condena as condutas econômicas na medida de sua aptidão a viabilizar a produção dos efeitos típicos das chamadas práticas exploratórias. Com ainda mais razão, portanto, deverão ser consideradas ilícitas as condutas que, diretamente, caracterizem tal exploração, como os chamados preços exploratórios. O presente trabalho tem como objetivo discutir a teoria que imputa ao instituto dos preços exploratórios ineficácia técnica e fática, em razão das suas dificuldades de conceituação, mensuração e aplicação de remédios. Procura-se apontar que existem suficientes indícios teóricos de que pode ser benéfica ao interesse público a formulação de uma teoria da decisão que recomende a implementação do instituto em casos específicos. Assim sendo, é prejudicial à máxima efetividade constitucional uma teoria da decisão genérica e universal, que reconheça ineficácia jurídica ao instituto dos preços exploratórios e rejeite o conhecimento de todo e qualquer procedimento administrativo em que a conduta seja discutida.

Palavras-chave: Preços exploratórios; Preços excessivos; Direito da concorrência; Direito econômico; Teoria da decisão.

Abstract: Brazilian competition law condemns economic behavior according to the extent of its ability to produce the typical effects of exploitative practices. This is all the more reason why the economic behavior that, directly, characterizes that exploitation (e.g.: the exploitative prices) is bound to be considered illicit. This dissertation intends to discuss the theory that ascribes technical and factual inefficacy to the exploitative prices prohibition, because of its conceptual, measuring and remedying difficulties. We seek to demonstrate that there are enough theoretical indications that the formulation of a decision theory that recommends the implementation of the prohibition in specific cases can be beneficial to the public interest. Therefore, it is detrimental

¹ O presente trabalho é baseado na dissertação “Preços Exploratórios: mera ficção científica ou desafio real ao direito concorrencial brasileiro?”, defendida em setembro de 2012 junto ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da UFMG.

to the maximum effectiveness of the Constitution a generical and universal decision theory, which ascribes inefficacy to any kind of implementation of the prohibition of exploitative prices, rejecting the acknowledgment of each and every procedure regarding this practice.

Keywords: Exploitative prices; Excessive prices; Competition Law; Economic Law; Decision Theory.

1. Apresentação

Com relação às práticas de precificação ditas abusivas, a doutrina observa duas categorias de atos: os **preços exclusionários** (*exclusionary prices*), que têm como objetivo econômico a exclusão de concorrentes em determinado mercado relevante; e os **preços exploratórios** (*exploitative prices*), termo que se refere ao abuso de posição dominante em que o agente econômico impõe preços injustos a seus consumidores, resultando em perda direta de bem-estar social (EVANS; PADILLA, 2005, p. 05).

Observa-se ser controversa a questão sobre constituírem os preços exploratórios, por si considerados, objeto do direito da concorrência brasileiro, haja vista o regime de livre precificação constitucionalmente adotado². Ademais, não se verifica consenso sobre se – diante das dificuldades de conceituação, mensuração e remédio – deveria a autoridade concorrencial brasileira dedicar-se à análise de casos envolvendo o instituto do preço exploratório. Alguns teóricos, por essa razão, advogam que o instituto padece de um “problema de eficácia”, não devendo mais o SBDC receber processos que tratem da conduta.

O presente trabalho dedica-se, então, a refletir sobre o seguinte problema: é juridicamente possível, no âmbito da ordem constitucional em vigor, a rejeição liminar, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica, de análise dos casos que apresentem como objeto os preços exploratórios?

Para esse objetivo, busca-se evidenciar que muitos dos argumentos contra a implementação do instituto dos preços exploratórios são construídos sob fundamentos que, caso aceitos, seriam aptos a impedir a implementação da maioria dos demais institutos do direito concorrencial brasileiro. Adotam-se, assim, as seguintes hipóteses:

- a) os preços exploratórios constituem objeto, por excelência, do direito concorrencial, haja vista o fato de que toda a política

²Tal discussão torna-se especialmente importante quando se observa que a Lei nº 12.529/11 não menciona, em seu rol exemplificativo (portanto, aberto) de condutas anticoncorrenciais, a prática dos preços abusivos.

pública de defesa da concorrência é construída em torno de seu conceito, sendo, inclusive, a ilicitude das demais condutas econômicas apurada em função de sua aptidão de permitir a prática de preços exploratórios, dentre outros efeitos;

- b) existem suficientes indícios teóricos para que, a despeito das dificuldades de conceituação, mensuração e remédio, seja ofensiva ao princípio da máxima efetividade constitucional uma teoria que reconheça ineficácia jurídica ao instituto dos preços exploratórios, rejeitando o conhecimento de todo e qualquer caso em que a conduta seja discutida.

Conclui-se, então, pela necessidade inarredável de que o problema dos preços exploratórios seja enfrentado, e não evitado: é necessária a formulação de uma teoria da decisão em cenário de incerteza para o direito concorrencial brasileiro das práticas unilaterais.

1.1 *Preços Exploratórios e o Direito Concorrencial*

O prejuízo ao bem-estar social, acarretado pelas práticas exploratórias de abuso de poder econômico – em especial, o preço exploratório ou supracompetitivo – é, em termos gerais, a principal justificativa finalística para a estruturação de sistemas jurídicos antitruste, contemporaneamente.

Em nível mais elementar, em contrapartida ao modelo de *concorrência perfeita*³, o cenário estrutural do *monopólio* possui como hipótese fundamental a existência de um único fornecedor de um bem para o qual não há substituto próximo (WILLIAMS, 2007, p. 130): o monopolista passa do papel de tomador de preços (“*price taker*”) para o de formador de preços (“*price setter*”) e, para maximizar seus lucros, possuirá incentivos econômicos a provocar uma “*escassez artificial*” da oferta, o que provocará a formação de um preço de mercado mais elevado (ou supracompetitivo⁴) e irá retirar do mercado

³ O mercado em concorrência perfeita é classicamente descrito sob hipóteses – bens homogêneos, informação perfeita, agentes tomadores de preços “*price takers*”, ausência de custos de transação, ausência de externalidades, livre entrada e saída, e produto perfeitamente divisível – segundo as quais o equilíbrio entre oferta e demanda é considerado eficiente (CARLTON; PERLOFF, 2000, p. 67). Uma vez que o concorrente individual enfrenta uma curva de demanda perfeitamente horizontal, com extremamente alta elasticidade de oferta e demanda, um aumento de preços bem pequeno irá acarretar migração dos consumidores para fornecedores mais eficientes (HOVENKAMP, 2011, p. 08).

⁴ No mercado em concorrência perfeita, com a receita marginal (acréscimo na receita total decorrente da venda de uma unidade adicional do bem) constante, a oferta da

consumidores que, em um mercado sob concorrência perfeita, teriam obtido acesso ao bem. Essa transferência de recursos do consumidor para o monopolista é chamada “peso-morto do monopolista” (“*deadweight loss*”)⁵.

Essa aptidão para alteração de fatores do mercado, influenciando especialmente a formação do preço, é denominada **poder de monopólio** ou **poder de mercado**, termos que são “usados de forma intercambiável para significarem a aptidão de, lucrativamente, fixar preço acima dos níveis competitivos (custos marginais)” (CARLTON; PERLOFF, 2000, p. 92, tradução nossa).

Outras consequências que também compõem o chamado “*custo social do monopólio*” são: o *rent-seeking*, ou seja, o dispêndio de recursos econômicos com o fim de se adquirir ou manter a posição monopolista, de formas diversas; a adoção de práticas exclusionárias; o desincentivo à inovação; e externalidades diversas como a perda de investimentos que seriam implementados por potenciais concorrentes impedidos de contestar o monopólio em razão de práticas exclusionárias ou *rent-seeking*.

A partir dessas hipóteses é que se estipula o conceito de práticas exploratórias: todas as formas de abuso de poder de mercado que representem um prejuízo direto ao bem-estar dos consumidores, ou, em outras palavras, o efeito específico do abuso do poder de mercado detido pelo agente econômico (EVANS; PADILLA, 2005, p. 02). Exemplificam tais práticas o aumento de preços e a redução de esforços tecnológicos para diminuição de custos produtivos e desenvolvimento de melhores produtos (LYONS, 2007, p. 66). Os preços artificialmente elevados nesse contexto são, então, denominados **preços exploratórios**.

O conceito é formulado em oposição às práticas exclusionárias que, por sua vez, são aquelas típicas do processo de aquisição e preservação do poder de mercado. Tais condutas, portanto, têm potencial de prejuízo indireto ao bem-estar dos consumidores, quando são aptas a viabilizar a implementação de práticas exploratórias no futuro (EVANS; PADILLA, 2005, p. 02, nota 07). São

empresa alcançará seu ponto ótimo naquela quantidade em que o custo marginal (acréscimo no custo total decorrente da venda de uma unidade adicional do bem), que é crescente, se iguale à receita marginal (a partir desse ponto, o custo marginal seria maior que a receita marginal e, portanto, haveria prejuízo) (GREMAUD et al., 2004, p. 197).

⁵ Diminuindo a oferta de produto no mercado, o monopólio terá retirado do mercado consumidores que, em um mercado sob concorrência perfeita, teriam obtido acesso ao bem. O excedente do consumidor – diferença entre o montante que alguns consumidores que estariam dispostos a pagar mais pelo bem e o montante efetivamente pago – diminui.

exemplos típicos dessas práticas o preço predatório, a venda casada, a recusa de venda e os contratos de exclusividade.

É possível que se verifiquem esses efeitos exploratórios (derivados do exercício do poder de mercado – ou do poder de monopólio) mesmo em estruturas não puramente coincidentes com o modelo ideal acima descrito. É o caso, por exemplo, de uma empresa dominante, formadora de preços, acompanhada de empresas menores, tomadoras de preço, integrantes da chamada “franja” concorrencial daquele mercado⁶, e também dos cartéis, cujos efeitos deletérios ao bem-estar social derivam, justamente, do fato de a associação entre concorrentes possuir poder de mercado suficiente para gerar aumento de preços acima do custo marginal e, com isso, diminuição do excedente do consumidor⁷.

A defesa da concorrência justifica-se, então, em última análise, na ideia de que é poder-dever público combater práticas exploratórias de poder de mercado, sempre na medida em que isso se justifique em termos de ampliação da eficiência e bem estar social – aqui, obviamente, consideradas as peculiaridades do processo de eficiência dinâmica, como as economias de escala, eficiências, diferenciação de produtos, propriedade intelectual, pioneirismo, oligopólios não-cooperativos, dentre outras. Assinala Hovenkamp:

[...] se todas as trocas ocorrem a preços competitivos, a sociedade, como um todo, é mais rica do que se algumas ocorrerem a preços maiores ou menores. Uma importante meta do antitruste – pode-se dizer, sua única meta – é garantir que os mercados sejam competitivos. (HOVENKAMP, 2011, p. 03, tradução nossa).

As estratégias para manejo das práticas exploratórias, contudo, variam sensivelmente entre as diferentes jurisdições.

1.2 *Os Estados Unidos da América e o instituto da “monopolization”*

É o reconhecimento de que a detenção de elevado poder de mercado por um agente econômico pode ser prejudicial ao interesse público que

⁶ Dependendo da diferença entre a estrutura de custos da empresa dominante e aquela das integrantes da franja concorrencial, será lucrativo para a dominante exercer poder de mercado para fixar preços acima do custo marginal. Para tanto, basta que as empresas da franja concorrencial (ou potenciais entrantes) não sejam aptas a produzir sob custos próximos aos da empresa dominante (CARLTON; PERLOFF, 2000, p. 119).

⁷ “uma vez que um cartel se forma, o mercado está, em efeito, servido por um monopólio” (MANKIW, 2000, p. 353, tradução nossa).

subsidiou, assim, a Seção 2 do *Sherman Act* norte-americano, que tipifica o ilícito da *monopolização* de qualquer parte da indústria ou comércio entre Estados ou nações estrangeiras.

Isso não significa, contudo, que as práticas exploratórias, como tais, sejam ilícitas em território norte-americano. De fato, embora o direito antitruste norte-americano reconheça e se baseie na ideia de que o acúmulo de poder de mercado pode acarretar prejuízos ao interesse público através da alteração do nível de preços⁸, esse sistema normativo reconhece *licitude antitruste per se* às práticas exploratórias, estando excluída, assim, a possibilidade de intervenção antitruste baseada em preços excessivos⁹.

Para a caracterização do ilícito de monopolização descrito na Seção 2 do *Sherman Act*, é necessária que a intenção de monopolizar esteja associada a condutas anticoncorrenciais exclusionárias. Assinala Hovenkamp que “a preocupação do direito antitruste com o processo da monopolização, ao invés do mero resultado, é bastante aparente no sistema legal. [...] De fato, não há lei do monopólio ‘sem culpa’; o monopolista inocente não viola as leis antitruste por cobrar o preço que maximize seus lucros” (HOVENKAMP, 2011, p. 19, tradução nossa).

Conforme aponta Gal (2004, p. 07), o formato dessa disposição legal responde a premissas como: (a) a autocorreção dos mercados, ausentes barreiras artificiais criadas por condutas exclusionárias¹⁰; e (b) a teoria da

⁸ Com efeito, conforme frisado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no caso *Standard Oil* (1911): “Os males que levaram à revolta pública contra os monopólios e à negação, enfim, do poder de formá-los pode ser assim resumida: 1) O poder de fixação de preços e, assim, causar danos ao público que o monopólio conferia àquele que o detivesse; 2) O poder que ele implicava de instituir uma limitação na produção; e, 3) O perigo da deterioração na qualidade do artigo monopolizado”. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 1911, tradução nossa, sem grifos no original).

⁹ “O direito antitruste norte-americano segue uma regra clara e direta: os preços de monopólio, como tal, não são regulados” - “U.S. antitrust law sets a straightforward rule: monopoly pricing, as such, is not regulated” - (GAL, 2004, p. 03, tradução nossa).

¹⁰ Assim, “a concorrência livre e sem restrições como a regra do comércio”, viabilizando a “irrestrita interação das forças concorrenciais”, irá cabalmente “promover a melhor alocação de nossos recursos econômicos, os menores preços, a maior qualidade e o melhor progresso material” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 1958, tradução nossa). Na mesma linha, a decisão da Suprema Corta para o caso *Standard Oil* observa sobre o *Sherman Act* que a “omissão de qualquer proibição direta de monopólio em concreto, indica uma consciência de que a liberdade do direito individual a contratar, quando não indevidamente ou impropriamente exercida, é o meio mais eficiente de prevenção do monopólio, uma vez que a operação das forças centrífugas e centrípetas resultantes do direito de contratar livremente é o meio pelo

função social dos preços de monopólio, que destaca que punir aqueles que alcancem posição dominante sem lançar mão de práticas anticompetitivas, limitando sua lucratividade, seria injusto e anularia os incentivos à eficiência e à inovação¹¹.

A postura não-intervencionista em preços excessivos nos EUA mantém-se sem alterações substanciais na atualidade. Na recente decisão para o caso *Verizon v. Trinko*, em 2004, a Suprema Corte dos Estados Unidos reiterou a rejeição à atuação da política concorrencial relativamente ao monopólio per se considerado:

A mera detenção de poder de monopólio, e a concomitante cobrança de preços de monopólio, não só não são ilícitas, como são um importante elemento do sistema de livre-mercado. A oportunidade de cobrar preços de monopólio – pelo menos por um curto período – é o que atrai a ‘perspicácia empresarial’ em primeiro lugar; ela induz a assunção de riscos que produz a inovação e o crescimento econômico. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 2004, tradução nossa).

1.3 A União Europeia e o abuso de posição dominante

Em sentido oposto ao norte-americano, o artigo 102º(a) do Tratado de Funcionamento da União Europeia reconhece como espécie de abuso de posição dominante “impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas” (EUROPA, 2010, art. 102º). Sob o rótulo de preços e condições “não equitativas” (*unfair*), conforme em diversas ocasiões já esclareceu a Corte Europeia de Justiça, encontram-se tanto os preços estrategicamente baixos – predatórios – quanto os preços excessivos:

O abuso de tal posição [dominante] pode consistir, inter alia, na

qual o monopólio seria inevitavelmente evitado” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 1911, tradução nossa)

¹¹ Nas palavras do Juiz Learned Hand, da Corte de Recursos da Segunda Circunscrição americana, em seu famoso voto para o caso *ALCOA* (1945): Um único produtor pode ser o sobrevivente de um grupo de concorrentes atuantes, meramente em virtude de sua habilidade, visão e produção superiores. Nesses casos, um argumento forte pode ser feito no sentido de que, embora o resultado possa expor o público aos males do monopólio, o *Sherman Act* não objetiva condenar a resultante das mesmas forças que visa prioritariamente a incentivar: *finis opus coronat*. O concorrente bem-sucedido, tendo sido incentivado a concorrer, não deve sofrer retaliação quando vence. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Corte de Recursos da Segunda Circunscrição, 1945, tradução nossa).

imposição de um preço que seja excessivo em relação ao valor econômico do serviço prestado [...].(EUROPA. Corte Europeia de Justiça, 1975).

O mesmo artigo estende o conceito do abuso de posição dominante às demais práticas exploratórias, com repercussão direta ou indireta no nível de preços e de caráter mais diretamente prejudicial ao consumidor, como os atos de “limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores” (artigo 102º “b”).

A legislação europeia, então, reconhece que “o monopolista carrega deveres especiais de não explorar completamente seu poder de monopólio, e não criar tão grande ineficiência alocativa no mercado” (GAL, 2004, p. 21).

Para se explicar, então, a distinção entre as jurisdições norteamericana e europeia no tocante à abordagem das práticas unilaterais, um feixe de razões concorrentes é identificado pelos estudiosos do assunto: (a) maior ceticismo quanto à autocorreção do mercado¹²; (b) o caráter instrumental do direito concorrencial europeu à meta de integração regional através do mercado único (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2012, p. 35)¹³; (c) a influência do ordoliberalismo na formulação do Tratado (GAL, 2004, p. 26)¹⁴; preocupações de justiça distributiva e acesso a bens fundamentais (2004, p. 28).

A Corte Europeia de Justiça pronunciou-se, em diversos julgamentos, no sentido de que preços exploratórios podem ser objeto de condenação sob o art. 102 (antigo art. 82)¹⁵. Em poucos casos, contudo, foram implementadas

¹² “Há, também, a noção de que a Europa continua cativada por uma filosofia pró-regulatória profundamente enraizada que subestima a aptidão dos mercados a se auto corrigirem, e deposita confiança excessiva na capacidade das autoridades concorrenciais de corrigir falhas de mercado” [...]. (SCHWEITZER, 2007, p. 22 – tradução nossa).

¹³ “[P]ermitir que todos os membros da comunidade adquiram produtos e serviços similares é, então, considerado parte do ethos comunitário” (GAL, 2004, p. 30).

¹⁴ Desenvolvida na primeira metade do século XX, a ideologia ordoliberal via-se como uma “terceira-via” entre a economia centralmente planejada do socialismo e o mercado desregulado sob o *laissez-faire* liberal. Postulam a necessidade de uma Constituição Econômica, dentre cujos princípios está a ideia de regulação de monopólios para cobrança de preço *justo*, que seria o correspondente ao cobrado em um mercado competitivo, “como se” houvesse concorrência naquele mercado (ideia que ficou conhecida como “*as if approach*”) (AHLBORN; GRAVE, 2006, p. 198-204).

¹⁵ Destacam-se os casos United Brands, Sirena, Deutsche Grammophon, British Leyland, Ahmed Saeed, Sacem, Bodson, dentre outros. Essas decisões serão analisadas oportunamente.

condenações¹⁶, em razão de uma série de dificuldades de caráter prático, a serem discutidas posteriormente nesse trabalho. Esse quadro leva alguns autores a apontarem que os preços exploratórios vêm sendo objeto de uma “negligência benigna” (SCHWEITZER, 2007, p. 23) por parte da Corte Europeia que, em sua práxis, tem se aproximado da postura norte-americana de priorização de abusos exclusionários (SCHWEITZER, 2007, p. 24).

Na última década, contudo, vem-se observando uma importante retomada de interesse no tema, especialmente incentivada pela aplicação do instituto dos preços exploratórios por parte das autoridades nacionais europeias, em especial nas jurisdições inglesa e holandesa (GAL, 2004, p. 44).

Segundo Motta e Strel (2007, p. 15), uma das razões para esse movimento é a insatisfação com o processo de liberalização europeia, e, mais particularmente, pelo alto nível de preços em setores recentemente privatizados e desregulados. O movimento vem acompanhado de renovadas abordagens jurídico-econômicas acerca do tema, que merecerão análise mais detalhada adiante.

1.4 A normatividade do conceito de preço exploratório

A concepção elementar de preços exploratórios, acima apresentada, estrutura-se em função da ideia da elevação artificial de preços *em razão do exercício do poder de mercado*, não se baseando em uma tentativa de atribuição de valor intrínseco a determinado bem, ou na ilicitude de qualquer preço “alto”.

A Corte Europeia de Justiça, no julgamento do caso *United Brands* (1978) – em que, dentre outras questões, discutia-se se a *United Brands Company* havia abusado de sua posição dominante através da imposição de preços excessivos para a venda de bananas a consumidores na Bélgica, Luxemburgo, Dinamarca e Alemanha – estabeleceu paradigmaticamente que a questão essencial é determinar se “a empresa dominante fez uso das oportunidades proporcionadas por sua posição dominante de modo a arrecadar benefícios comerciais que não teria arrecadado caso houvesse concorrência normal e suficientemente efetiva” (EUROPA, 1978, § 249). Presente essa hipótese, “cobrar um preço que é excessivo porque não tem relação razoável com o valor econômico do produto fornecido seria um abuso de posição dominante” (EUROPA, 1978, §9).

A ideia da relação entre preço e valor econômico do bem foi reiterada em diversos outros julgamentos, porém sempre mantida no contexto do abuso

¹⁶ Em especial, os casos *General Motors* (1975) *British Leyland* (1986).

de poder econômico¹⁷.

Observe-se, aqui, que o conceito de preço excessivo adotado é **normativo**: a excessividade exsurge da comparação entre os quadros fáticos do abuso de poder econômico e da ausência de tal abuso, de que derivam conclusões acerca da eficiência econômica e do papel do Estado em corrigir defeitos na alocação dos recursos, em prol da ampliação do acesso a bens artificialmente encarecidos em razão de uma forma de abuso do direito de propriedade¹⁸.

Não se trata, portanto, de uma tentativa de atribuir um valor econômico intrínseco, objetivo ao bem, visto que “uma referência ao valor econômico de um serviço ou produto não é autoexplicativa. Em essência, o valor econômico de algo é decidido pelo mercado” (WAHL, 2007, p. 53, tradução nossa)¹⁹.

A compreensão da excessividade de preços como algo intrínseco e objetivamente apurável é o mote da crítica dos autores que afirmam que, uma vez que os preços são encontrados no mercado – na interação voluntária entre oferta e demanda – o conceito de excessividade seria ilógico:

Preços de monopólio não são ‘excessivos’, no sentido de que o consumidor pode deixar de consumir, e, de fato, isso ocorre. Caso contrário, o monopólio teria apenas efeitos distributivos, sendo neutro do

¹⁷Cf., por exemplo, no caso *General Motors* (1975): “price which is excessive in relation to the economic value of the service provided”, no *British Leyland* (1986): “[price] clearly disproportionate to the economic value of the service provided and that that practice constituted an abuse by BL of the monopoly it held by virtue of the british rules” e, mais recentemente, no *Crespelle* (1994): “an undertaking abuses its dominant position where it has an administrative monopoly and charges for its services fees which are disproportionate to the economic value of the service provided [...]. Likewise, approved centres would be abusing their dominant position if they were to charge to users costs in excess of the additional costs actually incurred in obtaining and conserving until insemination semen imported at the request of a user from another Member State”.

¹⁸Em nosso sistema constitucional, esse padrão normativo é deduzido da consagração do princípio da livre concorrência, do dever estatal de reprimir o abuso de poder econômico que leve ao aumento arbitrário de lucros, do objetivo da ordem econômica de assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social – que torna inaceitável a restrição da oferta e a discriminação arbitrária do acesso ao mercado por parte dos consumidores de faixa de renda inferior – e, por fim, do princípio da função social da propriedade.

¹⁹“Respectfully, it is however submitted that a reference to the economic value of a service or product is not self-explanatory. In essence, the economic value of something would rather seem to be decided by the market”.

ponto de vista da eficiência. Da mesma forma, os lucros do monopolista não são arbitrários, porque ele (ou ela) pode determinar unilateralmente o preço ou a quantidade, mas não as duas coisas ao mesmo tempo. Mesmo o monopolista está submetido a uma regra, expressa pela curva de demanda. (NUNES, 2007, p. 01, sem grifos no original).

A título comparativo, tem-se que os preços de cartel são, igualmente, formados através da interação voluntária entre oferta e demanda, sem que isso levante questionamentos acerca da logicidade de seu conceito. Com efeito, a ilicitude dos preços cartelizados deriva de sua comparação, em bases normativas, com a perspectiva de que, ausente o exercício coordenado de poder de mercado, outro nível de preços (inferior) seria praticado. O cartel será condenado, nesse caso, somente na medida de seu potencial em elevar os preços do mercado relevante.

Afirmar-se, então que o direito concorrencial preocupa-se somente com o *processo* competitivo, e não com seus *resultados*, é incoerente com um sistema jurídico fundamentalmente construído sob o cânone interpretativo da regra da razão, e sob uma ideia de ilicitude em razão do potencial de causar determinados *efeitos*.

Aperfeiçoando esse raciocínio, Ruiz (2011, p. 285 *et seq.*) observa que o conceito de abusividade de preço requer, para além do comprador e do vendedor, a figura do Estado, de onde deriva o padrão de indesejabilidade de determinado preço em razão de determinada estrutura econômica.

Assim sendo, seria ilógico falar em preços abusivos no contexto de uma negociação privada, em que os agentes envolvidos (comprador e fornecedor) não fazem mais do que voluntariamente maximizar seus lucros. Há, portanto, somente preços ótimos e não-ótimos, mas nunca abusivos. Por outro lado, diante de um parâmetro normativo colocado pelo Estado, passa a haver a figura do preço abusivo, sempre resultado de “uma avaliação e um julgamento de agentes públicos” (RUIZ, 2011, p. 286).

1.6 *Práticas Exploratórias e o direito concorrencial brasileiro, à luz da Lei Federal nº 12.529/11.*

A Constituição da República de 1988, erigindo a *livre iniciativa* como fundamento da República (art. 1º, IV), bem como da ordem econômica (art. 170, *caput*) – ao passo que reconhece, à *livre concorrência*, o caráter de princípio – adota, como regra, um regime de livre precificação, sendo essencial que eventual intervenção pública em face dos preços praticados pelos agentes econômicos seja excepcional e justificada face à ordem econômica constitucional (FERRAZ JUNIOR, 1989, p. 78).

O termo “livre precificação”, contudo, não quer dizer que essa atividade encontre-se isenta de balizas jurídicas, uma vez que o Estado brasileiro, na condição de “agente normativo e regulador da economia” (CR/88, art. 174), deverá garantir que a atividade de precificação privada mantenha-se em concordância com os demais princípios constitucionais regentes da ordem econômica – em especial, com o poder-dever público de reprimir o “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (art. 173, §4º).

O sistema jurídico concorrencial brasileiro, como se afirmou, fundamenta-se na ideia de que a intervenção do poder público é necessária em face de condutas e concentrações econômicas em que se identifique o risco de exercício unilateral ou coordenado de poder de mercado, que seja apto a ocasionar os efeitos exploratórios descritos pelo modelo econômico do monopólio: restrição de oferta, preços artificialmente elevados e diminuição dos incentivos para inovação, dentre outros.

Decorrencia lógica desse entendimento, então, é que também deverão constituir objeto de intervenção estatal concorrencial as condutas que caracterizem diretamente tais efeitos.

A Lei Federal nº 8.884/94, em seu rol exemplificativo de condutas anticoncorrenciais, estipulava, em seu art. 21, como possível ilícito:

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

O diploma legal em questão não foi repetido pela Lei nº 12.529/11, promulgada em 30 de novembro de 2011. A atual lei de defesa da concorrência reproduziu, em seus contornos essenciais, a integralidade da sistemática do controle de condutas previsto pela legislação anterior. No rol exemplificativo de condutas anticoncorrenciais em vigor (art. 36, §3º), contudo, não consta, expressamente, a proibição de preços excessivos.

A omissão legislativa não possui repercussão, contudo, no tratamento

jurídico do tema. Em primeiro lugar, a conclusão decorre do amplíssimo âmbito de validade objetivo do citado art. 36, que estipula constituírem infração concorrencial os atos “sob qualquer forma manifestados”, desde que potencialmente aptos à causação dos *efeitos* ali descritos, como o aumento arbitrário de lucros e o exercício abusivo de posição dominante. A abrangência da proibição é confirmada pelo *caput* do §3º do mesmo artigo, que reitera o caráter exemplificativo do rol que apresenta.

Em segundo, a ilicitude dos preços excessivos impõe-se por razões de coerência lógico-sistemática do direito concorrencial pátrio, uma vez que – sob o cânone interpretativo da *regra da razão* – o tratamento jurídico-concorrencial de quaisquer outras condutas econômicas é aferido, justamente, na medida de sua aptidão para viabilizar práticas exploratórias no mercado relevante, considerando-se seus efeitos econômicos líquidos.

Se, então, as concentrações econômicas e as condutas diversas clamam por intervenção estatal tão-somente na medida em que sejam aptas a viabilizar práticas exploratórias (em especial, o aumento de preços), com ainda mais razão deverá ser reconhecida a ilicitude dos atos que, diretamente, caracterizem tais práticas.

Observe-se, por fim, que algumas das condutas exemplificadas pelo rol do §3º do art. 36 constituem implicação direta da perspectiva da indesejabilidade de diminuição artificial de oferta, o que, conceitualmente, é equivalente à ideia de preços exploratórios. São elas a destruição, inutilização ou açambarcamento de insumos, produtos intermediários ou acabados (art. 36, §3º, XIII), retenção de bens de produção e consumo (XVI) ou cessação parcial ou total das atividades empresariais sem justa causa (XVII).

A par, portanto, do caráter abrangente das prescrições do art. 36 da Lei nº 12.529/11, é fatal à coerência das razões fundantes e da teleologia do direito concorrencial brasileiro eventual argumento que estipule não constituírem os preços exploratórios um ilícito na Lei em vigor.

1.7 Práticas exploratórias e o SBDC

A prática de preços exclusionários não parece suscitar grande polêmica em nossa comunidade jurídica. Na situação em que o preço excessivo, autonomamente, represente instrumento para determinada prática exclusionária de recusa de venda (*exclusionary pricing*), o que se estará punindo nessa situação não será o preço excessivo em si, mas a prática exclusionária por ele traduzida²⁰.

20 O ‘preço excessivo’ pode também constituir parte de uma estratégia de exclusão de

Tratando-se de preços exploratórios, contudo, a história do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) – embora revele considerável quantidade de processos administrativos com vistas à investigação e análise dessa prática, especialmente nos primeiros anos de vigência da Lei nº 8.884/94²¹ – não registra uma condenação sequer. No âmbito doutrinário tem-se, ademais, que um dos trabalhos de maior repercussão quanto ao tema compara os preços abusivos às “*cabeças de bacalhau*”, numa referência à imensa dificuldade de identificação (SANTACRUZ, 1998).

No âmbito dos processos em que esta prática chegou a ser discutida pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), contudo, é possível identificar o embate de duas posições teóricas distintas acerca do controle de preços excessivos pela autoridade antitruste, que revelam a proficuidade dos debates levantados pelo instituto em questão²².

Um primeiro grupo de argumentos defende a impossibilidade de se considerar o preço exploratório – enquanto conduta autônoma – uma infração à livre concorrência, pelas seguintes razões: (a) a autocorreção dos mercados (CADE, 2008, p. 3; CADE, 2010c, p. 25); (b) a função social dos lucros de monopólio como estímulo à inovação e demais investimentos arriscados (CADE, 2007, p. 2; CADE, 2010c, p. 25); (c) a ideia de que os preços abusivos não podem ser caracterizados *per se*, constituindo mero indício de outra

concorrentes em etapas verticalmente relacionadas, em uma variação no contínuo de uma estratégia de recusa de venda [...]. A relação entre as duas condutas está no fato de uma recusa de venda ser conceitualmente equivalente a um preço infinito e, portanto, impossível de ser pago. (CADE, 2009a, p. 11).

21 Nesse sentido, observa o Relatório Anual de Atividades do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, ano 1998/99: “A conduta mais frequente foi mais uma vez a de aumento abusivo de preços, com 20% do total. No Relatório anual de 1997 acentuou-se que essa alta incidência de processos relacionados ao aumento abusivo de preços devia-se ao fato de que as circunstâncias da industrialização brasileira criaram um ambiente de ingerência em variáveis de mercado, com base na vertente normativa identificada como de proteção à economia popular [...]. Observe-se, no entanto, que a participação relativa dessa conduta é declinante ao longo do tempo. Em 1996, o aumento abusivo de preços representava 50,5% do total de Processos e em 1997, 25,3%” (CADE, 1999, p. 11-12).

22 Tais posições firmaram-se, especialmente, nos debates ocorridos no ano de 2010, no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.003648/1998-05, em que consta representação por abuso de poder econômico em face da empresa White Martins Gases Industriais S/A, em razão de, dentre outras práticas, ter efetuado “repentino, injustificado e excessivo” aumento de preços na distribuição de oxigênio em janeiro de 1998, de R\$ 2,50 (dois reais e cinquenta centavos) para R\$ 4,00 (quatro reais) o metro cúbico.

infração à ordem econômica ou de falha de mercado que deveria ser objeto de regulação²³; (d) “dificuldades na mensuração do preço competitivo e, em contrapartida, na identificação do preço excessivo” (CADE, 2010c, p. 24-26), haja vista a assimetria de informação entre a autoridade antitruste e a estrutura de custos empresariais, além de outros problemas metodológicos mais elementares²⁴;

Em razão desses argumentos, estipula-se que os dispositivos legais relacionados ao preço excessivo padeceriam de um “problema de eficácia”, advogando-se que, “de forma a evitar que novas denúncias do gênero obriguem o SBDC a desperdiçar recursos com situações que não poderão gerar condenação”, não mais se instaurem procedimentos investigatórios relacionados ao preço excessivo enquanto prática isolada, ressalvada a hipótese da recusa de venda (CADE, 2010c, p. 30).

O segundo grupo de argumentos visa a evidenciar que “não é tão simples e, talvez, não seja conveniente riscar, para sempre, a infração de preço abusivo do rol de infrações concorrenciais” (CADE, 2010a, p. 15).

Manifesta-se a preocupação em garantir a máxima concretude possível às intenções do constituinte e do legislador infraconstitucional, que, embora construídas com alto grau de abstração, teriam tido “a intenção de manter possível a caracterização e, eventualmente, a sanção de práticas como o ‘aumento arbitrário de lucros’ [artigo 173, §4º da Constituição e artigo 20, III, da Lei nº 8.884/94] e a ‘imposição de preços excessivos [artigo 21, XXXIV e parágrafo único da Lei nº 8.884/94]” (CADE, 2010c, p. 20).

Busca-se, paralelamente, problematizar situações em que a recusa da autarquia antitruste em analisar representações envolvendo preços excessivos possa frustrar os objetivos constitucionais da proteção ao consumidor e repressão ao abuso de poder econômico. Nesse sentido, a manifestação do Prof. Ruy Santacruz:

caso semelhante é o da firma que detém poder de mercado conquistado através de uma maior eficiência, que produz e comercializa um bem final

23 “Em caso, contudo, de mercados cujas falhas ou externalidades sociais impeçam a livre formação de preços, a intervenção deve dar-se no plano regulatório, dado que a imposição e a fiscalização de preços e tarifas extrapolam as atribuições legais conferidas ao CADE. Interferir nesse processo de formação de preço foge ao escopo do Conselho”. (CADE, 2008, p. 4).

24 “mesmo interpretando a idéia de preço abusivo à luz de um referencial teórico microeconômico clássico, ainda restaria o problema de conhecer os parâmetros das curvas de demanda e oferta para definir se está ou não praticando um preço acima do custo marginal, o que configura um quase insuperável problema operacional”. (CADE, 2009b, p.10).

de consumo contínuo, sem substituto perfeito, sem patentes, mas que opera num subsegmento de mercado que conta com barreiras à entrada derivadas de distribuição, propaganda, etc. Diante de uma reduzida concorrência efetiva, reduzida concorrência potencial e baixa elasticidade-preço da demanda, essa firma, a partir de certo momento, passa a aumentar sistematicamente seus preços, sem contrapartida em custos ou pressões de mercado, aumentando seus lucros de forma significativa através de uma transferência compulsória de parte da renda dos seus demandantes – possivelmente, mas não necessariamente, bons e gentis velhinhos. A pergunta que se faz, então, é a seguinte: trata-se de um problema antitruste? Se a resposta for não, que este não é um problema antitruste, elimina-se um enorme problema para o investigador. [...] [R]esta ao investigador lamentar-se pela perda de bem-estar econômico [...]. Já se a resposta for sim, [...] então a questão do preço abusivo (ou, mais precisamente, do aumento arbitrário de lucros, previsto no artigo 20 da lei 8.884/94) precisa ser examinada e colhida pelo investigador. (SANTACRUZ, 1998, p. 20).

Outro exemplo apresentado, com esse mesmo objetivo, refere-se aos direitos de propriedade intelectual sobre cultivares (Lei nº 9.456/97), cuja legislação de regência exige o licenciamento compulsório de propriedade intelectual pelo CADE na hipótese de preços excessivos²⁵.

Em atenção, portanto, à necessidade de administrar o maior grau possível de eficácia às normas relacionadas à precificação excessiva – com vistas, inclusive, a evitar situações de anomia como as exemplificadas – é que se passa a reunir argumentos para fundamentar o controle de preços excessivos pela autarquia antitruste, assim resumidos pelo Departamento de Estudos Econômicos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica:

(i) há necessidade de coerência com os objetivos da política antitruste, uma vez que a clara ameaça ao consumidor representada pelos preços abusivos exige o uso da política antitruste para evitá-los, ou penalizar quem os pratica; (ii) a regulação de preços pode ocorrer tanto no âmbito da defesa da concorrência, quanto da defesa do consumidor ou da regulação de mercados; (iii) as dificuldades de avaliação são exageradas; (iv) as potenciais distorções causadas pela regulação de preços são superestimadas; e (v) a regulação de preços não é o único remédio, sendo possível atacar as causas dos preços abusivos e não somente os efeitos

²⁵ Com relação a uma tal situação, argumentou o então Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho: “Ocorre que, mesmo na ausência de um parâmetro normativo para saber o que é um preço aceitável e um preço proibitivo, o CADE terá que se posicionar sobre o assunto, avaliando se há ou não abusividade na política de precificação. Pensar o contrário seria admitir uma catástrofe nacional”. (CADE, 2010a, p. 16).

(alto preços). (CADE, 2010, p. 299).

Busca-se, com base nesses fundamentos, fixar parâmetros para a determinação dos casos em que a autarquia antitruste deverá atuar na investigação de preços excessivos exploratórios, a exemplo do teste proposto pelo Conselheiro Ricardo Machado Ruiz:

- (a) A firma precificadora deve ter posição dominante no mercado relevante;
- (b) Os produtos e serviços considerados devem ser comparáveis nas dimensões tecnológicas. Evita-se, assim, comparar preços de produtos que sofreram modificações tecnológicas significativas ou que incorporam alguma elaboração ou serviço complementar (“customização”);
- (c) A prática de preço abusivo deve ter algum grau de generalização na indústria. O objetivo é eliminar os conflitos pontuais de negociação de preços e excluir casos com particularidades. [...];
- (d) O agente que pratica o preço abusivo deve fazê-lo por um período de tempo relevante. A intenção é eliminar casos onde as oscilações de preços tenham relação com instabilidades sazonais e típicas da indústria. [...];
- (e) Caso a firma formadora de preços tenha alguma exclusividade na oferta de produtos e serviços e/ou no uso de técnicas produtivas, existem condições estruturais para a prática de preços abusivos. Nesse caso deve-se argumentar sobre a impossibilidade de se obter um produto ou serviço substituto;
- (f) A existência de relações econômicas diretas ou indiretas entre a firma precificadora e as firmas demandantes ou ofertantes. Nesse caso temos uma relação vertical que pode estar relacionada a uma estratégia exclusionária [...];
- (g) A prática de preço abusivo não pode se confundir com oscilações de preços relacionadas a choques exógenas à indústria. Por exemplo, mudanças nos preços de produtos e serviços intermediários geram mudanças nos preços dos produtos e serviços finais. [...]. (CADE, 2010b, p. 16).

2. Erro, incerteza e a eficácia das normas concorrenciais brasileiras

Muito embora o reconhecimento do dever público de atuação em face dos preços exploratórios imponha-se como essencial à coerência da política concorrencial, as dificuldades de implementação desse instituto, mencionadas no capítulo anterior, não devem ser minimizadas.

Como mencionado, a implementação da proibição de preços exploratórios enfrenta importantes dificuldades – a saber, imprecisões na sua

definição em concreto, mensuração e remédios aplicáveis, aliadas ao alto custo associado a condenações errôneas.

Em razão dessas dificuldades, alguns teóricos defendem que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, “de forma a evitar que novas denúncias do gênero obriguem o SBDC a desperdiçar recursos com situações que não poderão gerar condenação”, se exima de receber novos procedimentos que tenham por objeto os preços exploratórios, instituto jurídico que seria carente de eficácia fática e técnica (CADE, 2010c, p. 30).

A repressão ao abuso de poder econômico que acarrete, dentre outros efeitos, o “aumento arbitrário de lucros” é, contudo, comando constitucional (art. 173, §4º, CR/88). O manejo da legislação baseada nesse dispositivo deve, portanto, obediência a importantes parâmetros hermenêuticos derivados de tal *status* constitucional. É essencial para essa tarefa “atingir um sentido que torne efetivos e eficientes os grandes princípios de governo, e não os contrarie ou reduza a inocuidade” (MAXIMILIANO, 2010, p. 250).

Assim sendo, para que uma interpretação no sentido da ineficácia fática²⁶ e técnica²⁷ do instituto dos preços exploratórios seja considerada constitucional, esta deverá ser estruturada com base em argumentos sólidos o suficiente para que não se verifiquem indícios de outras interpretações que, por sua vez, possam conferir maior grau de eficácia ao preceito constitucional citado e, portanto, devam prevalecer.

Cabe, portanto, questionar: seria a incerteza na mensuração e implementação de um instituto de direito concorrencial fator suficiente para negar-lhe eficácia, tendo-se em vista as características peculiares desse ramo jurídico? A possibilidade de erros e seu alto custo potencial seriam o suficientes para impedir sua aplicação em toda e qualquer circunstância?

A negativa às questões acima, conforme se verá a seguir, é fundamento para a sugestão de que é necessária, para o instituto dos preços exploratórios, uma teoria da decisão mais complexa do que a adoção de uma regra genérica e universal de legalidade *per se*.

²⁶Para Ferraz Junior (1994, p. 198), há eficácia fática quando estão presentes as condições fáticas para sua observância ou para a satisfação de seus objetivos.

²⁷A eficácia técnica, por sua vez, compreende, para Ferraz Junior (1994, p. 199), os “requisitos técnicos, sem os quais a norma não pode produzir seus efeitos. Por exemplo, a norma prescreve que crimes hediondos serão inafiançáveis, mas transfere para outra norma a definição de hediondo. Enquanto esta não existir, a primeira não poderá produzir efeitos. Fala-se, então, de eficácia ou ineficácia técnica”.

2.1 *A incerteza e o erro no direito concorrencial*

As dificuldades de ordem metodológica na aferição da excessividade de preços jamais poderiam ser consideradas exclusividade do instituto dos preços exploratórios. O direito concorrencial é, por natureza, afeito à incerteza e ao erro.

Em razão da complexidade e da dinamicidade do fenômeno econômico, as normas de direito da concorrência são, tipicamente, formuladas em termos amplos e dificilmente unívocos.

A incerteza e insegurança – em face das múltiplas interpretações possíveis e observáveis do dispositivo legal – poderiam ser temperadas na hipótese de a autoridade concorrencial dispor de um instrumental teórico e de uma metodologia analítica aptos a oferecerem, em cada caso concreto, uma interpretação da realidade econômica que eliminasse a possibilidade de erro ou dúvida, insuscetível de sérios questionamentos. Tal aparato não existe.

Devlin e Jacobs (2000a) exemplificam tal argumento a partir do cânone interpretativo da regra da razão. Segundo a decisão paradigmática da Suprema Corte norte-americana para o caso *Chicago Board of Trade v. United States*, a regra da razão demanda analisar:

fatos peculiares ao negócio ao qual a restrição do comércio se aplica, sua condição anterior e posterior à imposição da restrição, a natureza da restrição, seus efeitos, reais ou prováveis. A história da restrição, o mal que se acredita existir, a razão para adoção de determinado remédio, o propósito ou fim que se busca obter, todos são fatos relevantes. (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte, 1918, tradução nossa).

Incorpora-se, portanto, uma perspectiva dinâmica da análise de eficiências concorrenciais, em que a indesejabilidade de cada prática é avaliada conforme seus *efeitos líquidos* no bem estar, apurados a partir de uma avaliação do *comportamento futuro* dos atores do mercado relevante.

Tal perspectiva é uma das contribuições da sinergia entre a análise econômica e o direito concorrencial, de que decorre o princípio de que atos que acarretem, em curto prazo, prejuízos ao consumidor podem, posteriormente, gerar consideráveis benefícios.

No pensamento antitruste, o pensamento estático, retrospectivo, é desfavorecido, e com boas razões. Ele tem sido suplantado por uma abordagem dinâmica que olha para os efeitos futuros de comportamentos atuais, e tenta imaginar toda a gama de respostas do mercado à conduta empresarial em questão – não simplesmente dos consumidores, como também dos concorrentes, empresas da franja, novos entrantes e

investidores. A abordagem dinâmica é tão amplamente aceita e desenvolvida que não se pode realisticamente contemplar uma metodologia antitruste divorciada de preocupações acerca de efeitos competitivos futuros. Contudo, análise dinâmica e erro andam de mãos dadas, inevitavelmente. (DEVLIN; JACOBS, 2010a, p. 91, tradução nossa).

A mesma análise econômica que, por um lado, sugere essa análise intertemporal de efeitos líquidos não oferece, por outro, instrumental teórico e analítico para a formulação de projeções seguras acerca da realidade mercadológica futura.

a teoria microeconômica dos preços tem aptidão limitada para derivar conclusões objetivamente verificáveis a respeito de práticas comerciais, cujos efeitos a longo prazo não podem ser previstos com nenhum tipo de exatidão. (DEVLIN; JACOBS, 2010b, p. 262, tradução nossa).

Além dos preços exploratórios – cujo debate fundamenta-se em uma análise, a longo prazo, dos efeitos da intervenção sobre a inovação e incentivos para investir, bem como da probabilidade de contestação da posição dominante de que origina a precificação excessiva – outros institutos do direito da concorrência fundamentam-se nesse mesmo tipo de incerteza, dentre os quais se destacam a análise de atos de concentração e de práticas exclusionárias²⁸.

Em outros pontos, também, observa-se a impossibilidade de a análise antitruste processar-se em um território de certezas. A elasticidade da definição de mercado relevante, por exemplo, traz problemas de objetividade à aplicação de qualquer instituto do direito concorrencial²⁹.

Por fim, a já mencionada dificuldade de apuração dos custos empresariais, presente não só na aplicação do instituto de preços exploratórios

²⁸“Benefício ao consumidor em curto prazo – definitivo e mensurável – deve ser pesado em face de um complexo cenário que pode, como não pode, produzir males de alguma quantia indeterminável em algum incognoscível momento futuro. Por causa da natureza intertemporal dessa hipótese – benefícios agora, talvez grandes males no futuro – esse ‘cálculo’ pode ser não mais do que um palpite, e palpites frequentemente estão errados” (DEVLIN; JACOBS, 2010, p. 90, tradução nossa).

²⁹Observa Pitofsky (1987, p. 825, tradução nossa), quanto a esse particular: “a medição do poder de mercado, que requer a definição de mercado relevante de produto e geográfico, é o aspecto mais esquivo e indigno de confiança do direito concorrencial. Uma defesa baseada na ausência de poder de mercado só é tão válida e confiável quanto o processo de medição em si. Enquanto técnicas de medição de poder de mercado são provavelmente mais confiáveis e sofisticadas do que foram em anos anteriores, deve-se, contudo, ser cauteloso com relação a adotar o poder de mercado como um critério de seleção que irá dominar todos os aspectos da aplicação do direito antitruste”.

como em qualquer discussão que envolva o dever de contratar, a teoria das *essential facilities*, a predação, o abuso de direitos de propriedade intelectual, o cálculo de eficiências e a probabilidade de exercício de poder de mercado em atos de concentração.

Como se descreveu, nega-se eficácia “fática” e “técnica” ao instituto dos preços exploratórios em razão da inexistência de um critério inquestionável para sua caracterização (CADE, 2010c, p. 24-26).

A levar-se esse argumento às últimas consequências, haveria de assentar-se, então, o raciocínio de que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência deve eximir-se de atuar em situações em que não haja certeza na interpretação da realidade econômica. Tal empreendimento, como visto, faria sobrar limitadíssima área de atuação ao direito concorrencial brasileiro.

Se se assume, afinal, ser impossível determinar se um preço praticado é realmente prejudicial à ordem econômica – e que essa impossibilidade é um obstáculo à eficácia de uma norma jurídica concorrencial – de que maneira seria defensável a tese de que os cartéis são condenados sob a regra da razão, na medida de seus *efeitos* deletérios à ordem concorrencial e aos consumidores?

2.2 A teoria da decisão no direito concorrencial das práticas exploratórias

O direito concorrencial contemporâneo, diante do reconhecimento de suas limitações em apurar de forma exata e indubitável a realidade econômica, aceita e acolhe, em seu repertório teórico, a ideia da incerteza e da possibilidade de erro.

Ascende, no contexto do direito concorrencial, a importância da teoria econômica da decisão sob incerteza: considerando-se os custos de intervenção e o risco de erros – os quais, por si só, podem acarretar maiores prejuízos ao bem-estar social do que a prática anticompetitiva objeto da intervenção – procura-se formatar critérios para decidir *se* e *quando* deverá a autoridade concorrencial atuar em determinadas situações. Esse raciocínio é descrito por Horowitz:

Seguramente, em um mundo de administração legal sem custos, e em que a caracterização de uma prática anticompetitiva é uma questão facilmente e rapidamente resolvida, a decisão de investigar e instaurar processos contra uma suposta prática anticompetitiva seria uma conclusão já posta: todas as suspeitas desse tipo seriam apuradas. Em nosso mundo, contudo, a aplicação do direito antitruste não é livre de custos ou erros. O fator tempo é de enorme importância, e essas questões se combinam de modo tal que perseguir todas as suspeitas de comportamento anticompetitivo seria ineficiente ou impraticável.

Assim, a decisão de investigar ou não uma situação, bem como a decisão de se instaurar um processo, torna-se uma questão política. (HOROWITZ, 1977, p. 717, tradução nossa, sem grifos no original).

A escolha da postura da autoridade concorrencial em face de determinada prática suspeita subordina-se, então – para além da avaliação de potenciais prejuízos e benefícios da prática em questão para o bem-estar social – à consideração: (i) dos prejuízos ao bem-estar social associados a uma decisão incorreta de condenação de uma prática que, na verdade, não possuía caráter anticompetitivo; e, por outro lado, (ii) dos prejuízos ao bem-estar social associados à escolha de não-intervenção quando, de fato, uma prática anticompetitiva estava ocorrendo (HOROWITZ, 1977, p. 723)³⁰.

Duas categorias de erros são, então, estipuladas: os falsos-positivos (false convictions), denominados erros tipo I – condenação de uma prática que, na verdade, não possuía caráter anticompetitivo – e os falsos-negativos (false acquittal), denominados erros tipo II – não-intervenção quando, de fato, uma prática anticompetitiva estava ocorrendo.

Devlin e Jacobs (2000a) apontam, no direito concorrencial, uma preferência geral aos erros tipo II (falsas absolvições), sob o princípio geral de que a política concorrencial faz melhor em “pecar” pela falta do que pelo excesso, tendo em vista a teoria, enunciada por Easterbrook em seu trabalho “*Limits of Antitrust*” (1984) de que, enquanto práticas anticoncorrenciais não condenadas (falsas absolvições) tendem a ser erodidas pelas forças de mercado a longo prazo, condenações equivocadas anulam efeitos pro-competitivos jamais recuperáveis:

Se a corte erra por condenar uma prática benéfica, os benefícios podem estar definitivamente perdidos. Qualquer outra empresa que utiliza a prática condenada enfrenta sanções em nome do precedente firmado, não importando os benefícios. Se a corte erra por permitir uma prática deletéria, contudo, a perda de bem estar decresce ao longo do tempo. O monopólio é auto-destrutivo. Os preços de monopólio eventualmente atrairão a entrada. De fato, esse longo prazo pode ser daqui a um longo tempo, com perda para a sociedade nesse íterim. O propósito central do antitruste é acelerar a chegada do longo prazo. Mas isso não deve obscurecer o ponto: erros

³⁰“With the factors so quantified there is a greater likelihood that the “take action” act will be the optimal choice when the following is found: (1) the decisionmaker's initial feelings are strong that an anticompetitive act has occurred; (2) there is subsequent evidence to indicate a greater probability that an anticompetitive act has taken place; and (3) the loss associated with an incorrect decision to act as if there has been no anticompetitive behavior is greater than the loss associated with choosing to do nothing when in fact an anticompetitive act has taken place”.

judiciais que toleram práticas prejudiciais são autocorrigíveis, enquanto condenações errôneas não o são. (EASTERBROOK, 1984, p. 02, tradução nossa).

O acolhimento desse princípio de preferência pelos erros tipo II é perfeitamente observável nas discussões acerca da política concorrencial em face das práticas exploratórias.

Para Evans e Padilla (2005, p. 23), o principal custo de um erro tipo I em um caso lidando com preços exploratórios – ou seja, condenar-se uma política de precificação que, na verdade, é pró-concorrencial – seria a redução dos incentivos para investir e inovar, não só para as empresas que atuam no mercado relevante em que foi processada a intervenção, mas sim em toda a economia.

A hipótese dos autores é a de que a política pública atuaria especificando uma regra genérica, do tipo: “um preço é excessivo se é X % maior do que os custos” (EVANS; PADILLA, 2005, p. 25, tradução nossa).

Argumentam, então, que, nesse caso, a política pública estaria criando um “teto” para os lucros empresariais (*upper bound to profits*). Tendo em vista que os lucros a serem obtidos a partir de determinado investimento são incertos, *ex ante*, a decisão de investimento, pelo agente econômico, será feita tão-somente caso haja expectativa de um retorno tal que exceda seus custos de capital. Essa expectativa de retorno seria, então, desde já eliminada nos casos em que o retorno necessário seja superior ao permitido pelo “teto”. A ideia é resumida pelo gráfico seguinte:

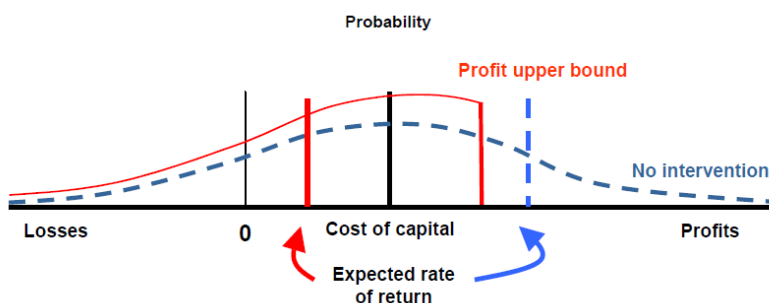


Figura 1 - O efeito de uma estrita política pública de preços abusivos nos investimentos
Fonte: EVANS; PADILLA, 2005, p. 23.

Em termos de bem-estar social, prosseguem os autores, esse custo seria representado pela não-introdução no mercado de determinados bens para os quais há demanda em potencial.

Por sua vez, o custo de um erro tipo II – deixar de condenar preços que, na verdade, são exploratórios – seria a perda de bem-estar social decorrente da exclusão de uma parcela de consumidores do mercado, e, de modo geral, a diminuição do excedente do consumidor, uma vez que alguns consumidores irão pagar mais pelo bem do que teriam de desembolsar em um mercado perfeitamente competitivo.

Com o gráfico a seguir reproduzido, os autores representam os custos, em termos de bem-estar social, de erros tipo I (área “A”) e erros tipo II (áreas “B” e “C”).

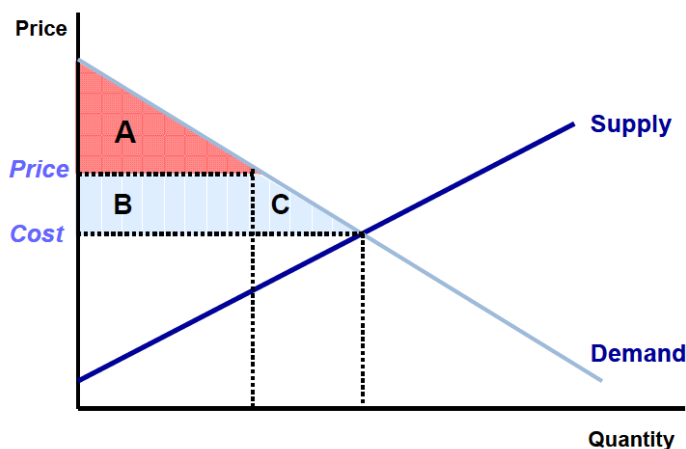


Figura 2 - O custo de erros tipo I e tipo II em casos de preços exploratórios

Fonte: EVANS; PADILLA, 2005, p. 24.

Concluem os autores, a partir das hipóteses acima descritas, que o custo de erros tipo I é maior em setores em que a inovação e investimentos arriscados ocupam posição de destaque: setores em que o lançamento de novos produtos e serviços é essencial para permanência no mercado; setores ainda pouco explorados, em que os agentes necessitam, através de tentativa e erro, aprender o modelo de negócios adequado; ou setores que, embora maduros, passem por mudanças tecnológicas que demandem o aperfeiçoamento de serviços³¹.

³¹“O custo desse tipo de erro é tipicamente grande em setores em que tentativa e erro são comuns, em que o custo de experimentação é alto, mas o retorno para o sucesso é potencialmente enorme. [...] Em todos esses casos, o tamanho da área A tende a ser grande, enquanto será menor em setores maduros ou decadentes em que o investimento não é mais um grande fator”. (EVANS; PADILLA, 2005, p. 24-25, tradução nossa).

O custo de erros tipo II, por sua vez, tende a ser tanto maior quanto mais amplas forem as diferenças entre custos e preços (área “B” do gráfico) e maior for a elasticidade da demanda (o que influi no tamanho da área “C” do gráfico) embora, contudo, os autores destaquem que a diferença entre custos e preços tende a ser menor em mercados com alta elasticidade da demanda. Os custos tendem a serem menores quando há poucas barreiras à entrada, situação em que as forças do mercado tendem a fazer com que entrantes contestem os preços praticados pelas incumbentes (EVANS; PADILLA, 2005, p. 25).

Em uma linha de pensamento coincidente com a de Easterbrook, os autores sugerem que uma legalidade *per se* dos preços exploratórios seria a política mais favorável ao bem-estar social, em razão da dificuldade de identificação de preços ineficientes, o papel da inovação e a crença na autocorreção do mercado (EVANS; PADILLA, 2005, p. 29).

No mesmo sentido, o voto do Conselheiro Carlos J. Ragazzo no caso *White Martins* já mencionado, que, também com fundamento na crença da autocorreção dos preços excessivos em longo prazo, bem como nos altos custos de se prejudicar, eventualmente, os incentivos a novos investimentos e à inovação, propõe uma abordagem não-intervencionista em face dessas práticas, tendo em vista sua ineficácia técnica e fática (CADE, 2010c, p. 24-26).

Por fim, a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), em relatório do ano de 2011, acerca do tema dos preços exploratórios, também sugere a preferência por erros tipo II, com base nos mesmos argumentos:

De fato, os custos de um erro tipo I, isto é, uma falsa condenação, tende a sobrepular os custos de um erro tipo II, ou seja, uma falsa absolvição. A razão para isso é que a não-intervenção carrega a esperança de a autocorreção do mercado através da entrada, resultando em concorrência e os benefícios usualmente associados com ela, como preços menores, maior qualidade e maior variedade, enquanto no meio-tempo ‘apenas’ distorcendo a eficiência alocativa através de seu efeito nos preços. (OCDE, 2012, p. 07, tradução nossa)³².

Essa predileção genérica por erros do tipo II, contudo, embora razoável, tem sido relativizada, com base na descrição de algumas hipóteses em

³²“In fact the costs of a type I error, i.e. a false condemnation, is likely to outweigh the costs of a type II error, i.e. a false acquittal. The reason for this is that a non-intervention bears the hope of the market self-correcting through entry, resulting in competition and the usual benefits associated with it such as lower prices, higher quality and more variety, while in the meantime ‘only’ distorting allocative efficiency through its effect on prices”.

que o erro tipo II traria mais prejuízos do que um erro do tipo I.

Conforme se expôs, a predileção pela não-intervenção (erros tipo II) deriva da ideia de que os erros tipo I causam (a) maiores prejuízos, os quais (b) tendem a manter-se no tempo, enquanto (c) os erros tipo II – por exemplo, os preços exploratórios – tendem a sofrer a autocorreção do mercado (EASTERBROOK, 1984, p. 02).

Apontam Devlin e Jacobs que tais pressupostos “podem estar errados, entretanto, porque nenhum deles foi submetido a testagem empírica” (DEVLIN; JACOBS, 2000a, p. 97, tradução nossa) e, em seguida, apontam exemplos em que isso, de fato, ocorre.

Quanto ao pressuposto (a), observam os autores que, mesmo que *um* erro tipo I seja mais custoso que *um* erro tipo II, diferentes probabilidades de ocorrência dos erros de cada tipo podem ocasionar número relativamente maior de erros tipo II, ocasionando prejuízo maior, por acumulação.

A tese (b) refere-se à perpetuidade dos prejuízos derivados de uma condenação errônea, tendo-se em vista o fato de que a decisão judicial ou administrativa mantém-se no tempo na forma de precedente – impedindo, portanto, que a prática condenada seja reproduzida em outros momentos ou por outros agentes. Deve-se levar em conta, contudo, a possibilidade de a proibição criar incentivos para que a firma adote práticas alternativas (*second-best*) que sejam tão ou mais eficientes do que aquela erroneamente condenada (DEVLIN; JACOBS, 2000a, p. 98). Ademais, a jurisprudência antitruste aponta suficientes demonstrações de que a estabilidade dos precedentes no tempo é relativa.

Por fim, e de forma mais importante, a tese da autocorreção dos efeitos anticompetitivos negligenciados por um erro tipo II – por exemplo, os preços exploratórios – tem sido relativizada. Devlin & Jacobs demonstram esse argumento com o seguinte exemplo:

Talvez isso seja verdade em parte do tempo, mas não parece ser verdade o tempo todo. Suponha, por exemplo, que a D.C. Court of Appeals tivesse erroneamente permitido que a Microsoft prejudicasse a Netscape e a Java. Nenhuma ameaça ‘nascente’ ao sistema operacional da Microsoft teria saído do papel. Mesmo hoje, anos adentro do período ‘pós-corretivo’, ainda não há um rival eficiente. Carl Shapiro escreveu que os remédios nesse particular – nesse caso – provaram-se imensamente inadequados, porque se mostraram inaptos a restaurar a concorrência perdida em razão do ilícito da Microsoft. Se o mercado, mais remédios, não puderam apagar o prejuízo competitivo causado pela Microsoft, como pode o mercado fazê-lo sem ajuda [de remédios concorrenciais] em todos os outros casos? (DEVLIN; JACOBS, 2000a,

p. 100, tradução nossa)³³.

De forma mais contundente, quanto a esse particular, David Lewis, ex-presidente do Tribunal da Concorrência Sul-Africano, afirma que os pressupostos de autocorreção de efeitos anticompetitivos e a relação entre preços altos e inovação podem não ser verdade em todas as economias ao redor do globo. Deve-se, portanto, “especificar as características pertinentes da economia real em que a perseguição está sendo empreendida, em vez da aplicação de teorias de organização industrial a condutas abstratas e genéricas a economias abstratas e genéricas” (LEWIS, 2010, p. 03, tradução nossa). Por essa razão, é possível que em algumas economias “não só a probabilidade e consequência de um erro tipo I na perseguição da conduta unilateral é altamente exagerado, como a probabilidade e consequência de um erro tipo II é subestimada de forma significativa”.

Por essa razão, a adoção de uma postura de não-intervenção – ou, em outros termos, uma legalidade *per se* aos preços exploratórios – pode impedir que a intervenção seja processada em situações fáticas em que os pressupostos da política não-intervencionista estejam ausentes³⁴.

Faz-se necessária, então, o desenvolvimento de uma teoria da decisão para o direito concorrencial das práticas unilaterais exploratórias no Brasil, que compreenda as complexidades inerentes ao tema. O que se passa a fazer, então, é estabelecer critérios (conhecidos como “testes” ou “*screening*”) para seleção de mercados-candidatos à investigação de preços exploratórios, de modo a selecionar aqueles em que os possíveis custos de erros tipo I sejam minimizados, e em que a probabilidade de altos custos de erros tipo II faça com que a possível intervenção seja importante em termos de eficiência³⁵.

³³“Maybe this is true some of the time, but it does not seem to be true all of the time. Suppose, for example, that the D.C. Court of Appeals had mistakenly allowed Microsoft to disadvantage Netscape and Java. No “nascent” threat to Microsoft’s operating system could have gotten off the ground. Yet even now, years into the “postcorrective” period, there is still no effective challenger. Carl Shapiro has written that remedies in this regard – in this case – have proven woefully inadequate because they appear unable to restore the competition lost by virtue of Microsoft’s misconduct. If the market plus remedies could not wash out the competitive harm caused by Microsoft, how can the market do it unaided in all other cases?”

³⁴“regras sobre erros, como visões acerca de dominância e mercados, são contingentes e refletem a experiência e crenças nacionais e regionais tanto quanto, se não mais do que, refletem a ciência econômica” (DEVLIN; JACOBS, 2010a, p. 96, tradução nossa).

³⁵“Casos há em que o prospecto de benefício futuro é tão atenuado, e a magnitude de ganho tão trivial vis-à-vis o prejuízo esperado, que a direção da presunção-padrão atual deve ser revista” (DEVLIN; JACOBS, 2010a, p. 104, tradução nossa).

Embora não se assuma, neste trabalho, a ambição de elaborar um quadro estrutural fechado, serão analisados parâmetros que possam ser de valia na definição das diretrizes de atuação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica em face de práticas exploratórias.

A principal intenção é evidenciar a existência de razões suficientes para que não se precipite em adotar uma interpretação que negue total eficácia ao instituto dos preços exploratórios.

3 Preços exploratórios: parâmetros para uma nova teoria da decisão

3.1 A autocorreção dos preços exploratórios

Conforme se apresentou acima, um dos principais argumentos para a preferência por erros tipo II no direito concorrencial – deixar de condenar práticas que, na verdade, são prejudiciais à ordem econômica – é o que se baseia na crença de que o regular funcionamento do mercado tende a corrigir as eventuais distorções através da entrada de novos concorrentes:

Se a corte erra por permitir uma prática deletéria, contudo, a perda de bem estar decresce ao longo do tempo. O monopólio é auto-destrutivo. Os preços de monopólio eventualmente atrairão a entrada. [...] erros judiciais que toleram práticas prejudiciais são autocorrigíveis, enquanto condenações errôneas não o são. (EASTERBROOK, 1984, p. 02, tradução nossa, sem grifos no original)³⁶.

Esse tem sido um ponto central na discussão acerca da intervenção estatal em face de preços exploratórios. Acredita-se que, permitindo-se que o mercado funcione regularmente – combatendo-se, via direito concorrencial, a elevação artificial de barreiras à entrada processada por práticas exclusionárias – a posição dominante teria a tendência a erodir-se ao longo do tempo, através da “mão invisível” do processo concorrencial (WHISH, 2008, p. 709).

A intervenção em preços, inclusive, teria um papel prejudicial ao bem-

³⁶“A fundamental difficulty facing the court is the incommensurability of the stakes. If the court errs by condemning a beneficial practice, the benefits may be lost for good. Any other firm that uses the condemned practice faces sanctions in the name of stare decisis, no matter the benefits. If the court errs by permitting a deleterious practice, though, the welfare loss decreases over time. Monopoly is self-destructive. Monopoly prices eventually attract entry. True, this long run may be a long time coming, with loss to society in the interim. The central purpose of antitrust is to speed up the arrival of the long run. But this should not obscure the point: judicial errors that tolerate baleful practices are self-correcting, while erroneous condemnations are not”.

estar social nessa tarefa, tendo em vista o papel *senalizador* do nível de preços em um mercado: preços elevados indicam que a entrada em determinado mercado é lucrativa, acelerando o processo de ingresso de novos agentes e, com isso, a erosão do poder de mercado.

Ao passo que permitir que o monopolista cobre seu preço maximizador de lucros encoraja a concorrência, forçar que ele precifique em um nível ‘concorrencial’ judicialmente administrado iria desencorajar a entrada e, assim, prolongar o período dessa precificação. (HOVENKAMP; AREEDA, 2008, p. 720b, tradução nossa)³⁷.

Modernamente, contudo, algumas iniciativas teóricas vêm levantando indícios de que essas premissas podem não ser corretas para todo e qualquer mercado em que o direito concorrencial é chamado a atuar.

Ezrachi e Giló (2009) questionam frontalmente a teoria da autocorreção dos preços excessivos. Em primeiro lugar, afirmam os autores que os preços excessivos, por si, não atraem a entrada. É a perspectiva de preços pós-entrada, e não os preços pré-entrada, o que é objeto de consideração econômica pelos entrantes em potencial.

Se há expectativa de que a empresa incumbente, em face da entrada, reaja rapidamente diminuindo seus preços ao nível competitivo (guerra de preços), os custos e benefícios de entrada no mercado serão apurados, pelo entrante, com base nos preços competitivos pós-entrada, e não nos preços exploratórios³⁸: “a barreira à entrada definitiva nesses casos é o medo de preços baixos pós-entrada” (EZRACHI; GILO, 2008, p. 06), que deriva do conhecimento, pelo entrante, da eficiência relativa do incumbente (relação entre custos e preços).

A entrada ocorrerá, então, quando o entrante possui informação suficiente para esperar que a empresa dominante seja menos eficiente, e, por isso, tenha capacidade limitada de engajar-se em uma guerra de preços.

Por outro lado, se um entrante potencial percebe que o incumbente é menos eficiente do que ele é, é provável que ele entre (ausentes outras barreiras à entrada), mas, repita-se, não *por causa* do preço excessivo. Tal entrante teria entrado independentemente do nível de preços pré-

³⁷“While permitting the monopolist to charge its profit-maximizing price encourages new competition, forcing it to price at a judicially administered ‘competitive’ level would discourage entry and thus prolong the period to such pricing”.

³⁸Os autores excepcionam essa hipótese à situação em que o entrante objective apenas compor a “franja” concorrencial do mercado relevante. Essa situação, contudo, não alivia a preocupação com os preços exploratórios, uma vez que a entrada não teria influência significativa no nível de preços (EZRACHI; GILO, 2008, p. 06).

entrada. Novamente, quando entrantes têm informação suficiente sobre a eficiência relativa (ou vantagens) dos incumbentes, é o preço pós-entrada esperado e não o preço pré-entrada o que afeta a decisão da entrada. (EZRACHI; GILO, 2008, p. 07, tradução nossa)³⁹.

Prosseguem os autores para explicar, com base na teoria dos jogos, que os preços excessivos pré-entrada podem ter caráter sinalizador para entrantes potenciais desinformados sobre a estrutura de custos da incumbente, na medida em que indiquem que a empresa incumbente é ineficiente.

Considere-se que a incumbente decida cobrar um preço menor do que o de monopólio para sinalizar aos potenciais entrantes que é eficiente (pois não seria lucrativo para uma empresa ineficiente cobrar tal preço). Sinalizando sua eficiência com sucesso, os entrantes saberão da possibilidade de guerra de preços e, portanto, temem preços baixos pós-entrada. O preço que sinaliza isso é chamado “preço limite” (um preço abaixo do de monopólio para sinalizar eficiência aos entrantes). Como o preço de monopólio de uma empresa ineficiente é maior do que o de uma empresa eficiente, o preço limite é lucrativo apenas para a empresa eficiente. O potencial entrante, então, avalia a presença ou ausência do preço-limite para determinar se uma empresa é, ou não, eficiente. Essa situação é chamada de “equilíbrio de separação”. Nesses casos, o preço “mais” excessivo pré-entrada atrai a entrada, pois sinaliza a ineficiência da empresa (se fosse eficiente e pudesse bancar uma guerra de preços pós-entrada, estaria cobrando o preço limite).

Mesmo nesse caso, o preço pré-entrada que impede a entrada, contudo – o preço “limite”, “menos” excessivo para sinalizar a eficiência da empresa – também pode ser um preço excessivo por si.

Preços excessivos pré-entrada podem, então, atrair ou repelir a entrada, mas sempre porque sinalizam informações sobre a eficiência da firma e, conseqüentemente, sobre os preços pós-entrada. Estes, então, em última análise, são o que realmente importam.

Fossem os preços excessivos proibidos, esse caráter sinalizador dos preços pré-entrada seria o mesmo: os preços “competitivos” das empresas eficientes e ineficientes também são diferentes, e, portanto, informam sobre sua eficiência.

³⁹“Conversely, if a potential entrant perceives the incumbent to be less efficient than it is, it is likely to enter (absent other entry barriers), but, again, not because of the excessive price. Such an entrant would have entered regardless of the level of pre-entry prices. Again, when entrants have sufficient information about the relative efficiency (or advantages) of incumbents, it is the expected post-entry price and not the pre-entry price that affects the entrant’s decision whether to enter”.

Outros autores, embora não neguem o caráter autocorretor do mercado, relativizam-no. A OCDE (2012), por exemplo, pondera que

Uma das principais razões em favor da intervenção em casos de preços excessivos é quando os mercados carecem autocorreção ou ao menos carecem autocorreção dentro de um tempo razoável. A Economia moderna reconhece muitas falhas de mercado que causam esse problema. As autoridades concorrenciais, como guardiãs dos mercados em funcionamento, estão bem cientes das condições requeridas aos mercados para gerarem resultados socialmente desejáveis. O poder de mercado pode ser baseado em fatores diferentes da eficiência ou performance superiores, como vantagem do pioneiro em um setor com efeitos de rede. (OCDE, 2012, p. 35, tradução nossa).

Em diversos testes propostos, a doutrina europeia tenta identificar situações em que a autocorreção do mercado não seja provável, fazendo com que a intervenção em face das práticas exploratórias torne-se mais importante, em razão do aumento dos possíveis custos dos erros tipo II (por sua tendência a se prolongarem no tempo).

Motta e Streel (2007) sugerem que uma condição para uma seleção (*screening*) de mercados para ações de preços excessivos seja a **superdominância**, mais intensa do que a mera dominância, em que uma empresa detém *market share* muito importante, com barreiras à entrada altas e não transitórias⁴⁰.

[...] considere que a maioria dos argumentos feitos acima seguem da presunção de que um setor não sujeito à regulação mas à legislação concorrencial é um setor em que as forças de mercado estão livres para operar e espera-se que o processo competitivo funcione mais ou menos bem. Contudo, pode haver setores em que, por diferentes razões, esse não seja o caso.

Isso nos leva à primeira necessária (mas não suficiente) condição para utilizar-se ações de preços excessivos na lei concorrencial, que é a *presença de altas e não transitórias barreiras à entrada*. Dadas as objeções contra ações de preços excessivos, o parâmetro para intervenção deve ser maior do que a mera posição dominante e próximo à posição superdominante em que a empresa deve possuir *market share* muito importante. Nesse caso, teríamos um monopolista, ou quase-monopolista, cuja posição não é provável que seja contestada por entrantes. Como não se pode esperar que as forças de mercado operem

⁴⁰Explicam Motta e Streel (2007) que, embora a Corte Europeia de Justiça ainda não tenha reconhecido expressamente o conceito de superdominância, já se referiu diversas vezes a quase-monopólio ou posição próxima a monopólio.

normalmente, algumas das objeções contra ações de preços excessivos podem não se aplicar. (MOTTA; STREEL, 2007, p. 22-23, tradução nossa).

Evans e Padilla (2005), com viés de maior restritividade, sugerem que a condição para intervenção seja que “a empresa goze de uma posição de (quase) monopólio no mercado, [...] que é protegida por insuperáveis barreiras legais à entrada” (EVANS; PADILLA, 2005, p. 30, tradução nossa, sem grifos no original).

Röller (2008), estabelece as condições de “(a) barreiras à entrada significantes” e “(b) é improvável que o mercado se autocorrija”. Fletcher e Jardine (2008), por sua vez, sugerem que não haja prospecto de “entrada bem-sucedida em um período razoável”.

Paulis (2007), diferentemente dos demais autores mencionados – que acrescentam outras condições para um possível teste de seleção de mercados-candidatos à intervenção – indica que a presença de “barreiras à entrada e à expansão muito altas e de longa duração” (PAULIS, 2007, p. 06) é o único critério razoável a ser adotado.

O Conselheiro Ricardo M. Ruiz, em seu voto para o caso White Martins acima relatado, sugere também como filtro para seleção de casos que “a firma precificadora deve ter posição dominante no mercado relevante” e que as oscilações de preços não “tenham relação com instabilidades sazonais e típicas da indústria” (CADE, 2010b, p. 16).

Todas essas discussões sugerem que a aceitação universal e prévia da tese da autocorreção dos mercados pode obscurecer características peculiares dos mercados analisados, em hipóteses em que essa teoria não seja verdadeira.

3.2 Preços exploratórios, investimentos e inovação

Uma das teorias sempre presentes no debate acerca do alto custo de erros tipo I no controle de preços exploratórios é o risco de desincentivo a investimentos arriscados e à inovação⁴¹, advindos do fato de que é a possibilidade de usufruir de altos lucros futuros o que impulsiona a assunção de riscos e o investimento em novas tecnologias (teoria da “função social dos

⁴¹Relatam Evans e Padilla (2005, p. 23), na mesma linha do pensamento de Easterbrook acima apresentado, que “The cost of a type I error in excessive pricing cases is given by a reduction in the incentives to invest and innovate for firms that operate not only in the sectors where intervention takes place but all throughout the economy. Evidence of false convictions is bound to reduce the incentives to invest by reducing the expected rate of return on successful innovations”.

lucros de monopólio” mencionada), justificados sob uma perspectiva dinâmica do funcionamento do mercado⁴².

Nesse sentido, também, a manifestação da Conselheira Elizabeth Farina no julgamento do Processo Administrativo nº 08012.007514/2000-79:

O preço cobrado acima de seus custos marginais (para se comparar com a situação em que a firma opera em concorrência perfeita) representa a recompensa para o investimento bem sucedido. Impedir que a firma realize seus lucros de monopólio, nesse caso, teria o efeito de desestimular que o empresário assumira riscos intrínsecos a qualquer investimento, o que é um resultado indesejável sob qualquer perspectiva. (CADE, 2007, p. 2).

Coincide com esse pensamento o voto do então Conselheiro Carlos J. Ragazzo na Averiguação Preliminar nº 08012.003648/1998-05:

Em mercados caracterizados por inovação, embora o problema relacionado à inexistência de um critério para mensurar a abusividade (na elevação ou mesmo no preço praticado) seja o mesmo, o erro de intervenção provoca um efeito deletério a mais, que é o possível desestímulo ao investimento em novos produtos. Frequentemente, a amortização de custos decorrentes de investimentos em inovação serve como argumento para sustentar preços acima dos custos de produção. E com justo motivo, já que a idéia de comparar custos de produção em mercados caracterizados por competição em inovação para daí extrair algum conceito de abusividade perde o sentido, se é que é possível extraí-lo em alguma hipótese. (CADE, 2010c, p. 22).

Motivados por essa preocupação, a maioria dos testes propostos pela doutrina europeia busca, de uma ou outra forma, selecionar os mercados-candidatos à intervenção através da *origem* da posição dominante. A ideia é simples: se a posição dominante não se origina de investimentos arriscados ou de inovação, o potencial custo de erros tipo I para a eficiência dinâmica dos mercados é consideravelmente reduzido.

Assim, afirmam Motta e Streel (2007, p. 23) que é necessário estipular

⁴²“A perspectiva Schumpeteriana, assim denominada após o economista do século XX Joseph Schumpeter, é que a dimensão importante da concorrência não está no mercado em um único momento, mas em promover inovações que substituem produtos [...]. Lucros de monopólio são o incentivo e a recompensa para essa inovação. Um meio comum de discutir essa miopia na aplicação da lei é o contraste entre eficiência estática – maximizar o excedente por ter preços próximos aos custos marginais de produção – e eficiência dinâmica – promover o bem-estar econômico através do desenvolvimento de novos produtos e ampliando a qualidade e reduzindo os custos de produção dos produtos atualmente disponíveis” (BRENNAN, 2007, p. 90, tradução nossa)

diferentes tratamentos às empresas, conforme a origem de seu poder de mercado, cabendo a intervenção, por exemplo, no caso em “que a posição seja decorrente de direitos especiais ou exclusivos atuais ou passados”. De modo geral, tendo a empresa dominante sido protegida da concorrência no passado, a teoria da recompensa pelo investimento arriscado dificilmente seria aventada.

Por isso, argumentam os autores que a intervenção é adequada em um contexto de barreiras legais passadas ou atuais, em que o acesso ao mercado “não foi concedido de forma justa e não-discriminatória”. Tais barreiras legais podem ter-se originado devido à escassez de recursos indispensáveis, características de monopólio natural ou “mais criticamente – a esforços de lobbying para obter proteção legal e criar uma renda economicamente injustificável [rent-seeking]” (MOTTA; STREEL, 2007, p. 25, tradução nossa).

No mesmo sentido, Fletcher e Jardine (2008, p. 49) argumentam que é incabível a intervenção em razão de preços altos quando tratar-se de um período inovador, em período de patente, devendo balancear-se cautelosamente o efeito de qualquer intervenção *ex post* em incentivos de investimento *ex ante*.

Alguns autores, contudo, transcendem esse argumento – de que a intervenção com base em preços excessivos será possível apenas quando não houver relação entre a posição dominante e investimentos ou inovações prévios – para questionar a concepção da interface entre antitruste e inovação subjacente a essa postura.

Sugere Brennan (2007, p. 96) que “o foco recente na inovação e a preocupação de que o antitruste pode colocar-se em seu caminho pode estar sendo exagerada”.

Criticando a adoção de que uma regra prévia e genérica de não-intervenção em contextos de inovação, baseada na ideia de que é necessário prejuízo ao bem-estar para que o ganho em inovação ocorra, o autor reúne indícios de que “uma presunção do tipo ‘tamanho único’ de que o dinâmico ‘sempre ganha’ do estático parece inapropriada” (BRENNAN, 2007, p. 97, tradução nossa)⁴³.

⁴³“Não é necessário enfraquecer o antitruste para promover a inovação; formuladores de políticas públicas podem direcionar múltiplos instrumentos disponíveis para influenciar a taxa de inovação. A ferramenta mais notável é a amplitude e alcance dos direitos de propriedade intelectual. [...]. Mais do que isso, se o raciocínio dinâmico está correto, ele não deveria ser empregado por acidente, isto é, somente naqueles setores em que acontece de as empresas coludirem ou se concentrarem, ou em que uma única empresa se envolve em monopolização potencialmente ilegal ou abuso de posição dominante. Concluir que a concorrência e a eficiência estática são os culpados sugere não só que a aplicação do direito antitruste deva ser enfraquecida, como que setores deveriam ser feitos menos competitivos, também sacrificando a eficiência estática para

Sobre a hipótese de que são os lucros de monopólio que asseguram o incentivo e a aptidão para a inovação, o autor apresenta argumentos de que a aplicação do direito antitruste (e, portanto, o incentivo à competitividade) pode tanto promover como desencorajar a inovação, em cada caso concreto.

A aplicação da lei pode aumentar a lucratividade, para o entrante, do primeiro período de concorrência com o incumbente se a P&D do entrante é bem-sucedida, aumentando o incentivo para P&D. Por outro lado, a aplicação da lei reduz a lucratividade de ser um incumbente, reduzindo a recompensa para P&D bem-sucedido. (BRENNAN, 2007, p. 99, tradução nossa).

Acerca da necessidade de uma estrutura monopolista para garantir a apropriação do retorno dos investimentos em inovação, o autor aponta alguns argumentos que indicam que essa hipótese pode estar, ou não, correta em determinados mercados: alguns setores podem ser mais inovadores quando forem competitivos, uma vez que, nessas condições, a inovação represente vantagens competitivas (como reduções de custo).

[...] indústrias competitivas podem ser mais inovadoras na medida em que isso se relaciona com as reduções de custo, porque elas possuem um nível de oferta maior em que as reduções de custo podem ser implementadas. Ademais, todo o resto igual, o lucro marginal para um monopolista por inovar em seu próprio mercado será menor do que aquele de uma empresa em um mercado competitivo, uma vez que o primeiro perde seu lucro de monopólio enquanto o último não sofre tal perda. Por outro lado, se o monopolista detém um monopólio se ele inova, enquanto um entrante enfrenta concorrência duopolística com o monopolista se ele é bem-sucedido, o monopolista pode ter maior incentivo para inovar, uma vez que os lucros de monopólio excedem os lucros de duopólio, e pode de fato gastar demais em inovação simplesmente para proteger seu monopólio. (BRENNAN, 2007, p. 100, tradução nossa)

Baseado, assim, na ideia de que a relação entre preços de monopólio e inovação não é garantida, necessária e universal, sugere o autor que a adoção de uma regra prévia que exclua a apreciação de casos de preços exploratórios em mercados caracterizados por inovação pode ser inadequada.

Pode ser mais eficiente, então, que se apure, nas circunstâncias do caso concreto, se os efeitos dinâmicos seriam ‘improváveis de ser obtidos’ senão pela estrutura de mercado questionada, tal como se procede com as demais eficiências na análise econômica de atos de concentração.

promover-se a inovação”.

Por sua vez, Lewis (2010), partindo do exemplo da África do Sul, sugere que as suposições acerca da relação entre posição dominante e eficiência dinâmica podem não ser verdade em todas as economias nacionais ao redor do globo. Há economias com setores menos dinâmicos, em que o prejuízo gerado pelo monopólio afigure-se mais relevante do que o prospecto de desestímulo à inovação, servindo-lhes melhor o combate à ineficiência estática do que a promoção da eficiência dinâmica.

Além disso, prossegue, a principal fonte de dinamismo em algumas economias nacionais não é a inovação que cria novos produtos e expande a fronteira tecnológica, e sim aquela que reduz custos produtivos ou aperfeiçoa produtos já existentes, processo que é incentivado pela rivalidade e pela entrada (LEWIS, 2010, p. 18-19).

Todas essas iniciativas teóricas sugerem, então, que a regra de não-intervenção em preços exploratórios, baseada no temor ao desincentivo à inovação pode não estar correta em todos os mercados, sendo temerária sua adoção *a priori* e universal.

3.3 “*Second shot cases*”

É possível, ainda, que a posição dominante não seja decorrência de investimentos ou inovação passados, mas sim em práticas exclusionárias não-condenadas. O controle via preços exploratórios funcionaria nesses casos, portanto, como uma segunda tentativa de resolver os problemas concorrenciais de um tal mercado (“*second-shot cases*”).

Motta e Streel (2007, p. 22) estipulam que um possível critério para seleção de mercados-candidatos à intervenção seria, justamente, quando a origem do poder de mercado seja reconduzida a “práticas anticoncorrenciais exclusionárias passadas não condenadas”. Essa situação, contudo, é abarcada indiretamente por todos os testes que estipulam que a intervenção é possível quando a origem do poder de mercado não é a assunção de investimentos arriscados ou a inovação.

3.4 “*Gap cases*” e a possível lacuna na nova legislação concorrencial brasileira

Outra proposta de critério para seleção de mercados para intervenção com base em preços exploratórios é aquela referida pela doutrina como “*gap cases*” (lacunas): “em jurisdições em que a aquisição de poder de monopólio, como tal, não é abordada pelo direito da concorrência, casos baseados em

preços excessivos podem ser um meio de suprir a lacuna na aplicação da lei” (OCDE, 2012, p. 35).

A proposta em questão torna-se especialmente importante em face do sistema de seleção de mercados para o controle de estruturas (*merger screening*), adotado pelo direito concorrencial brasileiro após a entrada em vigor da Lei nº 12.529/11.

Sob a vigência da Lei nº 8.884/94, havia dois testes diferentes (e não cumulativos) para caracterização da obrigatoriedade de notificação de ato de concentração ao SBDC i) que dele resultasse participação da empresa ou grupo de empresas resultante igual ou superior a vinte por cento de um mercado relevante; ou ii) que o faturamento bruto anual de qualquer dos participantes envolvidos no ato fosse equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais).

O critério da participação de mercado, contudo, foi excluído pela vigente sistemática legal, que adota, unicamente, o critério do faturamento dos envolvidos para a caracterização da obrigatoriedade de submissão:

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

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

Os valores em questão foram atualizados pela Portaria Interministerial nº 994/12 para, respectivamente, R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais) e R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais).

Ocorre que a probabilidade de exercício de poder de mercado de que se ocupa o direito da concorrência não é derivada do faturamento bruto anual das empresas envolvidas. As variáveis relevantes para a determinação dessa probabilidade são, dentre outras, a participação de mercado, barreiras à entrada, rivalidade, importações e condições para a coordenação de condutas.

A presença dessas variáveis – que clamam pela intervenção do poder público, haja vista o dever constitucional inarredável de repressão ao abuso de poder econômico (CR/88, art. 173, §4º) – pode dar-se, então, em mercados cujos concorrentes não se enquadrem nos critérios de faturamento estipulados pelo art. 88 da Lei nº 12.529/11.

Exemplo dessa situação reside no Ato de Concentração nº

08012.008853/2008-28, julgado pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica em 22 de julho de 2009. Muito embora nenhuma das partes envolvidas no procedimento em questão possuísse faturamento superior sequer a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais) – e, portanto, a operação estaria isenta do atual controle de estruturas – o Conselho detectou prejuízo intolerável ao mercado e aos consumidores, caracterizando um dos raríssimos casos de reprovação administrativa total de ato de concentração.

Um dos caminhos para corrigir tal distorção é o de que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica faça uso do disposto no §7º do art. 88 da nova Lei 12.529/11: “é facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo”.

A limitação temporal de 1 (um) ano encerrada no dispositivo, contudo, gera preocupação acerca de atos de concentração cujos efeitos deletérios manifestem-se de modo mais lento. É possível, ainda, que a disposição seja burlada por agentes que aguardem o transcurso do prazo legal para que, a partir daí, sejam implementadas práticas prejudiciais à ordem econômica.

É de se destacar, ainda, que os recursos limitados da autoridade concorrencial não permitem um monitoramento detalhado de todos os mercados. Uma das razões para o instituto da obrigatoriedade da notificação de atos de concentração é, justamente, entre outros, a impossibilidade de o poder público detectá-los por si só, em algumas hipóteses.

A “lacuna” em questão pode, assim, implicar na seguinte situação. Suponham-se agentes econômicos interessados no aumento do nível de preços em um mercado relevante não submetido ao atual controle de estruturas. A concentração de seus empreendimentos apresenta-se, aqui, como excelente alternativa para a obtenção desse objetivo, livrando-se do risco de persecução criminal e administrativa presente no caso de se decidirem pela coordenação de suas condutas.

Numa tal situação, ausentes indícios de práticas exclusionárias pelos agentes econômicos no contexto pós-concentração, a impossibilidade de se instaurar uma investigação com base em preços exploratórios teria o condão de blindar o mercado relevante de qualquer intervenção da autoridade concorrencial. Restaria ao bem-estar social, aqui, a esperança pela entrada de novos agentes econômicos no mercado relevante, o que pode não ocorrer de modo satisfatório e tempestivo.

Nesse caso, a prática de preços exploratórios pode, na pior das hipóteses, servir como parâmetro para que sejam escolhidos os mercados candidatos ao controle de estruturas *a posteriori* previsto pelo art. 88, §7º, da Lei nº 12.529/11.

Também configuram possíveis lacunas o exemplo apresentado pelo Prof. Ruy Santacruz, em obra acerca do tema:

caso semelhante é o da firma que detém poder de mercado conquistado através de uma maior eficiência, que produz e comercializa um bem final de consumo contínuo, sem substituto perfeito, sem patentes, mas que opera num subsegmento de mercado que conta com barreiras à entrada derivadas de distribuição, propaganda, etc. Diante de uma reduzida concorrência efetiva, reduzida concorrência potencial e baixa elasticidade-preço da demanda, essa firma, a partir de certo momento, passa a aumentar sistematicamente seus preços, sem contrapartida em custos ou pressões de mercado, aumentando seus lucros de forma significativa através de uma transferência compulsória de parte da renda dos seus demandantes – possivelmente, mas não necessariamente, bons e gentis velhinhos. A pergunta que se faz, então, é a seguinte: trata-se de um problema antitruste? Se a resposta for não, que este não é um problema antitruste, elimina-se um enorme problema para o investigador. [...] [R]esta ao investigador lamentar-se pela perda de bem-estar econômico [...]. Já se a resposta for sim, [...] não a questão do preço abusivo (ou, mais precisamente, do aumento arbitrário de lucros, previsto no artigo 20 da lei 8.884/94) precisa ser examinada e colhida pelo investigador. (SANTACRUZ, 1998, p. 20).

Observe-se, ainda, o exemplo apresentado pelo então Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho em relação ao artigo 31 da legislação sobre direitos de propriedade intelectual sobre cultivares (Lei nº 9.456/97), que atribui ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica a competência para determinação de licença compulsória em eventual situação de excessividade de preços cobrados pelo acesso ao cultivar (CADE, 2010a, p. 16).

3.5 *A prova do preço excessivo*

Em um determinado caso em que se discute a possível existência de preços exploratórios, o objetivo da prova é apurar se, em razão do poder econômico do agente investigado, determinado bem teve seu preço substancialmente elevado, de modo que a oferta do bem encontra-se substancialmente reduzida e há interesse público na ampliação de seu acesso.

Diversas metodologias para análise de preços têm sido discutidas com o propósito de caracterização da excessividade. Discorre-se, a seguir, brevemente, sobre elas, evidenciando suas principais críticas para, por meio da constatação de inexistência de uma metodologia universalmente aplicável, relatar as sugestões aventadas pela doutrina para a superação dessas dificuldades.

A Corte Europeia de Justiça, na decisão do caso *United Brands* (1978), assim sintetizou as possíveis técnicas:

251. Esse excesso poderia, inter alia, ser determinado objetivamente se fosse possível calculá-lo através de uma comparação entre o preço de venda do produto em questão e seus custos de produção, o que iria revelar a extensão da margem de lucro [...].

252. As questões, então, a serem determinadas são se a diferença entre os custos realmente incorridos e o preço realmente cobrado é excessiva, e, se a resposta a essa questão é afirmativa, se foi imposto um preço injusto em si mesmo ou quando comparado com produtos concorrentes.

253. Outros meios podem ser concebidos – e teóricos da Economia não se eximiram de pensar em vários – de selecionar as regras para determinar-se se o preço de um produto é injusto. (EUROPA, 1978, tradução nossa).

Observam Motta e Streel (2007), a esse respeito, alguns tipos principais de metodologia. Cada um deles, contudo, possui limitações e importantes problemas de implementação a serem considerados.

3.5.1 *Comparação entre preços e custos de produção do bem analisado*

Esse método pressupõe que, a partir da comparação entre custos e preços praticados, seja possível apurar algum indício da excessividade.

Dentre as dificuldades associadas a essa abordagem, estão dificuldades de cálculo decorrentes da diferença entre custos contábeis e custos econômicos (OCDE, 2012, p. 43-50), da assimetria de informação entre a autoridade concorrencial e o agente econômico, das dificuldades de alocação de custos comuns em empresas multiproduto e da complexidade da formação de preços em mercados multilaterais, em que “o lado de que derivam as externalidades mais positivas serão naturalmente ‘subsidiados’ pelos demais lados, que poderão (erroneamente) aparentar possuírem preços excessivos” (MOTTA; STREEL, 2007, p. 34). Além disso, a apuração de custos é dificultada em mercados em que investimentos arriscados, a longo prazo, desempenham papel importante (GAL, 2004, p. 30).

Há, ainda, o fato de que o preço é, às vezes, também determinado por elementos originados do lado da demanda (elasticidade, disposição e aptidão para pagar, etc.) (MOTTA; STREEL, 2007, p. 33).

Além disso, não há parâmetro preciso para apuração do limite exato entre a margem de lucro razoável e excessiva, o que poderia trazer dificuldades para a segurança jurídica e para a aplicação isonômica da lei. Essa é a preocupação externada pelo então Conselheiro Carlos J. Ragazzo em seu voto

para o caso *White Martins*:

Assumindo que esse cálculo seja possível, outras dificuldades surgiriam. Um determinado percentual serviria para todos os mercados indistintamente? Isso parece ser inadequado, haja vista que mercados distintos possuem taxas de retorno diferentes que dependem das especificidades do mercado (barreiras à entrada, rivalidade, etc.) e produto (elasticidade, substituíbilidade, marca, etc.). Mesmo que seja possível determinar a estrutura de custos de uma sociedade (por conta de problemas de informação assimétrica) e, assim, calcular a margem de lucro que a empresa obtém em determinado mercado, não há consenso em qual percentual de margem acima do qual geraria condenação. O mesmo raciocínio, por óbvio, se aplica ao preço excessivo. (CADE, 2010c, p. 20).

Tem-se, ainda, a teoria da “*ineficiência-x*”, expressa pela Corte Europeia de Justiça em algumas decisões, de que pode ser necessário que os custos de produção a serem considerados em casos de preços exploratórios sejam os de uma empresa hipotética, eficiente, e não necessariamente o da empresa dominante, que pode ter custos de produção inflados por causa da ausência de pressão concorrencial para inovação e melhoria da eficiência de seu processo produtivo, ou mesmo pelo dispêndio de recursos para aquisição e manutenção da posição dominante. Assim sendo, haveria a possibilidade de que um preço seja considerado excessivo mesmo que a margem de lucro não seja extraordinária (GAL, 2004, p. 35).

Por fim, tem-se que, paralelamente à metodologia de análise de custos e sua comparação com os preços, há uma perspectiva de análise unicamente dos lucros empresariais: Essa metodologia considera que o preço é excessivo quando o retorno do capital para o produto é maior do que seu custo médio de capital ponderado. Para Williams (2007, p. 153), um preço pode ser excessivo quando a firma obteve, de modo persistente, alto retorno de capital, levando-se em conta os ativos intangíveis envolvidos e os riscos *ex ante* enfrentados pela empresa.

Motta e Streel (2007) apontam que o tipo de dificuldade enfrentada por essa metodologia é a diferença entre lucro contábil e lucro econômico, além da já mencionada assimetria de informações entre autoridade concorrencial e empresa.

3.5.2 *Comparação entre os preços praticados pela empresa dominante em diferentes mercados geográficos*

A diferença entre os preços praticados em diferentes mercados

geográficos pode ser indício do abuso de posição dominante no mercado em que os preços encontram-se mais elevados.

Essa foi, inclusive, a principal metodologia adotada na argumentação da Comissão Europeia no caso *United Brands*, em que constatou-se que os preços cobrados pelo produto *chiquita banana* em alguns mercados europeus eram superiores em até 100% (cem por cento) aos cobrados no mercado irlandês (EUROPA, 1978).

A possibilidade de comparação pode esbarrar, contudo, na existência de razões economicamente justificáveis para a diferença nos preços, como custos (frete, taxaço, etc.), características relacionadas ao lado da demanda, rivalidade, dentre outras.

Essa foi, inclusive, a razão pela qual a Corte Europeia de Justiça não implementou uma condenação para o caso *United Brands*: a Comissão teria, segundo a decisão, agido de modo simplista e ignorado as diferenças de custos de produção, distribuição e *marketing* entre os mercados comparados.

3.5.3 Comparação entre os preços cobrados pela empresa dominante e um preço de referência (*benchmark*)

Essa metodologia foi adotada pela Corte Europeia de Justiça nos casos relacionados à “*Societe des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique*” (SACEM), uma sociedade francesa de cobrança de direitos autorais, cujos valores foram comparados a entidades semelhantes em outros países europeus. A Corte Europeia de Justiça estipulou que, quando uma empresa dominante impõe tarifas de serviço superiores às cobradas em outros Estados-Membros, e essa comparação é feita em base consistente, a diferença é indicativo de um abuso de posição dominante (EUROPA, 1989, § 25).

Quanto a essa metodologia, a grande dificuldade é a escolha de um preço de referência (*benchmark*) adequado para comparação.

Na hipótese de se adotar, como preço de referência, aquele praticado por outras empresas no mesmo mercado relevante, a própria existência de outros agentes oferecendo o mesmo bem pode indicar a possibilidade de a posição dominante ser erodida com o passar do tempo (MOTTA; STREEL, 2007, p. 36). Ademais, o preço mais elevado da empresa dominante pode decorrer de características originadas do lado da demanda, como uma percepção de superioridade do bem.

Se o preço de referência é aquele praticado por outras empresas em distinto mercado relevante, que opere em regime de concorrência, persistem as dificuldades decorrentes do fato de que a diferença de preço pode derivar de diferentes estruturas de custo e características de demanda (MOTTA; STREEL,

2007, p. 37).

Os problemas da comparação entre preços atuais e passados, ou *benchmark histórico* (OCDE, 2012, p. 43) foram resumidos pelo então Conselheiro Carlos J. Ragazzo em seu voto para o caso *White Martins*, referindo-se à metodologia da apuração da “*variação acumulada do agregado dos preços*” adotada nos casos de preços exploratórios instaurados em razão da CPI dos Medicamentos:

Embora tenha contribuído de forma importante na análise do caso citado, não considero que essa metodologia tenha trazido eficácia à norma, pois, ainda que tenha trazido alguns argumentos interessantes com relação à elevação excessiva de preço, não traz subsídios à análise do preço excessivo em si, o que cria desigualdades de tratamento que impedem a aplicação efetiva da norma. Isso ocorre porque o cálculo da variação acumulada verifica a evolução dos preços em determinado período, em comparação com outros produtos que não necessariamente tiveram um reajuste ‘justo’. Além disso, não leva em conta o preço do produto no momento da fixação inicial. Ou seja, se o preço for fixado inicialmente em patamar elevado e não sofrer reajustes, ele não será considerado excessivo, pois a técnica não leva em conta o momento ‘base’ de fixação de preço. (CADE, 2010c, p. 23).

3.5.4 A convergência de metodologias

Se a incerteza é inerente à análise econômica do direito concorrencial e, portanto, não é razão suficiente para a decretação de sua ineficácia, como se deve proceder diante das limitações das metodologias acima elencadas?

As dificuldades associadas às metodologias de análise de preços aumentam os riscos de erros na persecução a práticas exploratórias. Por essa razão, a doutrina sugere que se estabeleça um alto padrão probatório para a caracterização dessa prática⁴⁴.

Abordagem interessante a esse respeito foi expressa originalmente pelo *Office of Fair Trading* britânico no caso *Napp* (REINO UNIDO, 2002). Diante das dificuldades inerentes a cada uma das metodologias conhecidas, foi

⁴⁴Deve-se questionar, igualmente, qual seria o objetivo da prova nesses casos. A apuração de um percentual “x”, exatamente a partir do qual o preço seria abusivo, seria indispensável em qualquer caso ou apenas na hipótese de se vislumbrar, como remédio, a regulação de preços? Seria necessária a fixação desse percentual “x” na hipótese de se aplicarem outros tipos de remédios, ou seria suficiente constatar-se a ocorrência de aumento *substancial* de preços em razão da posição dominante?

proposta uma postura de “predominância de prova”: “nenhum teste deve, isoladamente, ser considerado suficientemente confiável, e maior confiabilidade pode emergir da combinação de resultados de diferentes testes de comparação de preços” (OCDE, 2012, p. 43, tradução nossa).

A confiabilidade dos resultados agregados seria ampliada em razão do fato de que

enquanto os testes utilizados não são fundamentalmente falhos, as razões para a falta de confiabilidade de cada teste não são correlacionadas, e os testes, em si, são independentes. Nesse caso, os diferentes erros envolvidos em diferentes metodologias tenderiam a se cancelar mutuamente, aumentando a confiabilidade do agregado. (OCDE, 2012, p. 43, tradução nossa).

No mesmo sentido, Motta e Streel (2007) sugerem que as autoridades concorrenciais analisem os preços à luz de tantos métodos quanto possível:

Uma vez que ações de preços excessivos devem ser adotadas somente em circunstâncias excepcionais, e uma vez que todos os métodos para obtenção de prova têm algumas fraquezas, é recomendável que as autoridades antitruste e cortes empreendam testes de precificação excessiva de acordo com quantos dos métodos acima indicados quanto possível. Em outras palavras, as autoridades devem procurar evidência robusta de que os preços são de fato excessivos.

Elas não devem se limitar a uma mera comparação entre preços, ou preços e custos, mas, ao invés disso, devem complementá-la com uma investigação profunda do mercado e das razões pelas quais os preços podem divergir ou estarem consideravelmente acima do nível competitivo. Em qualquer caso, as autoridades devem abandonar o caso se testes diferentes fornecem resultados diferentes, ou se o preço não desvia significativamente dos diferentes preços de referência utilizados. (MOTTA; STREEL, 2007, p. 38, tradução nossa).

Por fim, é pertinente o alerta de Fletcher e Jardine (2008, p. 09) de que as dificuldades de mensuração não podem ser superestimadas. Se, por um lado, as dificuldades indiquem que seja difícil definir guias que tracem uma linha clara entre preço lícito e ilícito, haverá casos em que o preço será suficientemente extremo que, partindo-se das diferentes técnicas de mensuração, sua excessividade será de relativamente fácil demonstração.

3.6 *Remédios concorrenciais*

Conforme define Oliveira (2011, p. 20),

os remédios antitruste são medidas ou instrumentos previstos em lei para a conversão de ilicitudes antitruste em condutas ou atos lícitos, sanando o dano à livre concorrência que se configura e/ou adequando o comportamento em desconformidade com a lei a esta.

A formatação do remédio adequado é uma questão delicada em qualquer hipótese de atuação do direito concorrencial. É possível identificar dois formatos principais de remédios concorrenciais: os remédios estruturais, “que se referem, em geral, à venda de ativos físicos dos agentes econômicos envolvidos”, e os remédios comportamentais, por meio dos quais se impõe “uma obrigação de fazer ou não fazer para o agente econômico” (OLIVEIRA, 2011, p. 21).

Um dos argumentos contrários à intervenção da autoridade concorrencial em preços exploratórios deriva da concepção de que, agindo dessa maneira, seria essencial que o órgão empreendesse a *regulação* dos preços pós-intervenção.

Tratar-se-ia, no caso, de remédio, de natureza comportamental, a requerer extenso envolvimento do poder público no mercado relevante, haja vista a necessidade de se fiscalizar e monitorar a observância à regra de preço fixada. Outros custos relacionados são derivados (i) do esforço do agente econômico para, ao longo do tempo, violar o “espírito” do remédio sem violar sua literalidade (por exemplo, depreciando a qualidade dos produtos), e (ii) da restrição a comportamentos pró-competitivos do agente regulado (a reação tempestiva a mudanças de variáveis mercadológicas influentes na formação do preço).

Adotada essa perspectiva, a limitação de recursos da autoridade concorrencial haveria de ser considerada incompatível com a aplicação de tal remédio e, por razões de desenho institucional, confiadas a uma agência reguladora quando fossem imprescindíveis.

Ocorre, contudo, que outras modalidades de remédios podem ser utilizadas nesses casos, com sucesso. Se, em muitas ocasiões, “o preço excessivo reflete mais um problema na estrutura do mercado do que no comportamento da empresa” (MOTTA; STREEL, 2007, p. 40), podem ser mais adequados aos casos de preços exploratórios a adoção de remédios estruturais, previstos pelo art. 38, incisos V e VII da Lei nº 12.529/11.

A adoção de remédios estruturais, de modo geral, vem sendo incentivada. Conforme apontamos em trabalho anterior acerca do tema:

Uma intervenção estrutural, basicamente, encerra-se logo após a conclusão da operação de desinvestimento determinada pela autoridade pública: por haver clara alteração da titularidade dos direitos de propriedade, o monitoramento da observância à decisão é

significativamente facilitado. Por essa razão, os remédios dessa natureza são considerados mais “limpos”, por evitarem prolongado envolvimento governamental em determinado mercado. (CASTRO, 2011, p. 51).

Também filia-se à preferência por remédios estruturais a Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE) que, no último relatório de *peer review* acerca da lei e política de concorrência no Brasil, observa:

O CADE tem imposto regularmente remédios comportamentais a atos de concentração. Poderia ser útil a realização de um estudo sobre a eficácia desses remédios em alguns dos casos. Em outros países, **a experiência tem mostrado serem as restrições estruturais mais eficazes que as comportamentais, além de mais fáceis de administrar.** (OCDE, 2010, p. 87, sem grifos no original).

Em casos de preços exploratórios, os remédios estruturais podem adotar o formato de uma cisão horizontal, que permitisse que os agentes econômicos resultantes concorressem entre si, ou de medidas que visem à diminuição das barreiras à entrada como, por exemplo, a reestruturação vertical do mercado, “separando os estágios-chave de produção com economias de escala do resto, e permitindo que partes substanciais da empresa funcionem sob regime de concorrência pode acarretar a redução de preços” (OCDE, 2012, p. 59).

Remédios de natureza comportamental, igualmente, podem ser utilizados quando assumirem um formato mais simples do que a regulação de preços. Ruiz (2011, p. 288) observa que “o preço abusivo não é uma situação conjuntural ou circunstancial, mas sim resultado de uma estrutura e condutas persistentes no tempo”, situação que deve orientar a formatação de remédios “estruturais ou comportamentais” como o licenciamento compulsório, vendas de ativos e marcas.

Deve-se observar, também, ser possível que o problema estrutural que dá origem à posição dominante seja pontual e transitório, o que faz da intervenção da autoridade concorrencial uma alternativa mais adequada, barata e não-intrusiva no mercado, em comparação com a criação de uma agência reguladora específica.

Por fim, observe-se que, pela natureza da conduta econômica em questão, a “substancialidade” do aumento de preços, como visto, não pode ser definida por uma regra geral que estabeleça, *a priori*, percentuais de lucratividade aceitáveis.

Essa definição, como se afirmou, pode não ser necessária à configuração do abuso. O que se mostra essencial é, no caso concreto, apurar se a empresa dominante aumentou seus preços de modo substancial em razão

de seu poder de mercado, restringindo o acesso ao bem, identificando-se o interesse público em ampliar o acesso a esse bem. A fixação de tal percentual seria essencial à aplicação do instituto dos preços exploratórios tão-somente caso a autoridade concorrencial optasse por regular os preços praticados pós-intervenção, o que, como visto, não é recomendável.

Em razão dos problemas de segurança jurídica decorrentes de tal situação, Motta e Strel (2007, p. 40, tradução nossa) recomendam que “o remédio apropriado deve mudar a estrutura de mercado para o futuro, e não punir a empresa pelo passado”.

Fletcher e Jardine (2008, p. 12, tradução nossa) vão mais além para sugerir que “as empresas não devem enfrentar multas por preços excessivos, e não devem enfrentar o risco de ações indenizatórias a respeito de tal comportamento”.

No mesmo sentido, Ruiz (2011, p. 288) observa que “o preço abusivo não é uma situação conjuntural ou circunstancial, mas sim resultado de uma estrutura e condutas persistentes no tempo”, razão pelas quais seriam adequados remédios como licenciamento compulsório, vendas de ativos e marcas.

Com efeito, o território de incerteza jurídica em que tal proibição se situa, contudo, recomenda que o foco da intervenção da autoridade concorrencial não seja a aplicação de pesadas multas aos agentes econômicos, e sim a correção da falha de mercado para viabilizar seu funcionamento.

4. Conclusão

A teoria econômica subjacente ao direito concorrencial reside, em grande medida, na ideia de que é dever do poder público intervir diante de situações fáticas em que esteja ocorrendo (ou seja provável que ocorra) o exercício abusivo de poder de mercado.

A ideia de “exercício abusivo de poder de mercado” é compreendida em função do modelo econômico do monopólio, que descreve os prejuízos sociais derivados da conduta do agente que, sendo apto a manipular os fatores de mercado, maximiza seus lucros através da escassez artificial da oferta, elevando indevidamente o nível de preços e sujeitando-se a menores incentivos para a inovação. Tais efeitos indesejados são genericamente definidos como “práticas exploratórias”.

Modernamente, sob o cânone interpretativo da regra da razão, qualquer conduta ou estrutura econômicas serão objeto de intervenção estatal tão-somente na medida de sua aptidão de viabilizar o cometimento de práticas exploratórias.

A legislação concorrencial consagra, então, a ilicitude dos atos econômicos em razão de seus *efeitos*, sem admitir qualquer diferenciação baseada na *forma* de implementação (cf. art. 36, Lei nº 12.529/11).

Se, então, as condutas anticoncorrenciais clássicas (p.ex.: o cartel) são condenadas apenas na medida de sua aptidão de causar, *indiretamente*, os efeitos exploratórios descritos, com mais razão impõe-se o reconhecimento da ilicitude das condutas que representem o exercício *direto* das práticas tipicamente exploratórias e, conseqüentemente, dos preços exploratórios (preços artificialmente elevados em razão do abuso de poder de mercado).

O reconhecimento da ilicitude dos preços exploratórios impõe-se como imperativo de coerência de todo o sistema jurídico-concorrencial. As dificuldades de implementação desse instituto, contudo, não devem ser minimizadas.

A presença de incertezas e a possibilidade do erro não possuem, entretanto, o condão de retirar eficácia ao instituto jurídico dos preços exploratórios. Em verdade, eles constituem elementos inerentes a todo o direito concorrencial, haja vista a natureza da realidade fática a que essa política pública se dirige.

Faz-se necessária, então, a formulação de uma teoria da decisão para o direito concorrencial das práticas unilaterais: considerando-se os custos de intervenção e o risco de erros – os quais, por si só, podem acarretar maiores prejuízos ao bem-estar social do que a prática anticompetitiva objeto da intervenção – procura-se formatar critérios para decidir *se* e *quando* deverá a autoridade concorrencial atuar.

Observa-se, no âmbito dessa teoria, uma preferência geral por erros tipo II (absoluções equivocadas) a erros tipo I (condenações equivocadas). Acredita-se que eventuais distorções criadas pela não-condenação de condutas anticoncorrenciais seriam transitórias, aptos a serem corrigidos pelas livres forças de mercado, enquanto condenações equivocadas provocariam prejuízos perenes à ordem econômica.

Essa predileção transpôs-se ao debate brasileiro acerca das práticas unilaterais exploratórias, chegando-se ao ponto de se constatar, no âmbito do SBDC, propostas de reconhecimento liminar de licitude *per se* a todos os procedimentos envolvendo essa conduta.

Os argumentos que sustentam esse posicionamento, contudo, não possuem base empírica, e dificilmente é possível reconhecer-lhes caráter universal, dadas a diversidade de mercados e economias ao redor do globo.

Observa-se que as concepções acerca da relação entre preços altos e autocorreção do mercado, bem como a relação entre a intervenção concorrencial e a inovação, não são unânimes na literatura econômica. O fato de tais preceitos serem divergentes, por si só, sugere que a exclusão do instituto dos preços exploratórios do sistema jurídico brasileiro pode ser precipitada.

Reúne-se, ademais, uma série de argumentos aptos a sugerirem a existência de situações em que o possível custo de erros tipo I torna-se menos importante do que o possível custo da não-intervenção (erros tipo II): mercados com altas barreiras à entrada; agentes cuja posição dominante contemporânea não possui simetria com importantes investimentos em inovação no passado; posição dominante decorrente de práticas exclusionárias não condenadas no passado; lacuna jurídica que permita o abuso de posição dominante; possibilidade de convergência de métodos de prova para minoração da probabilidade de erro; e viabilidade de remédios concorrenciais não-intrusivos e aptos de serem implementados pela autoridade concorrencial.

Embora não se pretenda, neste trabalho, elaborar um teste (*screening*) ou uma teoria da decisão acabada para o direito concorrencial das práticas exploratórias no Brasil, observa-se ser possível a existência de outras interpretações que, por sua vez, possam conferir maior grau de eficácia ao regime constitucional da livre concorrência. Assim sendo, em observância ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, parece-nos inconstitucional – ao menos no atual estado do debate teórico acerca do tema – a adoção da tese da licitude *per se* dos preços exploratórios, rejeitando preliminarmente o conhecimento de todo e qualquer caso em que a conduta seja discutida.

Tornam-se necessários, portanto, o reconhecimento e a compreensão das complexidades inerentes ao tema, para a elaboração de uma teoria da decisão para o direito concorrencial das práticas exploratórias que seja adequada à realidade econômica brasileira.

5. Referências

- AKMAN, Pinar. Consumer welfare and article 82EC: practice and rhetoric. *World Competition*, [s.l.], v. 32, p. 8-25, 2009. Disponível em: <<http://www.kluwerlawonline.com/toc.php?pubcode=woco>>. Acesso em: 08 ago. 2012.
- AHLBORN, Christian; GRAVE, Carsten. *Walter Eucken and Ordoliberalism: an introduction from a consumer welfare perspective*. [s.l.], 2006. Disponível

em: <<https://www.competitionpolicyinternational.com/walter-eucken-and-ordoliberalism-an-introduction-from-a-consumer-welfare-perspective/>>.

Acesso em: 04 ago. 2012.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023*: informação e documentação - referências - elaboração. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 10520*: informação e documentação - apresentação de citações em documentos. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 14724*: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação. Rio de Janeiro, 2011.

BARROSO, Luís Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, n. 14, jun./ago. 2002. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_14/DIALOGO-JURIDICO-14-JUNHO-AGOSTO-2002-LUIS-ROBERTO-BARROSO.pdf>. Acesso em: 04 ago. 2012.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e interpretação constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editor/IBDC, 1997.

BERCOVICI, Gilberto. *Constituição econômica e desenvolvimento*: uma leitura a partir da Constituição de 1988. São Paulo: Malheiros, 2005.

BLUMENTHAL, William. Discussant comments on exploitative abuses under article 82 EC. In: EHLERMANN, Claus-Dieter; MARQUIS, Mel (Ed.). *European competition annual 2007*: a reformed approach to article 82 EC. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 575-580.

BORK, Robert H. *The antitrust paradox*: a policy at war with itself. New York: Free Press, 1993.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Ministério da Justiça. Portaria conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001. O Secretário de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e o Secretário de Direito Econômico do Ministério da Justiça, no uso de suas atribuições decorrentes, respectivamente, dos arts. 18 c.c. 39, *caput*, do Anexo I do Decreto nº 3.698, de 21 de dezembro de 2000 e dos arts. 10, II, “a”, e 33, *caput*, do Anexo I, do Decreto nº 3.782, de 5 de abril de 2001 e considerando o disposto nos §§ 4º e 6º do art. 54 da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994. *DOU*, Brasília, 17 ago. 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 973.827/RS. 4ª T. Min. Rel. Luís Felipe Salomão. *DOU*, Brasília, 27 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200701790723&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

- BRENNAN, Timothy J. Should innovation rationalize supra-competitive prices? A skeptical speculation. In: SWEDISH COMPETITION AUTHORITY (Org.). *The pros and cons of high prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. p. 88-127. Disponível em: <http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rappporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_high_prices.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- CARLTON, Dennis W.; PERLOFF, Jeffrey M. *Modern industrial organization*. 3. ed. Boston: Addison-Wesley, 2000.
- CASTRO, Bruno Braz de. Remédios jurídicos no direito concorrencial brasileiro: um panorama. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (Org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 31-60.
- CLARK, John Maurice. Toward a concept of workable competition. *The American Economic Review*, Pittsburgh-PA, v. 30, n. 2, p. 241-256, Jun. 1940.
- CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Averiguação preliminar nº 08012.005181/2006-37*. Brasília, 29 abr. 2009a. Voto do Conselheiro Paulo Furquim. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000431081855.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- _____. *Averiguação preliminar nº 08012.006212/2003-24*. Brasília, 28 out. 2009b. Voto do Conselheiro César Mattos. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/temp/t159201217202292.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2012.
- _____. *Averiguação preliminar nº 08012.003648/1998-05*. Brasília, 18 ago. 2010a. Voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000515551772.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. *Processo administrativo nº 08012.003648/1998-05*. Brasília, 18 ago. 2010b. Voto do Conselheiro Ricardo Machado Ruiz. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000551651041.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2012.
- _____. *Processo administrativo nº 08012.003648/1998-05*. Brasília, 18 ago. 2010c. Voto do Conselheiro Carlos Emmanoel Joppert Ragazzo. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000551661619.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2012.
- _____. *Processo administrativo nº 08012.003648/1998-05*. Brasília, 18 ago. 2010d. Voto do Conselheiro César Mattos. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000551641073.pdf>. Acesso em: 30 jul. 2012.

_____. *Relatório anual de atividades 1998-99*. Brasília: CADE, 1999a. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/Default.aspx?cc6daf70bc5bdd7cd47b>>. Acesso em: 09 fev. 2011.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Resolução nº 20, de 9 de junho de 1999. Dispõe, de forma complementar, sobre o Processo Administrativo, nos termos do art. 51 da Lei 8.884/94. *DOU*, Brasília, 28 jun. 1999b.

_____. *Processo administrativo nº 08012.007514/2000-79*. Brasília, 19 jan. 2007. Voto da Conselheira-Presidente Elizabeth Farina. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000293251055.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.

_____. *Processo administrativo nº 08012.000966/2000-01*. Brasília, 18 jun. 2008. Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/D_D000000374681555.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.

_____. Departamento de Estudos Econômicos do CADE. *Nota técnica*. Brasília, fev. 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/temp/Dn_Processo0011764.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.

DANTAS, Ivo. *Direito constitucional econômico: globalização & constitucionalismo*. Curitiba: Juruá, 1999.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Antitrust Divergence and the Limits of Economics. *Northwestern University Law Review*, Chicago, v. 104, p. 253, 2010b.

_____. Antitrust Error. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 52, p. 75, 2010a.

EASTERBROOK, Frank H. The Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, Kansas City, v. 63, n. 1, Aug. 1984.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Sherman Antitrust Act (1890)*. Washington, 02 jul. 1890. Disponível em: <<http://www.ourdocuments.gov/doc.php?flash=true&doc=51>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

_____. Corte de Apelações do Sétimo Circuito. *Richard Goldwasser, et al., v. Ameritech Corporation, Defendant-Appellee*. 222 F.3d 390 (7th Cir. 2000). Illinois, 2000. Disponível em: <<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/222/222.F3d.390.98-1439.html>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

_____. Corte de Recursos da Segunda Circunscrição. *United States v. ALCOA*, 148 F. 2d 416 (2nd Cir.). Nova York, 1945. Disponível em: <<http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/alcoa.pdf>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

_____. Suprema Corte. *Standard Oil Co. of N. J. v. United States*, 221 U.S.1, 52 (1911). Washington, 15 maio 1911. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/case.html>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

_____. Suprema Corte. *United States v. E. I. du Pont de Nemours & Co.* - 351 U.S. 377 (1956). Washington, 11 jun. 1956. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/351/377/case.html>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Suprema Corte. *Northern Pacific Railway Co. et al v. United States* - 356 U.S.1 (1958). Washington, 10 mar. 1958. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/356/1/case.html>>. Acesso em: 28 fev. 2012.

_____. Suprema Corte. *United States v. Grinnell Corp.* 384 U.S. 563 (1966). Washington, 13 jun. 1966. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/563/case.html>>. Acesso em: 28 fev. 2012.

_____. Suprema Corte. *Copperweld v. Independence Tube* 467 U.S. 752 (1984). Washington, 19 jun. 1984. Disponível em: <<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=467&invol=752>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

_____. Suprema Corte. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP* 02-682 (2004). Washington, 15 dez. 2004. Disponível em: <<http://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/opinion.html>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

EUROPA. Corte Europeia de Justiça. *Sirena v. Eda* (1971), *proc. 40/70*. Luxemburgo, 18 fev. 1971. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61970CJ0040:PT:PDF>>. Acesso em: 27 fev. 2012.

_____. Corte Europeia de Justiça. *General Motors Continental NV v. Comission of the European Communities* (1975). *Proc. 26/75*. Luxemburgo, 13 nov. 1975. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61975J0026:EN:NOT>>. Acesso em: 04 mar. 2012.

_____. Corte Europeia de Justiça. *United Brands Continentaal BV v*

- Commission of the European Communities. - Chiquita Bananas - 1978- Case 27/76.* Luxemburgo, 14 fev. 1978. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61976J0027:EN:HTML>>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- _____. Corte Europeia de Justiça. *Ministere Public v. Tournier, ECR 2521, 1989 (“SACEM II”)*, Case 395/87. Luxemburgo, 9 ago. 1989. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61993CO0378:EN:HTML>>. Acesso em: 04 mar. 2012.
- _____. Tratado estabelecendo a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço. Paris, 18 abr. 1951. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/pt/treaties/dat/11951K/tif/TRAITES_1951_CECA_1_PT_0001.tif>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- _____. Versão Consolidada do Tratado de Funcionamento da União Europeia. *Jornal Oficial da União Europeia*, [s.l.], 30 mar. 2010. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:pt:PDF>>. Acesso em: 27 fev. 2012.
- EVANS, David S.; PADILLA, A Jorge. Excessive prices: using economics to define administrable legal rules. CEPR Discussion Paper n° 4626. [...], Sept. 2004. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=620402>. Acesso em: 15 jul. 2012.
- EZRACHI, Ariel; GILO, David. Are excessive prices really self-correcting? *Journal of Competition Law and Economics*, [s.l.], v. 5, n. 2, p. 249-268, 2009. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1411536>. Acesso em: 13 ago. 2012.
- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. Congelamento de preços - tabelamentos oficiais (parecer). *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 91, p. 76-86, 1989.
- _____. *Introdução ao estudo do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FLETCHER, Amelia; JARDINE, Alina. Towards an appropriate policy for excessive pricing. In: EHLERMANN, Claus-Dieter; MARQUIS, Mel (Ed.). *European competition annual 2007: a reformed approach to article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 533-546. Disponível em: <[http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Fletcher-Jardine.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Fletcher-Jardine.pdf)>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- FONSECA, Antonio. Tarifa de transportes aéreos: uma abordagem jurídica do

- equilíbrio econômico dos contratos de permissão. *Revista Jurídica Virtual*, Brasília, v. 1, n. 3, jul. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_03/tarifa%20transportes%20a%E9reos.htm>. Acesso em: 15 jul. 2012.
- FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2005.
- FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- FOX, Eleanor M. Monopolization and dominance in the United States and the European Community: efficiency, opportunity, and fairness. *Notre Dame Law Review*, Notre Dame, v. 61, n. 5, p. 981-1020, 1986.
- FRANCIOSI, Robert.; PRAVEEN KIJAL, Roland Michelitsch. Fairness: effect on temporary and equilibrium prices in posted-offer markets. *Economic Journal*, Oxford, v. 105, p. 938-950, July 1995.
- FREY, Bruno S.; POMMEREHNE, Werner W. On the fairness of pricing - An empirical survey among the general population. *Journal of Economic Behavior and Organization*, [s.l.], v. 20, p. 295-307, 1993.
- GAL, Michal S. Monopoly pricing as na antitrust offense in the U.S. and the EC: Two systems of belief about monopoly? *Antitrust Bulletin*, Wexford, v. 49, p. 343, 2004.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- GREMAUD, Amaury Patrick et al. *Manual de economia*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- GUARAGNI, Fábio André. O novo tratamento dos crimes contra a propriedade intelectual à luz do direito penal econômico: comentários à Lei 10.695 de 01.07.2003. In: GEVAERD, Jair; TONIN, Marta Marília (Coord.). *Direito penal & cidadania: questões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2004. p. 97-111.
- GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Teresa Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.
- HALL, Robert E.; LIEBERMAN, Marc. *Microeconomia: princípios e aplicações*. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2003.
- HOVENKAMP, Hebert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 4. ed. Minnesota: West Publishing, 2011.
- _____; AREEDA, Phillip E. *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*. 3. ed. Nova York: Aspen Publishers, 2008.

- KAHNEMAN, Daniel; KNETSCH, Jack L.; THALER, Richard. Fairness as a Constraint on Profit Seeking: Entitlements in the Market. *American Economic Review*, Pittsburgh, v. 76, n. 4, p. 728-741, Sept. 1986. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1806070?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101175451441>>. Acesso em: 09 jul. 2012.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. São Paulo: Saraiva, 2008.
- LEWIS, David. Chilling competition. In: HAWK, Barry E. (Ed.). *Fordham competition law institute*. Huntington, NY: Juris Publishing, 2008. Chapter 17, p. 419-436.
- LYONS, Bruce. The paradox of the exclusion of exploitative abuse. In: SWEDISH COMPETITION AUTHORITY. *The pros and cons of high prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. p. 65-87.
- MANKIW, Gregory N. *Principles of economics*. Mason-Ohio: Thomson/South-Western, 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Ordem econômica e desenvolvimento na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Ed. APEC, 1989.
- MORGAN, Thomas D. *Cases and materials on modern antitrust law and its origins*. 2. ed. St. Paul: West Group, 2001.
- MOTTA, Massimo; STREEL, Alexandre de. *Excessive pricing in competition law: never say never?* In: SWEDISH COMPETITION AUTHORITY (Org.). *The pros and cons of high prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. p. 14-46. Disponível em: <http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rappporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_high_prices.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- NASCIMENTO, R. A mudança de papel do Estado brasileiro: uma análise dos anos 50 aos anos 90. In: BENECKE, D. W.; NASCIMENTO, R. (ed.). *Opções de política econômica para o Brasil*. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2003, p. 187-206.
- NÚMERO de presos por preço abusivo em postos de SP chega a nove. *GI SP*, São Paulo, 07 mar. 2012. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/03/numero-de-presos-por-preco-abusivo-em-postos-de-sp-chega-nove.html>>. Acesso em: 15 jul. 2012.
- NUNES, Rubens. Lucro arbitrário e preço excessivo. *CADE Informa*, Brasília, mar. 2007. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br/news/n004/artigo.htm>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

- OLIVEIRA, Amanda Flávio de. Remédios antitruste e o ordenamento jurídico brasileiro: primeiras reflexões. In: OLIVEIRA, Amanda Flávio de; RUIZ, Ricardo Machado (Org.). *Remédios antitruste*. São Paulo: Singular, 2011. p. 17-30.
- OLIVEIRA, Carlos Alberto Teixeira de. *A economia: com todas as letras e números*. Belo Horizonte: Mercado Comum, 2004.
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Excessive prices. DAF/COMP(2011)18*. Paris, 07 Feb. 2012. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuseofdominanceandmonopolisation/49604207.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS. *Lei e política de concorrência no Brasil: uma revisão pelos pares*. Paris, 2010. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/upload/OCDE_Peer_Review_2010_portugues.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2010.
- PAULIS, Emil. Article 82 and exploitative conduct. EUI COMPETITION LAW AND POLICY WORKSHOP, 12th. Florence, 8-9 June 2007. Disponível em: <[http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Roeller.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Roeller.pdf)>. Acesso em: 05 mar. 2012.
- PENNANCE, F. G.; SELDON, Arthur. *Dicionário de economia*. Tradução de Nelson de Vincenzi. Rio de Janeiro: Bloch Editores, 1969. 2. v.
- PITOFISKY, Robert. Antitrust in the next 100 years. *California Law Review*, Berkeley, v. 3, n. 75, p. 817-833, 1987.
- REINO UNIDO. UK Competiton Commision Appeal Tribunal. *Napp Pharmaceutical Holdings vs. Director-General of Fair Trading, Case nº 1001*. Londres, 15 Jan. 2002. Disponível em: <<http://www.catribunal.org.uk/237-565/1001-1-1-01-Napp-Pharmaceutical-Holdings-Limited-and-Subsidiaries.html>>. Acesso em: 05 mar. 2012.
- RÖLLER, Lars-Hendrik. Exploitative abuses. In: EHLERMANN, Claus-Dieter; MARQUIS, Mel (Ed.). *European competition annual 2007: a reformed approach to article 82 EC*. Oxford: Hart Publishing, 2008. p. 525-533. Disponível em: <[http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Roeller.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Roeller.pdf)>. Acesso em: 24 jul. 2012.
- RUIZ, Ricardo Machado. Preços abusivos na política antitruste: uma peça com três atores. *Debates em Direito da Concorrência*, Brasília, p. 279-295, 2011. Disponível em:

- <http://www.agu.gov.br/sistemas/site/TemplateImagemTexto.aspx?idConteudo=171700&ordenacao=1&id_site=7529>. Acesso em: 24 jul. 2012.
- SANTACRUZ, Ruy. Preço abusivo e cabeça de bacalhau. *Revista do IBRAC*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 17-32, 1998.
- SÃO PAULO. Polícia Civil do Estado. Polícia Civil autua postos de combustíveis oportunistas - Alguns postos da Capital aproveitaram a greve para elevar os preços dos combustíveis e prejudicar o consumidor. *Polícia Civil do Estado de São Paulo: Notícias em Geral*, São Paulo, 07 mar. 2012. Disponível em <<http://www2.policiaocivil.sp.gov.br/x2016/modules/news/article.php?storyid=2590>>. Acesso em: 23 jun. 2012.
- SCHWEITZER, Heike. *Parallels and Differences in the Attitudes towards single-firm conduct: what are the reasons? The History, Interpretation and Underlying principles of Sec. 2 Sherman Act and Art. 82 EC. EUI Working Papers. LAW/2007/32.* [s.l.], 2007. Disponível em: <<http://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/7626/LAW-2007-32.pdf?sequence=3>> Acesso em: 05 jul. 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SIMONSEN, Mário Henrique. A inflação brasileira: lições e perspectivas. *Revista de Economia Política*, São Paulo, v. 5, n. 4, p. 15-30, out./dez. 1985.
- SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2005.
- URBANY, Joel; MADDEN, Thomas; DICSON, Peter R. 1989. All's not fair in pricing: an initial look at the dual entitlement principle. *Marketing Letters*, [s.l.], v. 1, p. 17-25, 1989. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/40216130?uid=3737664&uid=2129&uid=2&uid=70&uid=4&sid=21101050341063>> Acesso em: 05 jul. 2012.
- VAIDYANATHAN, Rajiv; AGGRARWAL, Praveen. Who is the Fairest of them all? An Attributional Approach to Price Fairness Perceptions. *Journal of Business Research*, [s.l.], v. 56, n. 6, p. 453-463, 2003.
- VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON, Joseph E.; VERNON, Joseph E. *Economics of regulation and antitrust*. 4. ed. Massachusetts: MIT University Press, 2005.
- WAHL, Nils. Exploitative high prices and European competition law - a personal reflection. In: SWEDISH COMPETITION AUTHORITY (Org.). *The pros and cons of high prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. p. 47-64. Disponível em:

<http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rappporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_high_prices.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.

WHISH, Richard. *Competition law*. 3. ed. Oxford: OUP Oxford, 2008.

WILLIAMS, Mark. Excessive prices. In: SWEDISH COMPETITION AUTHORITY (Org.). *The pros and cons of high prices*. Kalmar: Lenanders Grafiska, 2007. p. 128-156. Disponível em: <http://www.kkv.se/upload/filer/trycksaker/rappporter/pros&cons/rap_pros_and_cons_high_prices.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2012.

WILLIAMSON, John. What Should the World Bank Think About the Washington Consensus? World Bank Research Observer. *The International Bank for Reconstruction and Development*, Washington-DC, v. 15, n. 2, p. 251-264, Aug. 2000. Disponível em: <<http://time.dufe.edu.cn/wencong/washingtonconsensus/whatshouldbankthink.pdf>>. Acesso em: 20 jul. 2012.

XIA, Lan; MONROE, Kent B.; COX, Jennifer L. The Price Is Unfair! A Conceptual Framework of Price Fairness Perceptions. *Journal of Marketing*, [s.l.], v. 68, p. 1-15, 2004.

* * *

CONCESSÃO DE DESCONTOS PARA PAGAMENTOS EM DINHEIRO SOB A ÓTICA CONCORRENCIAL E CONSUMERISTA: UMA ANÁLISE DO RESP 1.479.039 E DA MP Nº 764/2016

**André Santos Ferraz
Caroline Guyt França**

Resumo: A MP nº 764/2016 autorizou a diferenciação de preços em função do instrumento de pagamento utilizado, como, por exemplo, dinheiro e cartões de crédito. No entanto, o STJ, no REsp nº 1.479.039, entendeu ser descabida qualquer diferenciação de preços entre diferentes instrumentos de pagamentos, já que a mesma configuraria prática abusiva no mercado de consumo, sendo, portanto, proibida pelo CDC; e, além disso, infração à ordem econômica, segundo a Lei nº 12.529/2011. Contudo, o artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 vem sendo interpretado, no âmbito do Direito Concorrencial brasileiro, a partir da chamada regra da razão. Nesse sentido, o presente artigo pretende demonstrar a conformidade da diferenciação de preços para aqueles que optarem pelo pagamento em dinheiro ou cheque com a legislação antitruste vigente no país e também possíveis benefícios auferidos pelos consumidores a partir da prática.

Palavras-chave: Medida Provisória nº 764/2016. Recurso Especial nº 1.479.039-MG. Discriminação de preços. Instrumentos de pagamentos. Lei nº 12.529/2011. Código de Defesa do Consumidor.

Abstract: Recently, the Provisory Measure n. 764/2016 authorized price differentiation between cash payments and credit cards payments. However, the Brazilian Superior Court of Justice understood that any price differentiation, including the granting of discounts, between cash payments and credit cards payments would be inappropriate, since this would result in an abusive practice on the market, being therefore, forbidden by the Code of Consumer Defense and Protection; and, besides that, an infringement to the economic order, according to the Law n. 12.529/2011. Meanwhile, the article 36 of the Law n. 12.529/2011 has been interpreted by the rule of reason. Therefore, the present article intends to demonstrate that price differentiation to those who choose to pay by cash or check are in accordance with Brazilian antitrust legislation and possible benefit consumers.

Keywords: Provisory Measure n. 764/2016. Special Appeal n. 1.479.039-MG. Price discrimination. Payment instruments. Law n. 12.529/2011. Code of Consumer Defense and Protection.

1. Introdução

Recentemente, foi editada a Medida Provisória nº 764/2016 (“MP 764/2016”),¹ a qual autorizou a diferenciação de preços entre pagamentos realizados por diferentes instrumentos de pagamentos, *in verbis*:

“Art. 1º Fica autorizada a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público, em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.

Parágrafo único. É nula a cláusula contratual, estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços facultada no caput.”²

No entanto, em outubro de 2015, a decisão do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) no Recurso Especial nº 1.479.039-MG (“REsp. 1.479.039”)³ entendeu ser descabida qualquer diferenciação de preços, inclusive concessão de descontos, entre pagamentos realizados em dinheiro ou cheque e pagamentos realizados em cartão de crédito, já que a mesma configuraria prática abusiva no mercado de consumo, sendo, portanto, proibida pelo Código de Defesa do Consumidor (“CDC”); e, além disso, infração à ordem econômica, segundo a Lei nº 12.529/2011, a Nova Lei Antitruste Brasileira.

Na mídia, a possibilidade de diferenciação de preços para pagamentos realizados em dinheiro, por exemplo, tem ganhado destaque devido ao provável interesse do setor de bens e serviços sobre o tema.⁴

¹ A MP 764/2016 foi publicada no dia 27 de dez. de 2016, durante o recesso do Congresso Nacional, e prorrogada em 03 de abr. de 2017, tendo vigência, portanto, até o dia 1º de jun. de 2017. Importante ressaltar que, até o momento, o Congresso Nacional ainda não se manifestou a respeito da referida Medida Provisória.

² BRASIL. **Medida Provisória nº 764/2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/Mpv/mpv764.htm>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em 06 de out. de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201402231634>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

⁴ Destacam-se, por exemplo: MARCONDES, Daniel. **Oferecer desconto em compra com dinheiro é ilegal, decide STJ**. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 02 de nov. de 2015. Disponível em: <[71](http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/11/1701251-oferecer-</p></div><div data-bbox=)

No âmbito do STJ, a discussão sobre a possibilidade da diferenciação de preços não é inédita.⁵ Contudo, a inovação apresentada, no julgamento do Resp 1.479.039, foi a utilização do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 para fundamentar a impossibilidade de tal prática. Até então, não havia sido observada a aplicação do referido diploma legal nas discussões do STJ sobre o tema.⁶

A partir disso, deve-se ressaltar que o Direito Concorrencial brasileiro tem pautado as análises de condutas unilaterais a partir da regra da razão ou *rule of reason*, conforme será observado a seguir. Isso importa no exame de razoabilidade da conduta, ao invés da pura presunção de ilegalidade das práticas previstas nos incisos do §3º do art. 36, da Lei nº 12.529/2011, como parece ter entendido o STJ no julgamento do REsp 1.479.039.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende demonstrar a conformidade da diferenciação de preços e, por conseguinte, da concessão de descontos em função do instrumento de pagamento utilizado com a legislação antitruste vigente no país e também os possíveis benefícios auferidos pelos consumidores a partir desta diferenciação.

Para tanto, o artigo será dividido em cinco partes, além da presente introdução e das conclusões. Primeiramente, analisar-se-á a jurisprudência do STJ sobre diferenciação de preços entre pagamentos realizados em dinheiro ou cheque e pagamentos realizados em cartão de crédito. A partir disso, buscar-se-á fazer uma breve síntese da lide que culminou no REsp. 1.479.039 e da manifestação do STJ no mesmo. Em sequência, serão realizadas considerações sobre o mercado de cartões de crédito, o que, como será visto, também foi feito pelo Ministro Relator do referido Recurso Especial. A parte seguinte será dedicada ao estudo do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, buscando demonstrar o

[desconto-em-compra-com-dinheiro-e-ilegal-decide-stj.shtml](#)>. Acesso em: 09 de fev. de 2016; e MOREIRA, Talita. **MP autoriza cobrança de preços diferentes conforme meio de pagamento**. *Valor Econômico*, São Paulo, 27 de dez. de 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/4818996/mp-autoriza-cobranca-de-precos-diferentes-conforme-meio-de-pagamento>>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

⁵ Citam-se, por exemplo, as manifestações do STJ nos julgamentos dos seguintes recursos: Recurso Especial nº 229.586-SE; Recurso Especial nº 827.10-RJ; Recurso Especial nº 1.133.410-RS; Recurso Especial nº 1.178.360-SP; Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.181.256-AL; e Agravo em Recurso Especial nº 266.664-MG. A respeito de tais julgamentos, serão feitas considerações no tópico seguinte.

⁶ Os julgamentos dos recursos citados na nota de rodapé acima, por exemplo, não se referiram diretamente à Lei nº 12.529/2011 e, tampouco, à Lei nº 8.884/1994, antiga responsável por dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e vigente na época da maioria dos referidos julgamentos.

possível equívoco de sua interpretação, pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial em questão. Por fim, antes da apresentação das conclusões do presente artigo, serão expostos possíveis benefícios auferidos pelos consumidores a partir da diferenciação de preços autorizada pela MP 764/2016 e, por conseguinte, a conformidade daquela também com as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

2. A jurisprudência do STJ sobre diferenciação de preços entre pagamentos em dinheiro ou cheque e pagamentos em cartão de crédito

As primeiras manifestações do STJ sobre a possibilidade de diferenciação de preços entre pagamentos realizados em dinheiro ou cheque e pagamentos realizados em cartão de crédito aconteceram em lides que envolviam a atuação da Superintendência Nacional de Abastecimento (“Sunab”).⁷

O Recurso Especial nº 229.586-SE (“REsp 229.586”),⁸ por exemplo, foi interposto pela Fazenda Nacional, objetivando definir como legítima a atuação da Sunab na fiscalização de venda de produtos através de cartão de crédito por preços superiores aos praticados em vendas à vista. Em tal julgamento, o ex-Ministro Relator Garcia Vieira, acompanhado por unanimidade pelos então ministros da Primeira Turma do STJ, sustentou que, não contraria nenhuma lei e nem há abuso de poder econômico, vender mercadorias mediante cartão de crédito por preço superior ao cobrado à vista, acrescentando ainda que o “Estado exerce suas funções de fiscalização e planejamento, sendo este apenas indicativo para o setor privado (artigo 174 da CF)”⁹ e que “sua intervenção deve ser nos limites estabelecidos pela lei,

⁷ A Sunab foi um órgão da Administração Pública Indireta, criado pela Lei Delegada nº 4/1962, com poderes para intervir no mercado a partir da fixação de preços e do controle de estoques. Na década de 1980, ganhou mais importância no cenário nacional em virtude dos planos econômicos vigentes na época, os quais determinavam, por exemplo, congelamento de preços na tentativa de controlar a inflação, conforme leciona: LACERDA, Antônio C. de; et. al. **Economia Brasileira**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Foi extinta em pelo Decreto nº 2.280 em 1997.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 229.586-SE**. Relator: Ministro Garcia Vieira. Julgado em: 16 de dez. de 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199900817222>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

⁹ *Ibidem*, p. 1.

devido imperar a livre concorrência.”¹⁰

No mesmo sentido, discutiu-se, no Recurso Especial nº 1.178.360-SP (“REsp 1.178.360”),¹¹ a possibilidade da “diferenciação do preços para vendas à vista e a prazo no cartão de crédito e se a Sunab, fundamentada na Lei Delegada nº 4/1962, artigo 11, ’n’,¹² poderia multar empresa que adotasse tal conduta por prática abusiva. Em sua decisão, o Ministro Relator Humberto Martins afirmou que:

“A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte se firmou no sentido de que a simples oferta de desconto nas vendas feitas com dinheiro ou cheque, em relação às efetuadas por meio de cartão de crédito, não encontra óbice legal, pela inexistência de lei que proíba essa diferenciação e por não caracterizar abuso de poder econômico. (...)

Assim, descabe aplicar sanção administrativa ao comerciante que majorou o preço da mercadoria para a transação realizada com cartão de crédito em relação ao preço à vista, uma vez que não há vedação legal (...).”¹³

O entendimento de que não há vedação legal à cobrança diferenciada para pagamento com cartão de crédito¹⁴ e que, portanto, tal prática não é abusiva também foi manifestado pelo STJ nos julgamentos do Recurso Especial nº 827.120-RJ,¹⁵ dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº

¹⁰ Ibidem, p. 1.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.178.360-SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 12 de fev. de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000204744>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

¹² Ibidem, p. 3.

¹³ Ibidem, pp. 3 e 4.

¹⁴ Deve-se mencionar a existência da Resolução nº 34/1989 do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, a qual proíbe a diferenciação de preços entre pagamentos realizados em dinheiro ou cheque e pagamentos realizados em cartão de crédito. No entanto, resoluções são normas infralegais e, portanto, o presente estudo adotará o posicionamento de que não existe óbice legal para adoção da referida prática.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso Especial nº 827.10-RJ**. Relator: Ministro Castro Meira. Julgado em: 18 de mai. de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200600509326>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

1.181.256-AL¹⁶ e do Agravo em Recurso Especial nº 266.664-MG.¹⁷

No entanto, tal jurisprudência encontrou divergência no julgamento do Recurso Especial nº 1.133.410-RS (“REsp 1.133.410”),¹⁸ o qual se concentrou “em saber se a cobrança de preços diferenciados, pela mesma mercadoria (...), para pagamento em espécie e para pagamento efetuado por meio de cartão de crédito, constitui ou não prática consumerista reputada abusiva.”¹⁹ O ex-Ministro Massami Uyeda, Relator do referido Recurso Especial, defendeu que a celeuma ali encontrada deveria ser analisada sob o enfoque da legislação consumerista vigente no país, em virtude da inexistência de diploma legal específico que trate tal questão.²⁰

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.181.256-AL**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em: 02 de fev. de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica®istro=201001790618>>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 266.664-MG**. Relator: Ministro: Humberto Martins. Julgado em: 04 de jun. de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica®istro=201202532735>>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.133.410-RS**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 16 de mar. de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica®istro=200900652208>>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.133.410-RS**. Voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 1. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8443665®istro=200900652208&data=20100407&tipo=91&formato=PDF>>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

²⁰ Deve-se ressaltar que, como já foi apresentado no presente estudo, o STJ, em outras oportunidades, já afirmou que a diferenciação de preços entre pagamentos realizados em dinheiro ou cheque e pagamentos realizados por meio de cartão de crédito não encontra óbice legal justamente pela inexistência de legislação que proíba essa diferenciação. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.178.360-SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 12 de fev. de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica®istro=201000204744>>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

Em seu voto, acompanhado por unanimidade pela Terceira Turma do STJ, o ex-Ministro Massami Uyeda sustentou que o pagamento realizado em cartão de crédito é, na realidade, uma modalidade de pagamento à vista, muito assemelhado, portanto, ao pagamento realizado em dinheiro ou cheque, já que naquele a administradora do cartão se responsabiliza integralmente pela compra do consumidor, assumindo o risco do crédito e, até mesmo, de eventuais fraudes. Ou seja, ainda segundo as manifestações do Relator, “o consumidor, ao efetuar o pagamento por meio de cartão de crédito (que só se dará a partir da autorização da emissora), exonera-se, de imediato, de qualquer obrigação ou vinculação perante o fornecedor, que deverá conferir aquela plena quitação.”²¹

A partir disso, o referido ex-Ministro concluiu que a pura concessão de descontos não é, por si só, proibida, mas que inexistem razões plausíveis para a diferenciação de preços entre formas de pagamento que são muito assemelhadas, o que afirmou acontecer entre os pagamentos em dinheiro ou cheque e os pagamentos em cartão de crédito (não parcelado). Acrescenta, ainda, que esta diferenciação constitui, “inclusive, prática de consumo abusiva, nos termos dos artigos 39, inciso X, e 51 inciso X, ambos do Código de Defesa do Consumidor.”²²⁻²³

Dessa forma, apesar de a jurisprudência analisada indicar uma tendência para que a diferenciação de preços entre pagamentos em dinheiro e em cartão de crédito seja considerada legal, o REsp 1.133.410, acima mencionado, já havia indicado que a matéria não poderia ser considerada pacífica no âmbito do STJ, mesmo quando analisada somente sob o enfoque da legislação consumerista.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.133.410-RS**. Voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 5. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8443665&num_registro=200900652208&data=20100407&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

²² Ibidem, p. 7.

²³ Art. 39, CDC. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (...)

Art. 51, CDC. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral.

3. Breve síntese do Recurso Especial n.º 1.479.039-MG

O julgamento do REsp 1.479.039 reforçou a afirmação de que a possibilidade de diferenciação de preços em função do instrumento de pagamento utilizado ainda é matéria que não está pacificada no âmbito do STJ.²⁴

O Recurso em tela foi interposto pela Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte (“Recorrente”) em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (“TJ/MG”) que afirmou que:

“a cobrança de preços diferenciados por uma mesma mercadoria para o pagamento à vista, mediante dinheiro ou cheque, e para aquele efetuado por meio de cartão de crédito, constitui prática abusiva, em evidente vulneração aos artigos 39, V e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.”²⁵

A divergência entre e o acórdão proferido pelo TJ/MG e as manifestações do STJ nos já referidos REsp 229.586, 1.178.360 e 1.181.256, por exemplo, foi apontada pela Recorrente em suas razões. Além disso, a

²⁴ A partir da jurisprudência do STJ analisada até aqui, nota-se, inclusive, que o próprio Ministro Humberto Martins já havia se manifestado a favor da “possibilidade de oferta de desconto nas vendas cujo pagamento é feito com dinheiro ou cheque, em relação ao efetuado por meio de cartão de crédito”, em julgamento posterior ao do REsp 1.133.410, conforme observado em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n.º 266.664-MG**. Decisão do Ministro Relator Humberto Martins, p. 3. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=26755056&num_registro=201202532735&data=20130214&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016. Além disso, o referido Ministro, também em julgamento posterior ao do REsp 1.133.410, afirmou que não se verifica prática ilícita na cobrança de preços diferenciados para vendas à vista e a prazo no cartão de crédito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.178.360-SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 05 de ago. de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000204744>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n.º 1.0024.10.117577-6/002**. Relator: Desembargador Elias Camilo. Julgado em 12 de set. de 2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jseccionid=CA8A60E06712D6F3BE95750C3E4598F0;juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.10.117577-6%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 10 de fev. de 2016.

mesma trouxe outras alegações que merecem destaque, *in verbis*:

“(...) a impossibilidade de desconto para aquele que não se vale do cartão de crédito, isto é, para o cliente que paga à vista, importa em prejuízo para tal consumidor, eis que os preços estão definidos para cima, embutidos os custos da utilização do cartão de crédito.

Ademais, a venda por intermédio do cartão de crédito beneficia o consumidor que tem um maior prazo para pagamento, o que não ocorre com o consumidor que efetua suas compras à vista (dinheiro ou cheque), e que, por assim ser, tem o direito de se beneficiar de descontos.

Além disso, inexistente no ordenamento jurídico pátrio qualquer lei que obrigue o comerciante a praticar os mesmos preços de venda à vista - em dinheiro ou cheque - àquelas efetuadas em cartão de crédito.”²⁶

Em desacordo com o alegado pela Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte, no entanto, o Ministro Relator Humberto Martins iniciou seu Voto sustentando que o preço à vista deve ser estendido aos que optam por pagar suas compras por meio do uso do cartão de crédito, os quais, por conseguinte, também deverão ser contemplados por eventuais descontos e promoções concedidos aos que optam por pagar em dinheiro ou cheque.

Para corroborar esse ponto de vista, o referido Voto apresentou a distinção entre consumidor, emissor e fornecedor nos contratos de cartão de crédito, apontando brevemente as relações jurídicas entre tais agentes, *in verbis*:²⁷

“existe relação jurídica entre a **instituição financeira** (emissora) e o **titular do cartão** (consumidor), o qual obtém crédito e transfere àquela a responsabilização pela compra autorizada mediante o pagamento da taxa de administração ou mesmo de juros oriundos do parcelamento da fatura.

(...) há uma relação jurídica entre a **instituição financeira** (empresa emissora e, eventualmente, administradora do cartão de crédito) e o **estabelecimento comercial credenciado** (fornecedor). A emissora do cartão credencia o estabelecimento comercial e assume o risco integral do crédito e de possíveis fraudes. Para que essa assunção de risco ocorra,

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Voto do Ministro Relator Humberto Martins, p. 2. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52684741&num_registro=201402231634&data=20151016&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

²⁷ O próximo tópico buscará pormenorizar o mercado de cartões de crédito no Brasil, apresentando todos os *players* existentes no mercado e as relações estabelecidas entre os mesmos.

o estabelecimento comercial repassa à emissora, a cada venda feita em cartão de crédito, um percentual dessa operação, previamente contratado. (...) também existe uma relação jurídica entre o **consumidor** e o **estabelecimento comercial credenciado** (fornecedor). Aqui, o estabelecimento comercial, quando possibilita aos consumidores efetuarem a compra mediante cartão de crédito, incrementa a atividade comercial, aumenta as vendas e obtém lucros, haja vista a praticidade do cartão de crédito, que o torna uma modalidade de pagamento cada vez mais costumeira.”²⁸

A partir da retrotranscrita distinção, o Ministro Relator afirmou que a autorização da transação pela emissora liberaria o “consumidor de qualquer obrigação ou vinculação junto ao fornecedor”,²⁹ possibilitando caracterizar o pagamento realizado em cartão de crédito como modalidade de pagamento à vista, *pro soluto*. Ou seja, segundo o Relator do REsp 1.479.039, o pagamento realizado em cartão de crédito torna o contrato de compra e venda, estabelecido entre o consumidor e o fornecedor, perfeito e acabado, assemelhando-o, assim, às relações em que se observam pagamentos realizados em dinheiro ou cheque.³⁰

Com base nisso, o referido voto concluiu, de maneira concisa e sem desenvolver maior fundamentação, que a diferenciação entre pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito é “prática abusiva no mercado de consumo”³¹, nociva ao equilíbrio contratual, nos termos dos artigos 39, V e X,

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Voto do Ministro Relator Humberto Martins, p. 5. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52684741&num_registro=201402231634&data=20151016&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Voto do Ministro Relator Humberto Martins, p. 6. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52684741&num_registro=201402231634&data=20151016&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

³⁰ De fato, a autorização, pela emissora, da transação realizada por meio de cartão de crédito garante o adimplemento daquele pagamento junto ao fornecedor. Entretanto, considerar, apenas por esse motivo, pagamentos realizados em cartão de crédito como modalidade de pagamento à vista pode ser equivocado, conforme buscar-se-á demonstrar na próxima parte do presente estudo.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Voto do Ministro Relator Humberto Martins, p. 7. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52684741&num_registro=201402231634&data=20151016&tipo=91&formato=PDF>

e 51, do CDC; e, além disso, infração à ordem econômica, conforme o artigo 36, §3º, X e XI, da Lei nº 12.529/2011.³²⁻³³

Como já foi visto, o STJ, em manifestações anteriores sobre o tema, baseou-se eminentemente na ausência de legislação específica, à época, e na legislação consumerista para fundamentar suas decisões. Dessa forma, a decisão proferida pelo Tribunal no REsp 1.479.039, além de não citar a inexistência de legislação específica para disciplinar a matéria, como foi feito em julgamentos anteriores, inovou ao citar a Lei nº 12.529/2011 em sua fundamentação e também ao considerar, como infração à ordem econômica, a diferenciação de preços para pagamentos realizados em dinheiro ou cheque.³⁴⁻
35

4. O mercado de cartões de crédito

4.1. *Breves considerações sobre o cartão de crédito sob a ótica da*

[o=PDF](#)>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

³² Em face da referida decisão, foram interpostos Embargos de Divergência, os quais ainda careciam de decisão até o momento da submissão do presente artigo.

³³ Apesar do referido Voto ter sido acompanhado por unanimidade pelos demais ministros da Segunda Turma do STJ, o Ministro Herman Benjamin questionou a tese adotada pelo Ministro Relator, mesmo manifestando-se também pelo não provimento do REsp 1.479.039. O Ministro Herman Benjamin afirmou que, caso fosse relator do caso, teria se posicionado de maneira oposta à adotada pelo Relator. Acrescentou ainda que, em tempos de inflação, tal decisão do STJ poderia ainda fazer com que lojistas aumentassem os preços de seus produtos.

³⁴ Deve-se ressaltar ainda que, nas palavras do Voto do Ministro Relator, a caracterização de concessão de descontos para pagamentos realizados em dinheiro ou cheque como prática abusiva e infração à ordem econômica representa “evolução no entendimento do STJ no tocante à inadiável tutela do consumidor”, conforme observa-se em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Voto do Ministro Relator Humberto Martins, p. 10. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=52684741&num_registro=201402231634&data=20151016&tipo=91&format_o=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

³⁵ Mais recentemente, no julgamento do REsp nº 1.610.813-ES, em 18 de agosto de 2016, o STJ reafirmou, citando as decisões proferidas nos Recursos Especiais nºs 1.133.410 e 1.479.039, que a diferenciação de preços é prática abusiva no mercado de consumo, ofendendo o art. 39, incisos V e X, do CDC. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.610.813-MG**. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1479039&b=ACOR&p=tr ue&l=10&i=1>>. Acesso em: 05 de dez. de 2016.

Economia Monetária

Cumprе ressaltar que, sob a ótica da Economia Monetária, o cartão de crédito não é um meio de pagamento. Tal enfoque estabelece que os meios de pagamento consistem “na totalidade de ativos possuídos pelo público que pode ser utilizado a qualquer momento para a liquidação de qualquer compromisso futuro ou à vista”,³⁶ representando apenas a soma do papel-moeda em poder do público, também chamado de moeda manual (ou seja, cédulas e moedas metálicas nas mãos dos agentes econômicos – consumidores e fornecedores), e dos depósitos à vista nos bancos comerciais, os quais também são conhecidos como moeda escritural (ou seja, saldos disponíveis em contas correntes).³⁷⁻³⁸

Os cartões de crédito, por sua vez:

“não são considerados meios de pagamento porque são tidos apenas como um meio de se obter crédito, que deverá ser honrado com moeda escritural ou manual em uma data futura. (...) nem toda criação de crédito significa criação de moeda - e o pagamento feito através do uso de um cartão de crédito significa tão-somente a obtenção de crédito sem qualquer criação de moeda.”³⁹

Ou seja, quando o consumidor utiliza o cartão de crédito para efetuar uma compra, na verdade, ele está dividindo tal compra em mais de um pagamento: o fornecedor receberá um crédito por aquela compra, o qual será devidamente quitado no futuro (pelos denominados credenciadores), porém, não integralmente;⁴⁰ e o consumidor estará se financiando, devendo quitar tal

³⁶ CARVALHO, Fernando J. Cardim de; *et. al.* **Economia Monetária e Financeira: teoria e política.** Rio de Janeiro: Elsevier, 9ª reimpressão (2012), 2007, p. 4.

³⁷ Os meios de pagamento são representados pela seguinte equação: $MP = PMPP + DV_{BC}$.

³⁸ O acelerado desenvolvimento tecnológico nos campos da informática e das telecomunicações permitiu o surgimento dos chamados cartões de débito, os quais também são conhecidos como dinheiro eletrônico. Todas operações realizadas por meio da utilização de um cartão de crédito impactam automaticamente nos depósitos à vista em bancos comerciais. Por esse motivo, cartões de débito podem ser considerados meios de pagamento, diferentemente do que acontece com os cartões de crédito. Nesse sentido: CARVALHO, Fernando J. Cardim de; *et. al.* **Economia Monetária e Financeira: teoria e política.** Rio de Janeiro: Elsevier, 9ª reimpressão (2012), 2007.

³⁹ CARVALHO, Fernando J. Cardim de; *et. al.* **Economia Monetária e Financeira: teoria e política.** Rio de Janeiro: Elsevier, 9ª reimpressão (2012), 2007, p. 4.

⁴⁰ Será descontada a chamada taxa de desconto, conforme ainda será observado no presente estudo.

operação, também no futuro, em dinheiro ou cheque, junto ao emissor.⁴¹

A partir disso, conclui-se que, sob o prisma da Economia Monetária, cartões de crédito não são meios de pagamento, pois são considerados apenas uma forma de diferir o pagamento, não podendo ser caracterizados como forma de pagamento à vista. Entretanto, é bastante comum a expressão “meio de pagamento” ser utilizada para se fazer referência ao cartão de crédito.

4.2. *A estrutura do mercado de cartões de crédito no Brasil*

Em seu Voto, o Ministro Relator do REsp 1.479.039⁴² apontou as relações existentes entre consumidor, emissor e fornecedor no mercado de cartões de crédito. Essa breve caracterização do referido mercado já havia sido manifestada pelo STJ no Voto Relator do ex-Ministro Massami Uyeda no REsp 1.133.410.

No entanto, o mercado de cartões de cartões é um pouco mais complexo do que a análise realizada nos referidos votos, contando, inclusive, com outros agentes e relações, conforme é possível observar a partir dos seguintes agentes econômicos do mercado em tela e das estruturas que serão apresentadas abaixo:⁴³

⁴¹ A próxima seção do artigo pormenorizará toda a estrutura do mercado de cartões de crédito no Brasil, definindo as funções desenvolvidas por cada um dos agentes da cadeia.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em 06 de out. de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=201402231634>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

⁴³ Para identificação dos agentes econômicos listados, o presente estudo utiliza como base as seguintes referências: BRASIL. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10** (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Mastercard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.). Publicado em 26 de jan. de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mhs0JCZwmZI3NYE4LnsW911Bguh1wOhQruc8ZTjV-OSJQ,>>. Acesso em: 15 de fev. de 2016; BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**, 2010. Disponível em:

- i) **Bandeira:**⁴⁴ é proprietária de todos os direitos, respondendo pelos deveres de utilização da marca e fixando regras e padrões gerais de organização e funcionamento da sua rede; ou seja, é a responsável pela comunicação do conjunto de transações que é realizado entre o portador e o emissor.⁴⁵ As tarifas cobradas pela utilização de sua rede dos emissores e dos credenciadores são sua fonte de receita. Citam-se como exemplos: Visa, MasterCard, American Express, Diners, Elo, Hiper e etc.;⁴⁶
- ii) **Credenciador:**⁴⁷ sua principal atividade consiste no credenciamento (prospecção, análise e submissão de propostas) de estabelecimentos comerciais (fornecedores) para que os mesmos passem a aceitar os cartões de crédito. Também costuma realizar outras atividades, entre as quais: “relacionamento com os estabelecimentos; gerenciamento de conta; gerenciamento de problemas; e gestão de informações.”⁴⁸ No Brasil, os credenciadores mais conhecidos

<https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016; e KASZNAR, Istvan K. **Meios Eletrônicos de Pagamento: A realidade do mercado de cartão de crédito**. São Pauli: Book Express Editora, 2015.

⁴⁴ Também são denominadas de “proprietárias do esquema de pagamentos”, segundo o Relatório sobre a Indústria de Cartões de Crédito.

⁴⁵ KASZNAR, Istvan K. **Meios Eletrônicos de Pagamento: A realidade do mercado de cartão de crédito**. São Pauli: Book Express Editora, 2015.

⁴⁶ A Lei nº 12.865/2013, a qual dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), utilizou a expressão “arranjo de pagamentos” para se referir às bandeiras *lato sensu*. Segundo o artigo 6º da referida lei, arranjos de pagamento são um “conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público aceito por mais de um recebedor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores.” Ou seja, por definição, o arranjo de pagamentos apenas disciplina a prestação de serviços, não executando, em si, atividades. O referido artigo ainda acrescenta que um arranjo de pagamento é detido e gerido por um “instituidor de pagamento - pessoa jurídica responsável pelo arranjo de pagamento e, quando for o caso, pelo uso da marca associada ao arranjo de pagamento” (art. 6º, I e II, Lei nº 12.865/2013).

⁴⁷ São comumente chamadas de “adquirentes”, segundo o Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10.

⁴⁸ BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**, 2010, p. 69. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de

são Cielo e Rede.

- iii) Emissor do cartão: é o banco ou instituição financeira autorizado pelas bandeiras a emitir ou conceder seus cartões de créditos. A partir disso, o emissor é o encarregado por toda relação com o portador do cartão de crédito, ou seja, é o responsável “pela habilitação, identificação e autorização do pagamento; pela liberação de limite de crédito ou saldo em conta corrente; pela fixação de encargos financeiros; pela cobrança de fatura e pela definição de programas de benefícios”.⁴⁹⁻⁵⁰ De maneira resumida, o emissor “é a empresa que administra, gerencia o cartão.”⁵¹
- iv) Portador do cartão: é o agente que faz o uso do cartão de crédito como instrumento de pagamento de suas compras. Para que o mesmo utilize o cartão de crédito, é assinado um contrato com o emissor do cartão e, além disso, é cobrado, comumente, uma tarifa de anuidade. No presente estudo, o portador do cartão é chamado de consumidor ou comprador;
- v) Estabelecimento: é o fornecedor/vendedor de produto e/ou serviço que aceita receber seu pagamento por meio de um esquema de cartão de crédito; e
- vi) Facilitador: agente que opera no comércio eletrônico possibilitando ao usuário cadastrado em seu *site* realizar transações eletrônicas sem precisar repassar às lojas virtuais suas informações financeiras e permitindo que fornecedores recebam tais “pagamentos sem a necessidade de se credenciar junto às diferentes empresas de cartão de crédito. Exemplos dos chamados facilitadores são Paypal (Ebay), MercadoPago

2016.

⁴⁹BRASIL. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10** (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Mastercard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.), p. 2. Publicado em 26 de jan. de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mhsoJCZwmZI3NYE4LnsW911Bguh1wOhQruc8ZTjV-OSJQ,,>>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

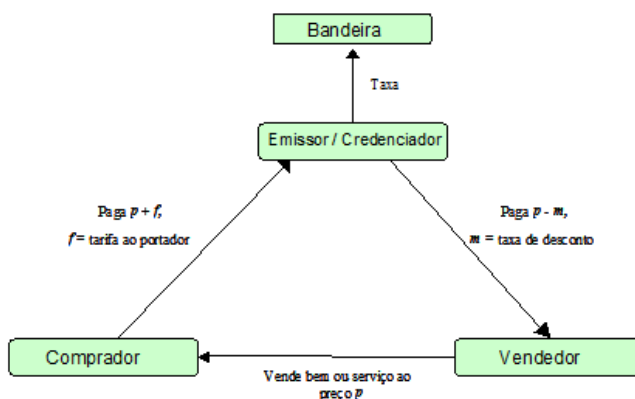
⁵⁰ Como será visto a seguir, uma empresa pode, ao mesmo tempo, desempenhar as funções típicas de credenciador e de emissor.

⁵¹ KASZNAR, Istvan K. **Meios Eletrônicos de Pagamento: A realidade do mercado de cartão de crédito**. São Pauli: Book Express Editora, 2015, p. 45.

(MercadoLivre), PagSeguro (UOL) e Pagamento Digital.⁵² Mais recentemente, esses agentes passaram a intensificar sua atuação também no mercado físico, com foco, principalmente, em pequenos estabelecimentos comerciais, autônomos e ambulantes.⁵³

Diante dos agentes expostos, é possível analisar toda a estrutura do mercado de cartões de crédito a partir das seguintes figuras:

Figura 1. Estrutura do mercado de cartões de crédito em que as funções de emissor e de credenciador são desempenhadas pelo mesmo agente.



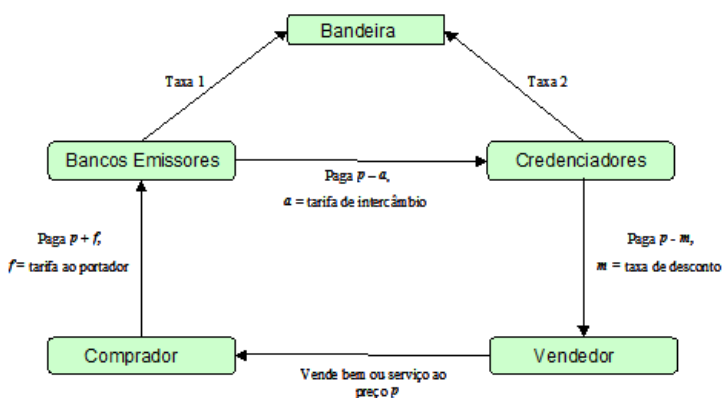
Fonte: Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10.⁵⁴

⁵² BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**, 2010, p. 15. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁵³ O principal foco do presente estudo gira em torno da concessão de descontos para pagamentos efetuados em dinheiro ou cheque em face daqueles realizados em cartão de crédito. Tal prática, a qual tende a ser comum no varejo físico, parece ser praticamente impossível de ser observada no varejo eletrônico, já que nesse é quase inexistente a negociação entre o fornecedor e o consumidor. Por tal motivo, a estrutura do mercado de cartões de crédito apresentada não fará referência aos facilitadores, os quais, como visto, atuam, principalmente, no comércio eletrônico.

⁵⁴ BRASIL. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10** (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Mastercard Brasil Soluções

Figura 2. Estrutura do mercado de cartões de crédito em que emissor e credenciador são agentes diferentes.



Fonte: Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no A.C. nº 08700.009363/2015-10.⁵⁵

A partir das Figuras 1 e 2, observa-se, de fato, que o mercado de cartões de crédito no Brasil possui estrutura mais fragmentada do que a proposta pelo Relator do REsp 1.479.039, o qual deixou de mencionar aquele que, provavelmente, é o agente mais importante do mercado em tela: as Bandeiras (as quais, como já visto, são as responsáveis por ditar as regras e padrões gerais de organização e funcionamento de toda sua rede).

A principal diferença entre as duas estruturas apresentadas acima encontra-se nas figuras do emissor e do credenciador, as quais, conforme observado na Figura 1, podem ser desempenhadas por um único agente. Nesse modelo, são exemplos de redes em que a função de emissor e credenciador é desempenhada ao mesmo tempo: American Express, Diners e Hipercard. Por sua vez, no modelo apresentado na Figura 2, em que o emissor e o credenciador são agentes diferentes, podem ser citados como exemplos as bandeiras Visa e a MasterCard.

Contudo, o foco do presente artigo não reside na pormenorização das relações verticais existentes entre os agentes do mercado de cartões de crédito no Brasil, análise já realizada em estudo

de Pagamento LTDA.), p. 4. Publicado em 26 de jan. de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mhsoJCZwmZI3NYE4LnsW911Bguh1wOhQruc8ZTjV-OSJQ,>>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁵⁵ Ibidem, p. 4.

desenvolvido, conjuntamente, pelo Banco Central (Bacen), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“Seae”) e pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE”);⁵⁶ e, mais recentemente, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), na apreciação de um Ato de Concentração que envolvia a constituição de uma *joint venture* entre agentes do mercado em tela.⁵⁷

O foco aqui é demonstrar que existem importantes diferenças entre pagamentos realizados em dinheiro ou cheque e pagamentos realizados por intermédio de cartões de crédito.

Nesse sentido, deve-se verificar que as estruturas apresentadas também ilustram as taxas e tarifas cobradas quando um consumidor realiza um pagamento em cartão de crédito, podendo todas essas relações ser assim resumidas:

“Quando um portador utiliza seu cartão para realizar uma compra, o estabelecimento comercial recebe do credenciador o preço do bem ou serviço “p” menos a taxa de desconto “m”. O emissor paga ao credenciador o valor “p” menos a tarifa de intercâmbio “a”. Adicionalmente ao preço do bem “p”, o banco emissor também recebe uma tarifa “f”. Além dessas tarifas, é comum que tanto o credenciador quanto o banco emissor paguem uma taxa à bandeira pelo uso da marca e por serviços da rede internacional e que o estabelecimento pague ao credenciador uma taxa de permanência na plataforma, geralmente correspondente ao aluguel de equipamentos e ao custo de manutenção de softwares.”⁵⁸

⁵⁶ BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**, 2010, p. 15. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁵⁷ Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10 (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Mastercard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.).

⁵⁸BRASIL. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10** (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Mastercard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.), p. 4. Publicado em 26 de jan. de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mhsoJCZwmZI3NYE4LnsW911Bguh1wOhQruc8ZTjV-OSJQ,,>>.

Apesar da garantia do adimplemento pela emissora dos cartões de crédito, destacada por diversas vezes pelo Ministro Relator do REsp 1.479.039 em seu voto, esta não é suficiente para caracterizar o cartão de crédito como uma forma de pagamento à vista, tendo em vista que o valor resultante da transação é repassado aos lojistas com os devidos descontos e, além disso, após vinte e oito dias da venda do produto e/ou serviço, em média.

Ressalta-se, ainda, que muitos lojistas, com o objetivo de gerar fluxo de caixa, recorrem aos bancos para uma modalidade de crédito conhecida como antecipação de recebíveis, a qual garante o recebimento antecipado do valor referente às vendas realizadas por meio de cartões de crédito. No entanto, a referida antecipação é condicionada ao pagamento de juros, os quais remuneram à instituição financeira pela concessão da antecipação. Em outras palavras, ao antecipar o recebimento da quantia referente à venda realizada, o lojista, além do abatimento da taxa de desconto, deve pagar juros à instituição financeira que concedeu a antecipação em tela.

A partir disso, o demasiado foco empregado, pelo Ministro Relator do REsp 1.479.039, na garantia do adimplemento pela emissora (assegurada ao fornecedor que comercializa seus produtos e/ou serviços por meio do cartão de crédito), parece ser utilizado equivocadamente na tentativa de demonstrar que tal pagamento é, na verdade, uma forma de pagamento à vista, *pro soluto*, pois, em relação às tradicionais formas de pagamento à vista (dinheiro e cheque), o cartão de crédito apresenta as seguintes diferenças para o lojista:

- i) o fornecedor, apesar de vender determinado produto e/ou serviço por pelo preço '*p*', não recebe a integralidade deste valor, já que é descontada, pela credenciadora, a taxa de desconto '*m*';
- ii) o valor é repassado, pela credenciadora ao emissor, após vinte

e oito dias da venda do produto e/ou serviço, em média.⁵⁹⁻⁶⁰; e

- iii) caso deseje receber o valor antes do prazo acima mencionado, o lojista deve contratar uma modalidade de crédito conhecida como antecipação de recebíveis, que importa em um novo desconto (juros) no valor original da venda (preço *p*).

Ou seja, mesmo com a garantia de recebimento, o fornecedor só receberá tal valor no futuro e, ainda, de forma não integral, o que, por sua vez, resta suficiente para não caracterizar o cartão de crédito como modalidade de pagamento à vista, cumprindo ressaltar que essa conclusão apresenta-se em consonância com as lições apresentadas pela Economia Monetária.

5. Diferenciação de preços e o artigo 36, da Lei nº 12.529/2011

A efetivação da política antitruste nos Estados Unidos, a partir do início da década 1930,⁶¹ fez com que a jurisprudência norte-americana sistematizasse duas regras para analisar os casos concretos a ela submetidos: a regra *per se* e a regra da razão.⁶²

⁵⁹ “Nas transações com cartão de crédito no Brasil, o prazo entre a data da compra e a data do crédito ao estabelecimento, é, em geral, de trinta dias, diferentemente do prazo praticado no exterior, de dois dias. Isso faz com que os emissores no Brasil não arquem com o custo do dinheiro no tempo, pois, os portadores pagam sua fatura em média vinte oito dias após a compra e o estabelecimento recebe trinta dias, em média, após a compra”, conforme: BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**, 2010, p. 11. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁶⁰ Importante, ainda, verificar que: “o cartão de débito é mais eficiente e menos custoso ao estabelecimento comercial, seja em função das diferenças entre os prazos de liquidação da transação – 28 dias em média para o crédito, e apenas 2 dias para o débito; seja em função das taxas de desconto, média de 2,84% e 1,56%, respectivamente, crédito e débito.” BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**, 2010, p. 7. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁶¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁶² GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Dessa forma, condutas anticompetitivas costumam ser analisadas sob as óticas das referidas regras, cabendo, no entanto, destacar as afirmações do ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo sobre a utilização das mesmas:

“Na verdade, entendo que o que chamamos de regras “da razão” e “*per se*” nada mais é senão os dois pontos extremos de uma mesma escala de presunções (algumas absolutas, outras relativas) de que lança mão o direito pra (sic) lidar, pragmaticamente, com o leque de condutas anticompetitivas, aproximando umas da presunção de ilegalidade, outras da presunção de legalidade, e colocando outras tantas em várias posições intermediárias, por razões de política legislativa e jurisprudencial. A tais presunções corresponde, no processo administrativo, um leque também variado de arranjos possíveis de distribuição de ônus probatórios entre a autoridade persecutora e as pessoas físicas e jurídicas investigadas, cada qual sendo compatível com um tipo específico de conduta, na medida, naturalmente, de sua gravidade e da frequência com que ela produz efeitos deletérios.”⁶³

Sendo assim, a presunção de ilegalidade de determinadas condutas decorre, em grande parte, de estudos econômicos ou de provas e indícios já obtidos em casos anteriores que apontam para o efeito líquido prejudicial das mesmas. Logo, a adoção da chamada regra *per se* justifica-se pela economia de recursos obtida a partir do conhecimento acumulado da autoridade sobre certas práticas anticompetitivas.

Apesar das considerações feitas pelo ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, a utilização da regra da razão e da regra *per se* na análise casos ainda é tema de inúmeros debates no Direito Concorrencial. No Brasil, pacificou-se o entendimento de que os cartéis *hard core* deveriam ser considerados condutas ilícitas *per se*, pois, nestes casos, são verificados verdadeiros conluíus de concorrentes “para produzir produzir efeitos nefastos ao mercado e prejuízos à concorrência e aos consumidores. Quando identificada esta hipótese, entende o Cade que não há como considerá-la racional e, portanto, lícita.”⁶⁴ Por sua vez, as condutas unilaterais seriam, quase sempre,⁶⁵ analisadas pela regra da razão,

⁶³ Voto-vista do ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo nos Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (Representada: SKF do Brasil Ltda.), p. 4.

⁶⁴ CORDOVIL, Leonor; et. al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 108.

⁶⁵ A unimilitância, por exemplo, já é vista pelo Cade como uma presunção de ilicitude quase absoluta e, a partir disso, diversas cooperativas médicas já foram condenadas por esta prática. Mais recentemente, foi proposto pela Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt que condutas relacionadas a cláusulas de raio, quando preenchessem algumas condições que seriam definidas pela autoridade antitruste, também deveriam ser enquadradas como ilícitas *per se*, interpretação a qual não foi aceita pelo Tribunal do Cade na ocasião. Nesse sentido, voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46

devendo, nesse sentido, ser verificada a racionalidade da mesma, sopesando, ainda, seus efeitos pró e anticompetitivos.

Sendo assim, cumpre destacar os seguintes passos para verificar a ilegalidade de uma conduta na esfera antitruste:

“(i) Primeiro é necessário mostrar que a conduta, por meio da qual a infração à concorrência se daria, de fato ocorreu e pode ser imputada à representada.

(ii) Segundo, para que a prática empresarial possa configurar uma conduta anticompetitiva é necessário que a representada possua condições para realizar a alegada conduta infrativa, ou seja, que possua posição dominante que possa ser utilizada de modo a restringir a concorrência.

(iii) Finalmente, uma vez tendo sido constatada a ação por meio da qual haveria restrições à concorrência por uma determinada empresa e detendo esta poder de mercado, é necessário mostrar que tal conduta pode gerar efeitos deletérios à concorrência e que não esteja associada a ganhos de eficiência suficientes para contrabalançar os prejuízos de eventual redução da concorrência.”⁶⁶

Logo, a prática de diferenciação de preços em função do instrumento utilizado deve ser analisada a partir desse entendimento.

Tendo em vista que a diferenciação de preços pode ser entendida como um abrangente gênero de práticas comerciais em que um fornecedor concorda em reduzir seu preço caso o comprador aceite determinadas condições,⁶⁷ a prática de diferenciar preços para compras cujo os pagamentos são realizados em dinheiro pode ser enquadrada como espécie do referido gênero, podendo destacar-se, ainda, outras espécies, como, por exemplo, preços diferenciados por quantidade.

Em relação à diferenciação de preços a partir de concessão de

(Representados: Administradora Gaúcha de Shopping Center S/A; Companhia Zaffari Comércio e Indústria; Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda.; Isdralit Indústria e Comércio Ltda.; Shopping Rua da Praia Ltda.; Condomínio Civil Shopping Center Iguatemi Porto Alegre; Condomínio Shopping Moinhos (Fundo de Investimento Imobiliário Pateo Moinhos de Vento); Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Iguatemi Empresa de Shopping Centers S/A; Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas; Br-Capital Distribuidora de Títulos de Valores Mobiliários S/A; e Niad Administração Ltda.).

⁶⁶ GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

⁶⁷ MOORE, Derek W.; WRIGHT, Joshua D. **Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing**. *George Mason Law Review*, v. 22(5), 2015, p. 1205.

descontos, apesar de ser potencialmente pró-competitiva, economistas e juristas reconhecem que, em alguns casos, condicionar descontos à determinada prática pode prejudicar ou enfraquecer concorrentes e, ainda, reduzir o bem-estar social.⁶⁸

A ambiguidade e dificuldade inerentes a sopesar os efeitos pró e anticompetitivos de tais práticas, entendimento em linha com os ditames da regra da razão, fazem com que diferenciação de preços e descontos condicionados ainda permaneçam como objeto de estudo Direito Concorrencial.⁶⁹

Por sua vez, o principal debate em torno dos descontos condicionados parece residir, principalmente, em torno da conduta na qual a referida prática se enquadra. Nesse sentido, descontos condicionados já foram analisados como sendo uma conduta predatória, uma conduta de fechamento de mercado ou uma combinação destas.⁷⁰

Uma conduta predatória ocorre quando um fornecedor oferta bens por preços menores do que seus custos com objetivo de expulsar os concorrentes do mercado para, em um momento posterior, recuperar esse “investimento” ao cobrar um preço monopolista em virtude da ausência de concorrência.

Por sua vez, uma conduta de fechamento é observada quando um fornecedor impede que seus concorrentes tenham acesso a determinados canais de distribuição, obstando, por conseguinte, que os mesmos atinjam uma escala mínima eficiente.

Apesar do debate em torno da concessão de descontos condicionados como sendo uma conduta predatória ou uma conduta de fechamento, importante ressaltar que a diferenciação de preços e, por conseguinte, a concessão de descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque, por exemplo, não se enquadram em nenhuma destas, pois:

- i) o valor cobrado do consumidor que realiza pagamento em dinheiro parece não diminuir o preço do bem comercializado ao ponto que o mesmo alcance patamares inferiores ao seu preço de custo. Ao conceder o desconto para um pagamento realizado em dinheiro, por exemplo, o fornecedor visa apenas

⁶⁸ MURPHY, Keven M.; SNYDER, Edward A.; TOPEL, Robert H. *Competitive Discounts and Antitrust Policy*. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, Daniel (editors). **The Oxford Handbook of International Antitrust Economics**, v. 2. Oxford: Oxford University Press, 2014.

⁶⁹ MOORE, Derek W.; WRIGHT, Joshua D. **Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing**. *George Mason Law Review*, v. 22(5), pp. 1205-1246, 2015.

⁷⁰ Idem.

eliminar as taxas e tarifas que seriam descontadas caso a transação fosse realizada por meio da utilização de um cartão de crédito e, além disso, receber o valor daquela operação no momento em que a mesma é realizada, o que, conforme destacado acima, não ocorre nos pagamentos realizados em cartão de crédito;

- ii) o fornecedor que diferencia preços por meio de descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque é, na maioria das ocasiões, o pequeno ou o médio varejista, o qual, por conseguinte, não possui capacidade para impor um fechamento de mercado que impeça seus concorrentes de atingirem uma escala mínima eficiente.

Nesse sentido, cumpre ainda destacar que “descontos não explicados por critérios objetivos podem ser contestados se o sujeito ativo da conduta é detentor de poder econômico.”⁷¹ No entanto, os fornecedores que comumente concedem descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque não costumam ser detentores de poder econômico e os mesmos possuem critério objetivo para adoção de tal prática: receber, de forma integral e no momento da compra, o valor pelo produto ou serviço comercializado, o que, como já visto anteriormente, não acontece em transações que envolvem a utilização de cartões de crédito.

Portanto, a partir da análise da razoabilidade das práticas de diferenciação de preços e de concessão de descontos para pagamentos em dinheiro, a qual se encontra em linha com a lições da regra da razão, não há motivo para considerar a mesma como anticompetitiva e, por conseguinte, ilícita sob os ditames da Lei nº 12.529/2011.

No entanto, de modo contrário ao exposto até aqui, o Ministro Relator do REsp 1.479.039 entendeu que a diferenciação de preços para consumidores que optam em realizar uma compra por meio de pagamento em dinheiro ou cheque é infração à ordem econômica, pois violaria os incisos X e XI, do §3º, do art. 36, da Lei nº 12.529/2011, *in verbis*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

⁷¹ CORDOVIL, Leonor; et. al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais.

Contudo, a interpretação do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 por meio da regra *per se*, conforme parece ter feito o referido Ministro, é exceção, aplicada no Direito Concorrencial brasileiro, basicamente, em casos de cartéis *hard core*, o que, de fato, não se observa na conduta de diferenciação de preços para pagamentos em dinheiro ou cheque.

Nesse mesmo sentido, para que as condutas previstas nos incisos X e XI, do §3º, da Lei nº 12.529/2011, possam caracterizar infração à ordem econômica, as mesmas devem se enquadrar na hipótese do *caput* do referido artigo, o que também não se verifica na conduta ora estudada, pois a diferenciação de preços em função do instrumento de pagamento utilizado:

- i) não prejudica, de forma alguma, a livre concorrência. Pelo contrário, parece impulsiona-la, já que fornecedores concorrentes, provavelmente, tenderiam a adotar tal prática, beneficiando, por sua vez, os consumidores. Além disso, em relação ao princípio constitucional da livre iniciativa, a proibição da referida conduta (e não a sua prática) aparenta violar o mesmo;⁷²

⁷² No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da livre iniciativa não impera de maneira absoluta, ficando condicionado, por exemplo, ao princípio da livre concorrência, o qual se apresenta como um limite negativo daquele (RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência.** *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006). Na prática em tela, no entanto, não se verifica qualquer

- ii) não parece ser capaz, em hipótese alguma, de conferir a capacidade para um agente dominar determinado mercado relevante. A prática acontece, na grande maioria das vezes, em negociações independentes e pontuais, nas quais a verdadeira intenção do fornecedor é apenas comercializar seu produto ou serviço naquele instante;
- iii) é incapaz de aumentar arbitrariamente os lucros do fornecedor que a pratica, dado que o preço mais alto para pagamentos em cartão de crédito é justificado em virtude das taxas existentes em uma transação realizada com tal instrumento de pagamento;
- iv) na grande maioria das vezes, é praticada por pequenos e médios varejistas que não detêm a parcela mínima de 20% (vinte por cento) do mercado relevante ao qual pertence e, tampouco, seriam capazes de alterar as condições de mercado.

Em relação particularmente ao inciso X, do §3º, do artigo ora discutido, o mesmo está intimamente relacionado ao consagrado princípio geral da igualdade, pelo qual entende-se que, em regra, “deve-se dispensar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais”,⁷³ o que, nesse sentido, possibilita a diferenciação de preços para formas de pagamentos diferentes.

No tocante ao inciso XI, do §3º, do art. 36, da Lei nº 12.529/2011, o enquadramento da diferenciação de preços em função do instrumento de pagamento utilizado, na conduta por ele descrita, parece ser equivocado, visto que não há recusa “a venda de bens ou prestação de serviços, dentro das condições de pagamentos normais aos usos e costumes comerciais.”⁷⁴ Dinheiro, cheque, cartão de débito e cartões de crédito são todas modalidades de pagamento cotidianas e amplamente utilizadas nas relações de consumo.

Dessa forma, diferenciar preços entre pagamentos realizados por diferentes instrumentos não gera efeitos deletérios à concorrência. Pelo contrário, pode ser vista como um verdadeiro incentivador da mesma, beneficiando, por último, os consumidores, como se pretende demonstrar abaixo.

prejuízo à livre concorrência, não podendo a mesma, por conseguinte, limitar o princípio da livre iniciativa. Dessa forma, o princípio da livre iniciativa deve imperar, possibilitando que sejam concedidos descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque.

⁷³ GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 141.

⁷⁴ Artigo 36, §3º, inciso XI, Lei nº 12.529/2011.

6. Diferenciação de preços para pagamentos em dinheiro e seus benefícios ao consumidor: a MP n. 764/2016

Apesar das diferenças existentes, principalmente, no tocante à abordagem analítica, a defesa da concorrência e a defesa do consumidor preocupam-se em evitar que “a detenção de poder econômico seja usada pelas empresas em prejuízo dos consumidores.”⁷⁵ Além de fazerem parte de um mesmo ordenamento jurídico, a proximidade entre as duas áreas está inclusive disposta por seus respectivos diplomas legais, tendo em vista que divesas condutas passíveis de punição pelo CDC também são consideradas ilícitas pela Lei nº 12.529/2011.⁷⁶

Na prática ora analisada, o consumidor que realiza uma compra por meio do cartão de crédito tem, de fato, maior prazo de pagamento do que o consumidor que realiza sua compra por meio de dinheiro ou cheque. Tal afirmação é possível visto que a fatura do cartão de crédito, na qual se encontra contabilizada aquela transação, não deve ser adimplida no dia seguinte da realização da compra.

Desse modo, o consumidor que opta pelo pagamento em cartão de crédito pode, por exemplo, investir aquele valor “gasto” em diferentes aplicações, objetivando que o dinheiro renda, para, no futuro, quitar sua fatura do cartão.

Sendo assim, o fornecedor que diferencia preços para pagamentos em dinheiro ou cheque está, na verdade, aumentando o poder de barganha do consumidor naquela negociação, pois, a partir disso, este poderá negociar, com aquele, um desconto maior do que o retorno obtido, caso escolhesse investir aquela quantia até o vencimento da fatura do cartão de crédito. Exemplificadamente, um desconto de 10% (dez por cento) pode ser visto como extremamente vantajoso, já que parecem ser extremamente raros investimentos com retornos dessa proporção no curto prazo de um ou dois meses (tempo médio que pode demorar para a referida fatura do cartão de crédito vencer).

Por sua vez, o referido aumento do poder de barganha do consumidor pode ser observado, inclusive, como uma diminuição do desequilíbrio natural da relação existente entre fornecedor e consumidor, fundamento basilar do

⁷⁵ REZENDE, Gustavo M.; ALMEIDA, Sílvia F. Defesa do Consumidor e Disciplina Antitruste. In: SCHAPIRO, Mario G.; CARVALHO, Vinícius M. de; CORDOVIL, Leonor (orgs.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 293.

⁷⁶ REZENDE, Gustavo M.; ALMEIDA, Sílvia F. Defesa do Consumidor e Disciplina Antitruste. In: SCHAPIRO, Mario G.; CARVALHO, Vinícius M. de; CORDOVIL, Leonor (orgs.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 293.

Direito do Consumidor.

Além disso, cumpre ressaltar que a prática comercial ora analisada não viola os dispositivos do CDC citados pelo Ministro Relator do REsp 1.479.039. Em primeiro lugar, o inciso V, do artigo 39, do CDC, afirma que, ao exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, o fornecedor incorre em prática abusiva. No entanto, isso não se observa na concessão de descontos em pagamentos em dinheiro, pois, na verdade, o fornecedor concede uma vantagem ao consumidor, aumentando seu poder de barganha e de escolha. Em segundo lugar, não há qualquer elevação de preço, prevista no inciso X, do art. 39, do CDC, na referida conduta, devendo ser destacada as lições do o também Ministro Herman Benjamin sobre o inciso em tela:

“visa assegurar que, mesmo num regime de liberdade de preços, o Poder Público e o Judiciário tenham mecanismos de controle do chamado preço abusivo. (...)

A regra, então, é que os aumentos de preço devem sempre estar alicerçados em justa causa, vale dizer, não podem ser arbitrários, leoninos ou abusivos.”⁷⁷

E, em terceiro lugar, conceder descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque não se enquadra em nenhuma hipótese do rol exemplificativo do artigo 51, do CDC, e, tampouco, poderia ser vista como cláusula nula de pleno direito, devendo ser ressaltado, ainda, que inexistente, no ordenamento jurídico pátrio, proibição de tal conduta, conforme já afirmado até mesmo pelo STJ, em decisões anteriores ao REsp 1.479.039.

A partir disso, pode-se concluir que, além de não configurar infração à ordem econômica, como já visto, a concessão de descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque parece também não atentar contra as diretrizes do Direito do Consumidor.

Em linha com o exposto até aqui, foi editada a MP 764/2016, que, ao autorizar a diferenciação de preços de bens e serviços em função do instrumento de pagamento utilizado, lista os seguintes benefícios relevantes para os consumidores, segundo sua exposição de motivos, *in verbis*:

“i) permitir que os estabelecimentos tenham a liberdade de sinalizar, por meio de seus preços, os custos de cada instrumento de pagamento, promovendo maior eficiência econômica – a impossibilidade de diferenciar preços tende a distorcer a natureza da contestabilidade entre

⁷⁷ BENJAMIN, Antonio H. de V. e. Práticas abusivas. In: BENJAMIN, Antonio, H. de V e; MARQUES, Claudia L.; e BESSA, Leonardo R. **Manual de Direito do Consumidor**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 311.

os diversos instrumentos de pagamento, dificultando a escolha do instrumento menos oneroso na relação de consumo; ii) alterar o equilíbrio de forças entre os agentes do mercado – o fato de os estabelecimentos terem a possibilidade de praticar preços diferenciados pode promover um maior equilíbrio no processo de negociação entre os agentes de mercado com benefícios para o consumidor; e iii) minimizar a existência de subsídio cruzado dos consumidores que não utilizam cartão (majoritariamente população de menor renda) para os consumidores que utilizam esse instrumento de pagamento (majoritariamente população de maior renda).⁷⁸

O referido texto ainda afirma que existem evidências de que o preço médio de produtos que tiveram preços diferenciados em virtude do instrumento de pagamento utilizado é menor do que quando não existe diferenciação⁷⁹ e, também, a possibilidade de diferenciação de preços está alinhada com a regulação adotada em outros países.⁸⁰

A partir do exposto até aqui, verifica-se que a MP 764/2016 não atenta contra os preceitos do CDC e, tampouco, da Lei nº 12.529/2011, podendo gerar, ainda, benefícios ao consumidor e conferindo segurança jurídica aos varejistas que praticam diferenciação de preços e concessão de descontos em virtude do instrumento de pagamento utilizado, como, por exemplo, dinheiro ou cheque.

7. Conclusões

Conforme foi visto, a discussão no âmbito do STJ sobre a possibilidade de diferenciar preços em função do instrumento de pagamento utilizado não é recente. A maioria da jurisprudência daquela Corte, ora analisada, demonstra que a falta de óbice legal proibindo tal conduta pode ser entendida como sua permissão.

No entanto, os pontuais julgamentos dos Recursos Especiais nº

⁷⁸ BRASIL. **Exposição de Motivos Medida Provisória nº 764/2016**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-764-16.pdf>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

⁷⁹ De fato, a referida afirmação carece de comprovação, a qual poderia ser realizada com o desenvolvimento de estudos estatísticos robustos a partir de amostras de diferentes produtos. No entanto, além de fugir do escopo do presente artigo, tais amostras só poderão ser obtidas a partir do momento em que a diferenciação de preço ser uma realidade do varejo brasileiro.

⁸⁰ BRASIL. **Exposição de Motivos Medida Provisória nº 764/2016**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-764-16.pdf>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

1.133.410-RS e nº 1.479.039-MG, ao entenderem que tal conduta viola o Código de Defesa do Consumidor, demonstraram que a matéria ainda não restou pacificada. Além disso, o Resp 1.479.039 inovou a jurisprudência ao afirmar que a concessão de descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque constitui também infração à ordem econômica, conforme estabelece o artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

Porém, como buscou demonstrar brevemente o presente estudo, a presunção de ilegalidade das condutas listadas pelos incisos do §3º do artigo 36, da Lei nº 12.529/2011, conforme entendeu o STJ no Resp 1.479.039, é exceção no Direito Concorrencial brasileiro, devendo ser aplicada, na análise de condutas desse tipo, a regra da razão.

Por sua vez, a diferenciação de preços e, por conseguinte, a concessão de descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque parecem também não violar os ditames do CDC, pois aumentam o poder de barganha do consumidor, diminuindo sua situação de vulnerabilidade, e, inclusive, podem conferir benefícios ao mesmo.

Proibir a prática comercial em tela parece ainda atentar contra o princípio constitucional da livre iniciativa, pois, como a livre concorrência não é atingida pela mesma, não haveria limites para a fruição daquele. Nesse sentido, conforme entendido pelo STJ em diversas ocasiões, a inexistência de óbice legal para concessão de descontos para pagamentos realizados em dinheiro ou cheque permitia tal prática.

Dessa forma, a MP 764/2016 parece ser a solução mais factível⁸¹ para que a diferenciação de preços e, por conseguinte, a concessão de descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque sejam permitidas e, por sua vez, a única capaz de impedir decisões como a proferida no REsp 1.479.039.

8. Referências

BENJAMIN, Antonio, H. de V e; MARQUES, Claudia L.; e BESSA, Leonardo R. Manual de Direito do Consumidor. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em:

⁸¹ Destaca-se que matéria com o mesmo conteúdo tramita, desde 2007, no Congresso Nacional (Projeto de Lei do Senado nº 213/2007).

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112865.htm>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

BRASIL. Exposição de Motivos Medida Provisória nº 764/2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-764-16.pdf>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

BRASIL. Medida Provisória nº 764/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv764.htm>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos, 2010. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo de Suturação de Atos Normativos do Poder Executivo nº 1476/2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=615037>>. Acesso em: 2 de jul. de 2016.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo de Suturação de Atos Normativos do Poder Executivo nº 1506/2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621804&ord=1>>. Acesso em: 2 de jul. de 2016.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-vista do ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo nos Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (Representada: SKF do Brasil Ltda.), p. 4. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?4fbscCDNzN8A_VqLcS5dMyzxINDdajrgYAw51uTIZ8-OoAOn0I9GqeQtweEDzw4CODCvyXnlepW4t2eVIfc7sw,,>>. Acesso em: 20 de jul. de 2016.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no Processo

Administrativo nº 08012.012740/2007-46. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?9Uq5ukBNVmcLIWKJLPaT0A_DIfxvuLqgBwtPoA9XwuzhjczCddFlvLgvA1ThjrTQUXoAIYo20U6Z_Us7e7Hozw,,>. Acesso em: 20 de jul. de 2016.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 213/2007. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80791>>. Acesso em: 20 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 229.586-SE. Relator: Ministro Garcia Vieira. Julgado em: 16 de dez. de 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199900817222>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 827.10-**RJ**. Relator: Ministro Castro Meira. Julgado em: 18 de mai. de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200600509326>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.133.410-RS. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 16 de mar. de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200900652208>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.178.360-SP. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 12 de fev. de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000204744>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.181.256-AL. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em: 02 de fev. de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201001790618>.

Acesso em: 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 266.664-MG. Relator: Ministro: Humberto Martins. Julgado em: 04 de jun. de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201202532735>.

Acesso em: 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.479.039-MG. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em 06 de out. de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201402231634>.

Acesso em 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.610.813-MG. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1479039&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 05 de dez. de 2016.

BRASIL. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10 (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Mastercard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.). Publicado em 26 de jan. de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mhsoJCZwmZI3NYYE4LnsW911Bguh1wOhQruc8ZTjV-OSJQ.,>>. Acesso em 15 de fev. de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.10.117577-6/002. Relator: Desembargador Elias Camilo. Julgado em 12 de set. de 2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=CA8A60E06712D6F3BE95750C3E4598F0.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.10.117577-6%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 10 de fev. de 2016.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de; *et. al.* Economia Monetária e Financeira: teoria e política. Rio de Janeiro: Elsevier, 9ª reimpressão (2012), 2007.

CORDOVIL, Leonor; et. al. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. Direito Antitruste. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KASZNAR, Istvan K. Meios Eletrônicos de Pagamento: A realidade do mercado de cartão de crédito. São Pauli: Book Express Editora, 2015.

LACERDA, Antônio C. de; et. al. Economia Brasileira. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCONDES, Daniel. Oferecer desconto em compra com dinheiro é ilegal, decide STJ. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 02 de nov. de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/11/1701251-oferecer-desconto-em-compra-com-dinheiro-e-ilegal-decide-stj.shtml>>.

Acesso em: 09 de fev. de 2016.

MOREIRA, Talita. MP autoriza cobrança de preços diferentes conforme meio de pagamento. *Valor Econômico*, São Paulo, 27 de dez. de 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/4818996/mp-autoriza-cobranca-de-precos-diferentes-conforme-meio-de-pagamento>>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

MOORE, Derek W.; WRIGHT, Joshua D. Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing. *George Mason Law Review*, v. 22(5), pp. 1205-1246, 2015.

MURPHY, Keven M.; SNYDER, Edward A.; TOPEL, Robert H. *Competitive Discounts and Antitrust Policy*. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, Daniel (editors). *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, v. 2. Oxford: Oxford University Press, 2014.

RAGAZZO, Carlos E. J. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

REZENDE, Gustavo M.; ALMEIDA, Sílvia F. Defesa do Consumidor e Disciplina Antitruste. In: SCHAPIRO, Mario G.; CARVALHO, Vinícius M. de; CORDOVIL, Leonor (orgs.). *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, pp. 292-318, 2013.

* * *

DIREITO DA CONCORRÊNCIA E DIREITO DA PROPRIEDADE INTELLECTUAL: A RECUSA DE CONTRATAR COMO ILÍCITO CONCORRENCIAL À LUZ DA JURISPRUDÊNCIA NORTE-AMERICANA

Venicio Branquinho Pereira Filho

1. Introdução

Uma interessante interface entre o Direito da Concorrência¹ e o Direito da Propriedade Intelectual (DPI) consiste na conduta unilateral² de supostos abusos de direitos de propriedade intelectual (PI) como possível infração às normas antitruste. O presente artigo se propõe a analisar esse tipo de conduta unilateral tomando por base a experiência estadunidense na matéria, convencidos da larga experiência do país em jurisprudência antitruste.

A escolha pelo Judiciário norte-americano justifica-se, portanto, pela indiscutível maturidade de reflexões atingida naquela realidade em relação ao tema. Serão abordados importantes julgados dos EUA, os quais ilustram como o país tenta conciliar o DPI com o Direito Antitruste. No Brasil, o primeiro processo administrativo sobre o assunto foi instaurado pelo Conselho

¹ Cumpre salientar que o uso do termo “direito da concorrência”, neste estudo, deve ser compreendido como a disciplina do mercado propiciada por normas de direito público, também identificado, por alguns autores, como “direito antitruste”. O presente texto não pretende tratar das normas referentes ao tema da concorrência desleal, o qual apresenta institutos jurídicos específicos acerca da propriedade intelectual, e que tutelam, sobretudo, os interesses privados dos agentes econômicos. Deve-se, igualmente, esclarecer que não se desconhece a resistência, de parte dos doutrinadores brasileiros, em considerar os termos “direito da concorrência” e “direito antitruste” como correlatos no Brasil. Embora se reconheça as razões de tais resistências, as expressões serão consideradas sinônimas no presente artigo, apenas por razões de clareza e para evidenciar o caráter de direito público dos fundamentos adotados no texto.

² Não serão abordadas, pois, as chamadas “recusas coletivas”, usualmente associadas aos *pools* de patentes. Para detalhes sobre as recusas coletivas, vide: GONÇALVES, Priscila Brolio. A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro. 2008, 341f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo.

Administrativo de Defesa Econômica (CADE) apenas em 2012³, conhecido como “Caso ANFAPE” e ainda não foi julgado na esfera administrativa.

Inicialmente, serão realizadas ponderações acerca do direito antitruste nos EUA. Em seguida, será problematizada a interseção entre o Direito da Concorrência e o DPI. E, finalmente, serão selecionados julgados nos EUA acerca do abuso unilateral de direitos de PI como possível infração às normas antitruste.

O estudo dessas decisões terá como objetivo identificar fundamentos adotados nos Tribunais estadunidenses e que possam auxiliar nas reflexões sobre o tema no Brasil, consideradas, evidentemente, as diferenças entre os sistemas jurídicos.

2. Breves considerações sobre o direito antitruste nos eua

Os EUA possuem uma forte tradição em matéria de Direito Antitruste. Por apresentar diferenças substanciais em seu sistema jurídico e que o diferenciam dos ordenamentos de *civil law*, é importante tecer considerações acerca do peculiar Direito Antitruste Norte-Americano.

A tutela do livre mercado, coibindo-se o abuso do poder econômico em prol da concorrência e do bem-estar do consumidor, não foi inovação dos EUA. Por exemplo, pode-se citar que, no fim do século XVII, ainda no desenvolvimento do *common law* britânico, já havia registros de decisões que limitavam o poder dos agentes econômicos no ambiente competitivo⁴.

Nos EUA, as primeiras normas que visavam proteger a concorrência foram editadas em âmbito estadual. Todavia, somente com a promulgação de uma lei federal que ao Direito Antitruste foi conferido, paulatinamente, maior importância e autonomia.

A nova legislação representou uma resposta ao processo de forte concentração empresarial verificado nos Estados Unidos na segunda metade do século XIX, que ameaçava o livre mercado e prejudicava os consumidores. Destacaram-se, neste diapasão, os movimentos agrários contra os monopólios das linhas de trens⁵ e, de uma maneira geral, a campanha política contra os

³ Para detalhes sobre o processo administrativo instaurado em 2012, vide: CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo: 08012.002673/2007-51. Brasília, Distrito Federal, 30 ago 2012.

⁴ MORGAN, Thomas. Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins. American Casebook Series. Minnesota: West Group, 2. ed., 2001, p. 1-4.

⁵ STIGLER, George. The Origin of the Sherman Act. In: SULLIVAN, Thomas. The Political Economy of the Sherman Act. New York: Oxford University Press, 1991. Cap.

chamados *trusts*, negócios em que acionistas de várias companhias transferiam poderes sobre suas ações para um mesmo conjunto de procuradores. Juntos, os mandatários detinham relevante influência nas corporações e, por vezes, podiam controlar livremente os preços dos produtos.

Os *trusts* tornaram-se um problema nacional quando passaram a controlar parcela expressiva dos maiores setores industriais dos EUA, como o de óleo e de linhas ferroviárias⁶. Em resposta, o Congresso norte-americano seria pressionado a limitar os poderes dos *trusts*⁷, justamente em uma época em que o governo federal exercia pouco controle sobre a iniciativa privada⁸.

Com efeito, em 1890 foi editado o *Sherman Act*, ano em que literatura especializada consagrou como o surgimento, ao menos formal, do Direito Antitruste nos Estados Unidos⁹. Era a primeira vez que uma lei de âmbito federal, em matéria de concorrência, limitava a ideologia do *laissez faire* até então consagrada no País¹⁰. Em geral, a lei (ainda em vigor) coíbe acordos que restringem a concorrência, bem como monopólios e tentativas de monopolizar setores da economia, conforme estabelece sua seção dois:

“Todos os que monopolizarem, tentarem monopolizar, combinarem ou conspirarem com outrem para monopolizar qualquer parte dos negócios ou do comércio entre os estados, ou com outras nações, será considerado

2. p. 32.

⁶ LINFO. Antitrust Definition. The Linux Information Project. Disponível em: <<http://www.linfo.org/antitrust.html>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

⁷ Na esteira do processo de combate aos *trusts*, o célebre caso *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States* foi julgado pela Suprema Corte Norte-americana. A *Standard Oil* havia se tornado a maior empresa de petróleo do País, tendo adquirido a grande maioria dos concorrentes. Acusado de uma série de ilícitos, tais como prática de preço predatório e celebração de acordos verticais em detrimento dos concorrentes, o *trust* foi desconstituído em uma série de novas empresas. LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell University Law School. Sherman Antitrust Law. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act>. Acesso em: 2 set. 2014.

⁸ CALKINS, Stephen. Competition Law in the United States. Wayne State University Law School Research Paper, Oxford University Press, n. 07-14, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=978787>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

⁹ LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell University Law School. Sherman Antitrust Law. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act>. Acesso em: 2 set. 2014.

¹⁰ PAGE, William H. The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY, v. 1, n. 1, ABA Section of Antitrust Law, 2008, p. 4. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692821>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

culpado e punido com multa de até US\$ 10.000,00, se uma corporação, ou, se qualquer outra pessoa, R\$ 350.000,00, ou com pena privativa de liberdade de até 3 anos, ou com ambas as penas, de acordo com a discricionariedade do juiz” (tradução nossa¹¹).

Posteriormente, em 1914, foi promulgado o Federal Trade Commission Act¹², diploma que criou a Federal Trade Commission (FTC) como agência antitruste. No mesmo ano, também foi promulgado o Clayton Act¹³ para coibir práticas anticoncorrenciais, regular as ações privadas em matéria de antitruste, estabelecer controle sobre as fusões e aquisições que podem comprometer a concorrência, entre outros temas.

Duas agências podem ser consideradas as protagonistas no âmbito federal na temática antitruste: a FTC e a Divisão Antitruste do Departamento de Justiça (DoJ). O DoJ se encarrega precipuamente do combate aos cartéis, mas também participa de processos civis envolvendo concentrações. A FTC, por sua vez, atua principalmente em fusões e aquisições, mas possui, também, um importante programa de prevenção e conscientização geral acerca dos ilícitos anticoncorrenciais - a chamada *advocacia* da concorrência.

Embora a simplicidade normativa e o reduzido número de agências federais possam induzir a ideia de que o sistema de proteção da concorrência nos EUA seja simplificado, na prática ocorre o oposto. O antitruste é aplicado no plano federal, estadual e local, tanto na esfera administrativa quanto na judicial¹⁴. Todos os estados-membros nos EUA possuem suas próprias

¹¹ “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court.” LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell University Law School. Sherman Antitrust Law. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act>. Acesso em: 2 set. 2014.

¹² THE GEORGE WASHINGTON UNIVERSITY. Competition Law Center. Federal Trade Commission Act. Disponível em: <<http://gwcl.com/Library/America/USA/The%20Clayton%20Act.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

¹³ LEXIS WORKS. Clayton Act. Disponível em: <<http://www.legisworks.org/congress/63/publaw-212.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

¹⁴ Interessante observar que, diferentemente do que ocorre no Brasil, a maioria dos processos em matéria de antitruste nos EUA tramitam no Judiciário - e não no âmbito administrativo. CALKINS, Stephen. Competition Law in the United States. Wayne State University Law School Research Paper, Oxford University Press, n. 07-14, 2007,

legislações na matéria. Cite-se, ainda, que as normas concisas, lacônicas e fluidas, coerentes com o common law dos EUA¹⁵, representam um desafio aos julgadores. Nesse sentido, se a prática do Direito Antitruste naquele país já não é simples, o desafio de conciliar seus propósitos com os fins do DPI agrega ainda mais complexidade à resolução dos conflitos, o que será objeto de discussão a seguir.

3. Direito Antitruste e Direito da Propriedade Intelectual

O diálogo entre o Direito Antitruste e o DPI nos EUA tem sido constante pauta de discussão nas cortes norte-americanas e na literatura jurídica. Tratando-se de uma economia industrializada, um polo de inovação tecnológica, os EUA estão plenamente inseridos na chamada “era da informação”. A propriedade intelectual possui, assim, uma função estratégica em dois âmbitos: de um lado, para os agentes econômicos, na medida em que pode ser determinante na definição de seu poder de mercado; de outro, para o desenvolvimento econômico nacional, consistindo em relevante instrumento de (des)estímulo à inovação no país e em firmar a sua liderança econômica global.

A exclusividade proveniente de direitos de PI visa conferir maior segurança ao agente-investidor, que passa a ter, a princípio, menos riscos no investimento em “Pesquisa e Desenvolvimento”, sempre desejável para o país. Nessa ótica, o agente é estimulado pelo Estado a investir em novos produtos ou em novas técnicas de produção.

A patente, por exemplo, conferirá ao agente o direito exclusivo de explorar um produto por determinado período, quando o titular poderá obter retornos financeiros maiores em razão da autorizada exclusão de acesso ocasionada aos seus concorrentes. Tal ganho financeiro maior seria justificado pelas despesas que o agente teve durante todo o tempo em que investiu em pesquisa e no desenvolvimento do produto.

Por isso, sem maiores dificuldades pode-se notar que o DPI funciona como verdadeiro instrumento de política pública de fomento à inovação e ao desenvolvimento econômico nacional. Sua importância é tamanha naquele país que a Constituição¹⁶ consagra a PI em seu art. 1º, parágrafo oitavo, nos

p. 13. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=978787>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

¹⁵ AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, v. 24, n. 3, 2007, p. 14. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹⁶ CONSTITUIÇÃO DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA - 1787. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade Federal de São Paulo. Disponível em:

seguintes termos: “Será da competência do Congresso: (...) Promover o progresso da ciência e das artes úteis, garantindo, por tempo limitado, aos autores e inventores o direito exclusivo aos seus escritos ou descobertas.”

Assim, conforme o DoJ e a FTC dos EUA esclarecem, a PI “confere aos titulares... direitos de excluir terceiros. Esses direitos ajudam os titulares a lucrar com o uso de sua propriedade. Os direitos de um titular de propriedade intelectual são semelhantes aos direitos dos titulares de outras formas de propriedade privada” (tradução nossa¹⁷). Por definição, direitos de PI restringem a atuação de outros agentes, concorrentes ou não.

Embora haja quem se refira a tais direitos como “monopólio”, na verdade eles apenas permitem que o titular exclua outros do uso ou da exploração do bem protegido como propriedade intelectual¹⁸. Assim, pela perspectiva econômica, o uso do termo “monopólio” não é adequado, pois nem sempre o titular do direito de PI será monopolista naquele mercado relevante. Para que isto ocorra, o direito exclusivo deverá produzir o efeito de anular todas as alternativas para o produto protegido, pelo qual os consumidores estarão dispostos a pagar o chamado “preço de monopólio”¹⁹.

É possível que situações como essa ocorram ou, pelo menos, que a PI aumente consideravelmente o poder de mercado do titular. Nesses casos, o desenvolvimento econômico visado pelo legislador pode ser comprometido.

Em razão disso, não se pode permitir que o titular de um direito de PI a explore como lhe for conveniente. A ineficiência ou o abuso no exercício de um direito de PI deve ser coibido pelo ordenamento jurídico, pelos princípios constitucionalmente assegurados e pela legislação infraconstitucional. A esse

<<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹⁷ “Intellectual property law bestows on the owners... certain rights to exclude others. These rights help the owners to profit from the use of their property. An intellectual property owner's rights to exclude are similar to the rights enjoyed by owners of other forms of private property.” U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. Janeiro, 2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>>. Acesso em: 24 fev. 2017, p. 3.

¹⁸ AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, v. 24, n. 3, 2007, P. 34. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 21 out. 2014.

¹⁹ HOVENKAMP, Herbert et al. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. Wolters Kluwer. 2. ed., 2013, p. 4-8.

respeito, o DPI estadunidense apresenta instrumentos para tentar reverter tais distorções, como a doutrina norte-americana do patent misuse²⁰ e o licenciamento compulsório pela não exploração da PI.

A disciplina antitruste, por sua vez, embora encontre resistências jurídicas, políticas²¹ e econômicas, também constitui um importante instrumento para se coibir condutas unilaterais que excluem, possam excluir ou pretendam excluir competidores de dado mercado; condutas essas indesejáveis para o Estado e para o mercado. Por essa razão, a PI²² passou a encontrar limites, no Brasil e em outras jurisdições, também nas normas do Direito Concorrencial.

A questão que surge, neste contexto, é: *necessariamente*, sempre haveria conflito entre o DPI e o Direito Antitruste?

Não nos parece existir uma divergência geral e *a priori* entre essas políticas, na medida em que “*os propósitos e os objetivos das leis de propriedade intelectual e antitruste... são na verdade complementares, já que ambas visam fomentar a inovação, a indústria e a competição*” (tradução nossa²³), como também elucidou o Tribunal de Apelação ao julgar o importante

²⁰ A doutrina foi construída pela Suprema Corte Norte-americana a partir do caso *Blonder Tongue Lab., Inc. v. Univ. of Ill. Found.* 402 U.S. 313, 343 (1971), e representa uma matéria de defesa em processos envolvendo suposta infração à propriedade intelectual. Os réus podem alegar que o titular, por meio da ação judicial, tenta expandir o escopo físico ou temporal do “monopólio da patente”. GENEVAZ, Simon. *Against Immunity for Unilateral Refusals to Deal in Intellectual Property: Why Antitrust Law Should not Distinguish Between IP and other Property Rights.* *Berkeley Technology Law Journal*, v. 19, n. 2, 2004, p. 775. Disponível em: <http://www.btlj.org/data/articles/19_02_03.pdf>. Acesso em: 25 out. 2014.

²¹ Para Paula Forgioni, nos dias atuais, um dos temas mais polêmicos em matéria de antitruste é sua interface com a propriedade intelectual. Segundo a autora, muito embora a questão apresente aspectos técnicos, seria eminentemente política, já que relacionada aos interesses comerciais dos países. Os mais desenvolvidos, na qualidade de exportadores de propriedade intelectual, tenderiam a defender a proteção mais intensa do que a autora chama de “exclusivos”. Já nos importadores haveria maior espaço para interpretações que levassem em conta outros interesses além daqueles dos titulares de direitos de PI. FORGIONI, Paula Andrea. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 336-337.

²² Há casos em que direitos autorais e marcas suscitem preocupações por parte do Direito Antitruste. No entanto, as questões mais complexas e que questionam a própria aplicabilidade do Direito da Concorrência envolvem, em larga medida, patentes, que é uma espécie de propriedade industrial. Os precedentes dos EUA selecionados no presente trabalho endossam o fenômeno.

²³ “aims and objectives of patent and antitrust laws... are actually complementary, as

caso Atari Games Corp. v. Nintendo of America Inc., 975 F.2d 832 (Fed. Cir. 1992).

No mesmo sentido, as Antitrust Guidelines para o licenciamento da propriedade intelectual, elaborada em 1995 e atualizada em janeiro deste ano pelo DoJ e pela FTC dos EUA, estabelecem: “*as leis de propriedade intelectual e as leis antitruste compartilham a finalidade comum de promover a inovação e o bem-estar do consumidor* (tradução nossa²⁴).

Entretanto, ao realizarem-se, as políticas poderão, realmente, apresentar pontos de conflito. Coerente com a dificuldade teórica de resolver o problema, ainda não estão pacificadas, na jurisprudência dos EUA, as soluções sobre as possibilidades e os limites da aplicação do Direito Antitruste em casos de propriedade intelectual²⁵, como será demonstrado a seguir.

4. O abuso unilateral de direitos de PI como infração concorrencial à luz da experiência dos EUA

Para o estudo de casos submetidos às cortes dos EUA versando sobre antitruste e DPI, optou-se para o recorte metodológico que permite abarcar questões referentes ao abuso de direitos de PI como possível infração ao Direito Antitruste (condutas unilaterais).

É de se ressaltar, no ponto, a existência de inúmeras situações, tanto no Brasil quanto no exterior, nas quais ambos os ramos convergiram na

both are aimed at encouraging innovation, industry and competition.” SAINT-ANTOINE, Paul. Antitrust Law and Intellectual Property: Intersection or Crossroad? Antitrust Connect Blog, 25 março 2011. Disponível em: <<http://antitrustconnect.com/2011/03/25/antitrust-law-and-intellectual-property-intersection-or-crossroad/>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

²⁴ “The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare”. U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. Janeiro, 2017. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>>. Acesso em: 24 fev. 2017, p.2.

²⁵ Há resistência, na doutrina e na jurisprudência estadunidense, em submeter formas de exploração de direitos de PI às normas antitruste. O resultado é a existência de uma corrente que defende a sobreposição do DPI ao antitruste, o que tem gerado severas críticas entre alguns especialistas que se dedicam ao tema. LEMLEY, Mark A. A New Balance between IP and Antitrust. Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas, v. 13, abril 2007, p. 19. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980045>. Acesso em: 7 out. 2014.

definição de solução para um dado conflito. A título exemplificativo, cite-se a aplicação de institutos de PI como remédios antitruste em atos de concentração controlados pelas agências de defesa da concorrência²⁶ e, ainda, contratos envolvendo direitos de PI que podem ser considerados concentracionistas²⁷, sendo, assim, passíveis de controle pela Administração. Destarte, acordos em litígios envolvendo PI podem ser coibidos ou limitados pelo Direito da Concorrência²⁸, a obtenção fraudulenta de registros de direitos de PI pode configurar ilícito concorrencial²⁹ e infrações a direitos de PI de concorrentes também podem ser julgadas tomando por base as normas antitruste.

Merece maior estudo, como se afirmou, a hipótese consistente na exploração, potencialmente ilícita pelas normas de defesa da concorrência, de direito de PI (conduta unilateral excludente). A recusa de contratar ou a recusa ao licenciamento seria um exemplo. Em determinados mercados, a atuação de

²⁶ No Brasil, o primeiro grande caso da aplicação da propriedade intelectual como remédio em um ato de concentração foi o caso Kolynos-Colgate, cuja análise pode ser verificada em: SALGADO, Lucia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira. In: MATTOS, César (Org.). A Revolução do Antitruste no Brasil: a Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos. São Paulo: Singular, 2003.

²⁷ Operações envolvendo propriedade intelectual, entre concorrentes ou entre agentes verticalizados, podem, no entanto, ser pró-competitivas e estimular o desenvolvimento econômico em benefício dos consumidores. Há situações em que o titular não tem interesse em explorar o produto patenteado, sendo mais vantajoso licenciar a patente para terceiros e, assim, obter retorno financeiro por meio de royalties. Outra hipótese comum consiste na impossibilidade de exploração de determinado produto em razão de outro, do qual depende, ser protegido pelo DPI. O licenciamento pode viabilizar a inovação de bens já patenteados, por exemplo.

²⁸ Sobre o tema, vide HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark; LEMLEY, Mark. Anticompetitive Settlements of Intellectual Property Disputes. *Minnesota Law Review*, UC Berkeley, Public Law and Legal Theory Research, v. 87, n. 113, 2003; Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=380841>>. Acesso em: 30 out. 2014. Ainda, o caso *Clorox Co. v. Sterling Winthrop, Inc.*, 117 F.3d 50 (2d Cir. 1997), analisado em HOVENKAMP, Herbert. *Innovation and Competition Policy: Competition Policy and the Scope of Intellectual Property Protection*. Cap. 4. Jan., 2013, p. 103-104. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937207>. Acesso em: 15 set. 2014.

²⁹ Nos EUA, o caso paradigmático é o *Walker Process Equip. Inc. v. Food Mach. & Chem. Corp.* 382 U.S. 172 (1965), analisado em: HOVENKAMP, Herbert. *Innovation and Competition Policy: Competition Policy and the Scope of Intellectual Property Protection*. Cap. 4. Jan., 2013, p. 2-9. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937207>. Acesso em: 15 set. 2014.

competidores pode ser seriamente comprometida em razão da impossibilidade de exploração de dada PI de titularidade assegurada a outro agente econômico.

Cite-se, a esse título, a hipótese em que uma recusa de contratar ou licenciar conviva com a existência de fortes barreiras à entrada de cunho tecnológico³⁰. Nesse contexto, a abordagem do problema pelas regras antitruste ganha um novo e relevantíssimo significado.

Em casos assim, algumas empresas começaram a pleitear no Judiciário estadunidense a restrição do direito e seu exercício por parte de agentes titulares de direitos de PI. O fundamento para tanto consistiria na compreensão de que tais direitos não poderiam, pela sistemática do Sherman Act em vigor, justificar a manutenção de monopólios, propiciar a formação dos mesmos ou, ainda, excluir concorrentes em determinado mercado. Por conseguinte, o licenciamento seria uma alternativa a tais situações, sob pena de se comprometer o ambiente competitivo e, portanto, prejudicar os consumidores e o desenvolvimento nacional.

Por sua vez, os titulares de direitos de PI tendem a zelar pela manutenção de seu direito, de forma irretocável, impedindo que terceiros explorem economicamente seus ativos. Fundamentam-se, basicamente, no princípio da liberdade de iniciativa e no direito de propriedade, ao que os demais agentes respondem alegando a ocorrência de *abuso* de direito (e não mero exercício de direito) que configuraria infração concorrencial.

O Judiciário estadunidense foi provocado a se manifestar e, a partir do início da década de 1990, registraram-se os primeiros julgados de maior relevância naquele país sobre o assunto, os quais serão abordados a seguir.

4.1. *Walker Process Equipment v. Food Machinery & Chemical Corp.* 382 U.S. 172 (1965)

Walker Process Equipment v. Food Machinery & Chemical Corp.

³⁰ Uma das teorias suscitadas nos EUA sobre tais casos é a da *essential facility*, embora o Judiciário norte-americano ainda não tenha acolhido a tese de que a propriedade intelectual, em si, possa ser uma “facilidade essencial”. Por essa doutrina, o monopolista, ao deter uma “facilidade essencial” para a concorrência, deve ser obrigado a contratar seus concorrentes ou manter uma relação comercial já iniciada para permitir o acesso à *facility* e por condições e termos razoáveis. Detalhes sobre o tema podem ser verificados em: HOVENKAMP, Herbert et al. *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law*. Wolters Kluwer: 2. ed., 2013, p. 13-15 - 13-25. MORGAN, Thomas. *Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins*. American Casebook Series. Minnesota: West Group, 2. ed., 2001., p. 662-664.

382 U.S. 172 (1965)³¹ é usualmente apontado³² como o primeiro processo acerca da aplicação do parágrafo segundo do *Sherman Act*, que visa coibir tentativas de monopolização, em condutas unilaterais exclusionárias envolvendo direitos de PI. Trata-se de caso paradigmático, em que a *Food Machinery* foi condenada por violar o referido dispositivo legal, na medida em que visou excluir *Walker Process* do mercado opondo-lhe registro de patente obtido mediante fraude.

Mas o primeiro litígio que envolveu recusa unilateral de contratar, em matéria de direitos de PI, chegou à Suprema Corte dos EUA apenas em 1992³³: o Caso Kodak.

4.2. *Image Technical Services Inc. v. Eastman Kodak Company* (1992)

O Caso Kodak, como ficou conhecido, envolveu organizações independentes (ISOs, em inglês), que prestavam serviços sobre equipamentos da Kodak nos EUA desde o início da década de 1980, inclusive com reposição de peças. O problema teria iniciado em 1987, quando a Kodak começara a restringir o acesso das ISOs aos seus equipamentos.

Pautadas na segunda seção do *Sherman Act*, as ISOs acusaram a Kodak de abusar do poder econômico para monopolizar o mercado. Valendo-se de seu poder no mercado de fabricação de equipamentos de fotocópia e de micrográficos, alguns dos quais eram patenteados e protegidos por direitos autorais, a Kodak estaria prejudicando a concorrência no mercado secundário de prestação de serviços sobre tais equipamentos. Em resumo, o abuso de direito praticado pela Kodak estaria configurado na medida em que ela tentava monopolizar mercado diverso daquele em que os direitos de PI foram reconhecidos³⁴.

³¹ U.S. SUPREME COURT. *Walker Process Equipment Inc. v. Food Machinery Corp.*, 382 U.S. 172 (1965). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/382/172/case.html>>. Acesso em: 12 out. 2015.

³² HOVENKAMP, Herbert. *IP and Antitrust Policy: A Brief Historical Overview*, *cit.*, p. 28.

³³ Por questão de coerência, os julgados seguintes que foram analisados para o presente trabalho apresentam como referências datas em que foram decididos pela Suprema Corte dos EUA.

³⁴ GLEKLEN, Jonathan. *Antitrust Liability for Unilateral Refusals to License Intellectual Property: Xerox and its Critics*. Intellectual Property News. Intellectual Property Committee of ABA's Section of Antitrust Law, 2001. Disponível em:

Os concorrentes do mercado secundário alegavam que não tinham condições de fazer frente à atuação da Kodak, pois a mesma impedia o seu acesso aos produtos. Considerando que os equipamentos da Kodak eram compatíveis apenas com as peças que ela produzia, a concorrência estaria prejudicada.

A Kodak, a seu turno, defendeu-se alegando que os direitos de PI que detinha em parte dos produtos visados pelas ISOs legitimavam a recusa de contratar. Ademais, a política comercial da empresa caracterizava-se pela venda dos equipamentos, no mercado primário, a preços baixos e, em contrapartida, pela cobrança de preços mais elevados no mercado de serviços. Nessa linha, tal discriminação de preços teria o condão de beneficiar o próprio consumidor, que pagaria de acordo com o uso que fizesse dos produtos³⁵.

Ao decidir o caso pela primeira vez em 1990, a Corte de Apelações do Nono Circuito dos EUA asseverou que os agentes econômicos detentores de DPI possuem, presumivelmente, o direito de recusar a negociar com competidores. Nesta linha, o ônus de se opor a tal presunção seria dos autores das ações³⁶.

Merece destaque o fato de que a Corte valeu-se, entre outros elementos, da teoria da alavancagem (*leveraging theory*) para acatar o afastamento da referida presunção e, assim, fundamentar a condenação da Kodak. A teoria é definida por Areeda e Turner³⁷ como a “capacidade de o vendedor induzir o consumidor de um de seus produtos a comprar outro não pelo mérito deste segundo produto” (tradução nossa³⁸). No caso, entendeu-se que a conduta da Kodak demonstrava a sua capacidade de coagir o consumidor a contratá-la no mercado secundário, muito embora alguns pudessem preferir

<<https://www.uschamber.com/sites/default/files/legacy/grc/Xerox%20-%20IP%20Refusal%20to%20License%20Case%20Examination.PDF>>. Acesso em: 25 out. 2014.

³⁵ KLEIN, Benjamin; WILEY JR., John Shepard. Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusal to Deal. *Antitrust Law Journal*, v. 70, n. 3, 2003, p. 603. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-pdiscr/special-resources/pdf/02_AB4089_UKLE_599-642.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2014.

³⁶ GULLY, Jennifer, *Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co.*, 13 *Berkeley Technology Law Journal*, v. 13, n. 1, jan. 1998, p. 340. Disponível em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol13/iss1/22>>. Acesso em: 25 out. 2014.

³⁷ AREEDA, Phillip; TURNER, Donald. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Little, Brown, 1980.

³⁸ “a supplier's ability to induce his customer for one product to buy a second product from him that would not otherwise be purchased solely on the merit of that second product.”

contratar as ISOs, as quais usualmente cobravam preços mais acessíveis. Outro aspecto decisivo para a condenação da Kodak foi o fato de que a mesma se recusava a fornecer até os produtos que não tinham proteção autoral ou industrial, o que demonstraria a sua intenção de prejudicar os concorrentes.

Em 1992, a Suprema Corte dos EUA manteve a decisão da Corte de Apelações do Nono Circuito. Importa mencionar que o Nono Circuito voltou a tratar do Caso Kodak em 1997, quando fixou a condenação da empresa em US\$ 71,8 milhões de dólares a título de indenização às ISOs, além de ter sido obrigada a vender às organizações, por preços razoáveis e sem a fixação de condições ou preços de revenda, todas as peças de seus equipamentos que eram comercializadas no mercado secundário. No entanto, a decisão foi amplamente criticada pela literatura, não sendo seguida em casos similares, ressalta Hovenkamp (2015, p. 23)³⁹.

4.3. *Data General Corporation v. Grumman System Support Corporation (1994)*

No caso *Data General Corporation v. Grumman System Support Corporation*⁴⁰ (1994), a empresa Data General atuava no mercado de produção e reparação de computadores pessoais. Grumman, a seu turno, detinha direitos autorais sobre um software que apontava falhas em computadores pessoais. A Data General alegava, assim, que tal programa era essencial para que pudesse reparar os seus produtos de forma adequada.

O Tribunal entendeu que não seria adequado analisar a questão atendo-se a apenas um mercado e durante um único período. Nesse contexto, apontou que o direito exclusivo conferido pela legislação autoral e mesmo os valores cobrados a título de cessão de direitos criam um sistema de inovação benéfico aos consumidores a longo prazo ao estimular investimentos. Entendeu-se que o titular do direito de PI teria a prerrogativa de recusar que outros explorassem sua propriedade. Nas palavras da Corte:

“...ainda que a recusa unilateral de licenciar um direito autoral possa significar uma conduta excludente, a vontade do autor de vedar o uso, por outrem, de sua obra autoral é uma justificativa presumivelmente válida para qualquer prejuízo imediato aos consumidores (tradução

³⁹ HOVENKAMP, Herbert. *Intellectual Property and Competition*, cit., p. 23.

⁴⁰ AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*, v. 24, n. 3, 2007, p. 21-22. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 25 out. 2014.

nossa⁴¹⁾”.

Contudo, embora tenha julgado improcedente o pleito, o Tribunal excepcionou que condenar titulares de direitos de PI pelas normas de defesa da concorrência nem sempre frustraria os interesses protegidos pelo Copyright Act, a lei de direitos autorais norte-americana. De forma sucinta e hipotética, apontou-se que, se a propriedade intelectual fosse adquirida por meios ilícitos, seria possível a aplicação do Sherman Act para condenar o seu titular.

4.4. *In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation v. Xerox Corp.* 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000)

Em 2000, o Caso Xerox⁴² inaugurou novas discussões sobre condutas excludentes envolvendo o DPI. Criticado pela literatura especializada⁴³, o entendimento firmado teria fortalecido argumentos de uma corrente utilitarista que defende a predominância dos direitos de propriedade intelectual e a mínima intervenção antitruste nessa seara.

Em *Xerox*, a Corte não acatou a tese do autor, uma organização independente, de que a empresa violou as normas antitruste ao negar a venda de peças de reposição, as quais eram patenteadas e protegidas por direitos autorais. O Tribunal asseverou que deveria ser observada a regra explicitada no caso *Data General*, em que o direito de PI confere ao titular a prerrogativa de recusar-se a manter relações comerciais com concorrentes.

Como observa Hovenkamp (2013, p. 23)⁴⁴, faz-se necessário

⁴¹ “... we hold that while exclusionary conduct can include a monopolist's unilateral refusal to license a copyright, an author's desire to exclude others from use of its copyrighted work is a presumptively valid business justification for any immediate harm to consumers.” U.S. 1ST. CIRC. *Data General Corporation v. Grumman System Support Corporation* 36 F.3d 1147, 1187 (1st Circ. 1994). Disponível em: <<http://openjurist.org/36/f3d/1147/data-general-corporation-v-grumman-systems-support-corporation>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

⁴² U.S. COURT OF APPEALS FOR THE FEDERAL CIRCUIT. *In Re Independent Service Organizations Antitrust Litigation v. Xerox Corp.* 203 F.3d 1322 (Fed. Cir. 2000). Disponível em: <<http://law.justia.com/cases/federal/appellate-courts/F3/203/1322/474824/>>. Acesso em: 12 out. 2015.

⁴³ GENEVAZ, Simon. Against Immunity For Unilateral Refusals To Deal In Intellectual Property: Why Antitrust Law Should Not Distinguish Between IP And Other Property Rights. *Berkeley Technology Law Journal*, v. 19, n. 2, 2004, p. 762. Disponível em: <http://www.btlj.org/data/articles/19_02_03.pdf>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁴⁴ HOVENKAMP, Herbert, *Innovation and Competition Policy: Competition Policy*

diferenciar os casos *Kodak* e *Xerox*, visto que o primeiro versava sobre uma gama de produtos pleiteados pelo autor, alguns protegidos pelo DPI e outros não. Quanto à *Xerox*, todos os produtos eram protegidos a título de como PI. De forma sucinta, o autor resume que, dadas as diferenças entre os casos, o direito de restringir a concorrência, por meio do DPI, possui limites:

“Por exemplo, uma patente não oferece proteção alguma se foi ilegalmente adquirida... O direito de excluir [concorrentes] também não embasa a tentativa de estender o “monopólio” além dos termos da patente... A Seção 2 do Sherman Act condena condutas excludentes que estendam monopólios naturais em mercados separados. Muito depende, pois, na definição dos termos da patente e do mercado relevante (tradução nossa)⁴⁵.”

Pela jurisprudência firmada em *Xerox*, é possível identificar a tese de que, dentro dos escopos de determinada PI, verificando-se o mercado relacionado, o titular deteria uma imunidade antitruste⁴⁶. Excepcionalmente, só poderia haver condenação pela recusa de contratar mediante a constatação de fraude, venda casada ou *sham litigation*⁴⁷.

4.5. *Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*

and the Scope of Intellectual Property Protection. Cap. 8, jan., 2013 Disponível em: < http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937207>. Acesso em: 15 set. 2014, p. 23.

⁴⁵ “This basic right of exclusion does have limits. For example, a patent offers no protection if it was unlawfully acquired... Nor does the right of exclusion protect an attempt to extend a lawful monopoly beyond the grant of a patent... Section 2 of the Sherman Act condemns exclusionary conduct that extends natural monopolies into separate markets. Much depends, therefore, on the definition of the patent grant and the relevant market.” HOVENKAMP, Herbert, *Innovation and Competition Policy: Competition Policy and the Scope of Intellectual Property Protection*, *cit.*, p. 22.

⁴⁶ KLEIN, Benjamin; WILEY JR., John Shepard. Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusal to Deal, *cit.*, p. 599.

⁴⁷ A doutrina da *sham litigation* foi construída pela jurisprudência dos EUA como uma exceção ao direito de petição ao Judiciário ou ao Executivo. Se o pleito não possuir embasamento objetivo e representar uma tentativa de interferir diretamente nas relações negociais de um competidor pelo uso do processo, poderá ser tido como um artifício anticoncorrencial. Para detalhes, vide: CASTRO, Bruno Braz de. “Sham Litigation”: o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. *Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*, São Paulo, v. 18, jul./dez. 2010.

(2003)

Mantendo o entendimento construído a partir dos casos expostos acima, a Suprema Corte⁴⁸ julgou em 2003 a ação intentada pela Trinko, filiada à AT&T, em face da Verizon. Em resumo, a empresa alegava que a Verizon lhe negou acesso aos seus sistemas e operações de suporte, tidos como “facilidades essenciais”. A conduta seria uma afronta à Lei das Telecomunicações de 1996 e ao §2º do *Sherman Act* ao impossibilitar que a autora oferecesse serviços competitivos aos consumidores.

A Suprema Corte dos EUA asseverou que casos como esse deveriam ser analisados com máxima cautela. O primeiro ponto ressaltado foi que a recusa de contratar com concorrente pode ser considerada um ilícito concorrencial, à luz do *Sherman Act*, mas coibi-la teria o condão de aproximar os concorrentes, *o que pode trazer efeitos mais graves para a concorrência*. Outra relevante questão suscitada versava sobre a dificuldade de as autoridades antitruste identificar e aplicar remédios a condutas anticoncorrenciais praticadas por um único agente - as chamadas condutas unilaterais.

Sobre o caso concreto em análise, o entendimento da Suprema Corte foi no sentido de que a recusa da Verizon não configurava ilícito concorrencial, mas poderia eventualmente ser condenada pela Lei das Telecomunicações de 1996. Assim, foi decisivo para o julgamento final o fato de haver um mercado regulado em questão.

Diante disso, o caso diferenciar-se-ia de outros julgados em que o direito de negar a contratar concorrentes foi excepcionado pelo Judiciário norte-americano. Neste contexto, o Juiz Antonin Scalia esclareceu que:

“a simples existência de monopólio, e a concomitante cobrança de preços de monopólio, não é ilícita; é um importante elemento do sistema de livre mercado. A possibilidade de cobrar preços de monopólio - ao menos em um período curto de tempo - é o que estimula a ‘astúcia empresaria’ em primeiro lugar; ela induz ao risco de gerar inovação e crescimento econômico. Para proteger o incentivo à inovação, o monopólio não é considerado ilegal salvo se acompanha um elemento de conduta anticoncorrencial” (tradução nossa⁴⁹).

⁴⁸ SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. Verizon COMMUNICATIONS INC. v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP. Disponível em: <<http://transition.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/02-682-011304.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁴⁹ “The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful; it is an important element of the free-market

A Suprema Corte não teria identificado tal elemento, determinando a reforma da decisão do Tribunal de segunda instância, inocentando a Verizon das acusações de desrespeito ao *Sherman Act*.

A decisão da Suprema Corte costuma ser criticada até os dias de hoje, entre outras razões, ao argumento de que, de forma geral, “a partir de Trinko, algumas decisões de instâncias inferiores passaram a considerar que não existe uma obrigação especial por parte de um monopolista relativamente a contratar com seus concorrentes”⁵⁰.

4.5 *In Re DDAVP Direct Purchaser Antitrust Litigation* 585 F.3d 667 (2nd Cir. 2009)

Diferentemente dos julgados Kodak, Xerox e Data General explicitados acima, o caso DDAVP Direct Purchaser⁵¹ não envolve um mercado secundário no qual a proteção de direitos de PI traria prejuízos à concorrência. Por essa razão, ele representou um novo desafio no contexto da conciliação das ideias envolvendo o Direito Antitruste e o DPI.

A questão começou ainda no ano de 2002, quando as empresas Ferring B.V. e Ferring Pharmaceuticals (em conjunto denominadas Ferring), ajuizaram uma ação contra Barr Laboratories, Inc. por suposta infração à patente ‘398. Em 2006, o tribunal distrital entendeu que a patente de que Barr era titular não poderia ser oposta a terceiros, pois seu detentor e agentes relacionados teriam cometido condutas ilegais perante o Patent and Trademark Office (PTO) norte-americano.

Encorajados pela decisão, os Direct Purchasers, adquirentes de

system. The opportunity to charge monopoly prices—at least for a short period—is what attracts “business acumen” in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct.” SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. *Verizon COMMUNICATIONS INC. v. LAW OFFICES OF CURTIS V. TRINKO, LLP*. Disponível em: <<http://transition.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/02-682-011304.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2014.

⁵⁰ GONÇALVES, Priscila Brolio. A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro. 2008, 341f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo.

⁵¹ U.S. 2ND. CIR. *In Re DDAVP Direct Purchaser Antitrust Litigation* 585 F.3d 667 (2nd Cir. 2009) Disponível em: <<http://www.patentlyo.com/065525p.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

comprimidos de acetato de desmopressina (DDAVP), uma medicação antidiurética que reduz a eliminação de água pelo organismo, ingressaram com uma ação contra a Ferring. Acusavam-na de abuso do sistema de patentes e de violação das normas antitruste por cobrarem preços excessivos pelos comprimidos, impossibilitando, ainda, a concorrência de genéricos no mercado ao manterem um monopólio sobre o DDAVP. Para embasar o argumento, foi suscitado o precedente Walker Process, um caso paradigmático sobre a prática de ilícito concorrencial por registros de direito de PI obtidos mediante fraude.

Interessante observar que a Ferring destacou que o Judiciário não deveria ampliar os parâmetros fixados no Walker Process, sob pena de ser inaugurado precedente para que os agentes verticalizados pleiteassem em juízo indenização por danos concorrenciais e a nulidade de registros de direitos de PI. Em primeira instância, o pleito dos autores foi julgado improcedente, pelo que apelaram para a U.S. Court of Appeals for The Second Circuit.

Em grau de recurso, o Tribunal asseverou ser “relutante em acolher o posicionamento dos réus, pois temeria deixar impune uma violação concorrencial significativa” (tradução nossa⁵²). A Corte esclareceu, no entanto, que a questão era prejudicial aos autores, cujo cerne estaria na (im)possibilidade de aplicar o entendimento firmado no caso Walker Process para agentes verticalizados. Entendeu, acolhendo a defesa dos réus, que a jurisprudência não seria aplicável ao caso, pois os autores não eram concorrentes da Ferring, tratando-se na verdade de uma relação vertical, e a patente em questão, julgada inválida em 2006, não estava sendo oposta aos autores.

A decisão do Tribunal de Apelação, ao confirmar parte da sentença de primeiro grau, foi criticada pela FTC e pelo DoJ dos EUA, ambos amici curiae no caso⁵³, ao argumento de que,

“se um vendedor mantém ilegalmente um monopólio, opondo uma patente fraudulentamente obtida... e esse vendedor cobra dos consumidores diretos preços supracompetitivos como resultado, esses consumidores sofrem danos concorrenciais’... Somente pelo fato de os

⁵² “Nonetheless, we are reluctant to embrace the defendants’ position because we are wary of creating the potential “to leave a significant antitrust violation undetected or unremedied.” U.S. 2ND. CIR. In Re DDAVP Direct Purchaser Antitrust Litigation 585 F.3d 667 (2nd Cir. 2009) Disponível em: <<http://www.patentlyo.com/065525p.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

⁵³ SYNNOTT, Aidan. From Walker Process to In re DDAVP: Should Direct Purchasers Have Antitrust Standing in Walker Process Claims? GCP The Online Magazine for Global Competition Policy, n. 2, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.paulweiss.com/media/1520110/pw28nov08gcp.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

autores serem consumidores, e não concorrentes, não deveria automaticamente impossibilitar... uma reivindicação baseada no Walker Process contra um réu que tenha obtido uma patente por fraude” (tradução nossa⁵⁴).

Embora o caso DDAVP Direct Purchaser possa ser considerado isolado, percebe-se uma forte resistência do Judiciário dos EUA em expandir o entendimento de Walker Process. Não se pode deixar de ponderar que este precedente data do ano de 1965 e o conjunto fático trazido recentemente pelo DDAVP colocava novas indagações sobre o papel do Direito da Concorrência no contexto do DPI. Assim, independentemente da decisão que poderia ser proferida ao final, a favor ou contra os autores, o Tribunal aparentemente deixou de analisar com profundidade esse novo caso.

5. Conclusão

O presente trabalho pretendeu, de forma sucinta, apontar os principais precedentes estadunidenses envolvendo a temática por vezes complexa acerca da conciliação das políticas nacionais de proteção do mercado por meio das normas antitruste e das normas de propriedade intelectual. A escolha do Judiciário dos EUA para o levantamento realizado não ocorreu por acaso: é que aquele país constitui, indubitavelmente, a jurisdição com maior e mais robusta produção normativa, institucional e jurisprudencial em antitruste em todo o globo. Trata-se de dois ramos do Direito igualmente relevantes e decisivos para o atingimento do ideal de desenvolvimento nacional, proteção dos consumidores e garantia de bem-estar para a coletividade. Embora visem a objetivos absoluta e mediatamente convergentes, a aplicação de suas normas tem apresentado inúmeros exemplos de conflitos envolvendo agentes econômicos. Encontrar a melhor solução, nos casos concretos, implica não privilegiar os interesses de uma parte em detrimento da outra, mas assegurar o

⁵⁴ “As they explained, “[i]f a seller unlawfully maintains a monopoly... by enforcing a fraudulently obtained patent... and that seller charges direct customers supracompetitive prices as a result, these customers suffer core antitrust injuries”... Merely because plaintiffs are customers, not competitors, should not automatically preclude a finding that, under Walker Process, they have standing to assert a Walker Process claim against a defendant who fraudulently obtained a patent.” SYNNOTT, Aidan. From Walker Process to In re DDAVP: Should Direct Purchasers Have Antitrust Standing in Walker Process Claims? GCP The Online Magazine for Global Competition Policy, n. 2, nov. 2008, p. 11. Disponível em: <<http://www.paulweiss.com/media/1520110/pw28nov08gcp.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

melhor caminho para o país em termos econômicos.

A reflexão aqui empreendida optou por abordar a temática do abuso unilateral de direitos de PI, como a recusa de contratar ou licenciar direitos de PI para terceiros. Os casos referidos apontaram situações em que houve alguma dificuldade em se conciliar ambas as políticas. De um lado, verificou-se a existência de precedente, especificamente o caso Kodak, em que se admitiu a aplicação do antitruste em condutas empresariais unilaterais que envolviam direito de PI. Por outro, os casos Data General e Xerox, por exemplo, demonstram haver certa resistência em flexibilizar o DPI por razões antitruste.

Em geral, pelos julgados explicitados neste trabalho, percebe-se uma tendência da Suprema Corte e dos Tribunais de Apelação dos EUA em sedimentar o entendimento de que os direitos de PI gozam de uma presunção de validade ou uma legalidade *per se*. No entanto, a jurisprudência norte-americana igualmente já afirmou que, em caráter excepcional, poderá haver violação às normas antitruste caso a conduta excludente não possua justificativa válida, de acordo com o caso concreto. Por exemplo, a partir da demonstração de ter havido intenção de prejudicar a concorrência ou de ter se obtido o registro de direito de PI por meios fraudulentos, o direito exclusivo em questão não se justificaria.

No momento em que, no Brasil, a questão se apresenta às autoridades administrativas para apreciação, desconsiderar reflexões já desenvolvidas há algumas décadas nos EUA seria pretender “reinventar a roda”, muito embora também não se possa desconhecer, para a solução de problemas brasileiros na matéria, as particularidades da economia brasileira, do sistema jurídico nacional e de seus institutos. Considerando-se que ambas as disciplinas encontram assento e reconhecimento constitucional no Texto de 1988, conciliá-las nada mais representa do que atender ao comando da Carta Maior. Para isso, a jurisprudência estadunidense pode ser inspiradora ou induzir a preciosos *insights*.

6. Referências

AREEDA, Phillip; KAPLOW, Louis. *Antitrust Analysis: Problems, Text, Cases*. New York: Aspen Law & Business, 5. ed., 1997.

AREEDA, Phillip; TURNER, Donald. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Little, Brown, 1980.

AREZZO, Emanuela. Intellectual property rights at the crossroad between monopolization and abuse of dominant position: American and European approaches compared. *John Marshall Journal of Computer & Information Law*,

v. 24, n. 3, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=935047>>. Acesso em: 21 out. 2014.

CALKINS, Stephen. Competition Law in the United States. Wayne State University Law School Research Paper, Oxford University Press, n. 07-14, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=978787>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

CASTRO, Bruno Braz de. “Sham Litigation”: o abuso do direito de petição com efeitos anticoncorrenciais. Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional, São Paulo, v. 18, jul./dez., 2010.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. Processo Administrativo: 08012.002673/2007-51. Brasília, Distrito Federal, 30 ago 2012.

Constituição dos Estados Unidos da América - 1787. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Universidade Federal de São Paulo. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/constituicao-dos-estados-unidos-da-america-1787.html>>. Acesso em: 21 out. 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. Os Fundamentos do Antitruste. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Priscila Brolio. A obrigatoriedade de contratar como sanção fundada no direito concorrencial brasileiro. 2008, 341f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito, São Paulo.

GLEKLEN, Jonathan. Antitrust Liability for Unilateral Refusals to License Intellectual Property: Xerox and its Critics. Intellectual Property News. Intellectual Property Committee of ABA’s Section of Antitrust Law, 2001. Disponível em: <<https://www.uschamber.com/sites/default/files/legacy/grc/Xerox%20-%20IP%20Refusal%20to%20License%20Case%20Examination.PDF>>. Acesso em: 25 out. 2014.

GULLY, Jennifer, Image Technical Services, Inc. v. Eastman Kodak Co., Berkeley Technology Law Journal, v. 13, n. 1, jan. 1998. Disponível em <<http://scholarship.law.berkeley.edu/btlj/vol13/iss1/22>>. Acesso em: 25 out. 2014.

HOVENKAMP, Herbert. Innovation and Competition Policy: Competition Policy and the Scope of Intellectual Property Protection. Cap. 1-8. Jan., 2013 Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1937207>. Acesso em: 15 set. 2014.

HOVENKAMP, Herbert et al. IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law. Wolters Kluwer: 2. ed., 2013.

HOVENKAMP, Herbert; JANIS, Mark; LEMLEY, Mark. Anticompetitive Settlements of Intellectual Property Disputes. Minnesota Law Review, UC Berkeley, Public Law and Legal Theory Research, v. 87, n. 113, 2003; Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=380841>>. Acesso em: 30 out. 2014.

KLEIN, Benjamin; WILEY JR., John Shepard. Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusal to Deal. Antitrust Law Journal, v. 70, n. 3, 2003. Disponível em: <http://apps.americanbar.org/antitrust/at-committees/at-pdiscr/special-resources/pdf/02_AB4089_UKLE_599-642.pdf>. Acesso em: 1 nov. 2014.

LANGLOIS, Richard N. Technological Standards, Innovation, and Essential Facilities: Toward a Schumpeterian Post-Chicago Approach. George Mason University conference on Dynamic Competition and Antitrust. Washington, dez. 1998. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=204069>>. Acesso em: 7 out. 2014.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell University Law School. Sherman Antitrust Law. Disponível em: <http://www.law.cornell.edu/wex/sherman_antitrust_act>. Acesso em: 2 set. 2014.

LEGAL INFORMATION INSTITUTE. Cornell University Law School. Standard Oil Co. of New Jersey v. United States. Disponível em: <<http://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/221/1#writing-ZS>>. Acesso em: 2 set. 2014.

LEMLEY, Mark A. A New Balance between IP and Antitrust. Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas, v. 13, abril 2007. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=980045>. Acesso em: 7 out. 2014.

LEXIS WORKS. Clayton Act. Disponível em: <<http://www.legisworks.org/congress/63/publaw-212.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

MORGAN, Thomas. Cases and Materials on Modern Antitrust Law and its Origins. American Casebook Series. Minnesota: West Group, 2. ed., 2001.

Page, William H. The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY, v. 1, n. 1, ABA Section of Antitrust Law, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=692821>>. Acesso em: 30 ago. 2014.

SALGADO, Lucia Helena. O Caso Kolynos-Colgate e a Introdução da Economia Antitruste na Experiência Brasileira. In: MATTOS, César (Org.). A Revolução do Antitruste no Brasil: a Teoria Econômica Aplicada a Casos Concretos. São Paulo: Singular, 2003.

SAINT-ANTOINE, Paul. Antitrust Law and Intellectual Property: Intersection or Crossroad? AntitrustConnect Blog, 25 março 2011. Disponível em: <<http://antitrustconnect.com/2011/03/25/antitrust-law-and-intellectual-property-intersection-or-crossroad/>>. Acesso em: 29 ago. 2014.

SIDAK, Gregory; TEECE, David. Dynamic Competition in Antitrust Law. Journal of Competition Law & Economics, v. 5, n. 4, p. 581-631, dez. 2009. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1479874>>. Acesso em: 7 out. 2014.

STIGLER, George. The Origin of the Sherman Act. In: SULLIVAN, Thomas. The Political Economy of the Sherman Act. New York: Oxford University Press, 1991.

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES. VERIZON COMMUNICATIONS INC. v. LAW OFFICES

OF CURTIS V. TRINKO, LLP. Disponível em: <<http://transition.fcc.gov/ogc/documents/opinions/2004/02-682-011304.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2014.

SYNNOTT, Aidan. From Walker Process to In re DDAVP: Should Direct Purchasers Have Antitrust Standing in Walker Process Claims? GCP The Online Magazine for Global Competition Policy, n. 2, nov. 2008. Disponível em: <<http://www.paulweiss.com/media/1520110/pw28nov08gcp.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

THE GEORGE WASHINGTON UNIVERSITY. Competition Law Center. Federal Trade Commission Act. Disponível em: <<http://gwclc.com/Library/America/USA/The%20Clayton%20Act.pdf>>. Acesso em: 2 set. 2014.

U.S. 1ST. CIRC. Data General Corporation v. Grumman System Support Corporation 36 F.3d 1147, 1187 (1st Circ. 1994). Disponível em: <<http://openjurist.org/36/f3d/1147/data-general-corporation-v-grumman-systems-support-corporation>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

U.S. 2ND. CIRC. In Re DDAVP Direct Purchaser Antitrust Litigation 585 F.3d 667 (2nd Cir. 2009). Disponível em: <<http://www.patentlyo.com/065525p.pdf>>. Acesso em: 1 nov. 2014.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE; FEDERAL TRADE COMMISSION. Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property. Janeiro, 2017.

Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/IPguidelines/download>>. Acesso em: 24 fev. 2017, p.2.

* * *

ACORDO RESTRITIVO DA CONCORRÊNCIA

João Bosco Leopoldino da Fonseca

A leitura do artigo 36 da Lei 12.529, de 2011, certamente provoca uma indagação sobre o sentido e o alcance da constituição de um acordo restritivo da concorrência que se caracterize como infração da ordem econômica. Os atos a que se refere a lei podem ser definidos formalmente pelo teor da cláusula, pela sua própria formulação, pela natureza da operação ou pelo tipo de coordenação, ou materialmente, quanto aos efeitos potencialmente configurados ou efetivamente produzidos. As palavras utilizadas pela lei, objeto e efeito, devem levar o intérprete e o aplicador a buscar nos fatos trazidos à análise um conteúdo jurídico e econômico que vá além da forma.

Abandonando-se a estrita literalidade da lei, deve-se ter em vista que a aplicação adequada e eficaz da legislação de concorrência depende da assunção e da compreensão de princípios básicos. A complexidade própria do fenômeno econômico, que não se deixa enclausurar por formas lógicas, exige que o exegeta vá além da letra da lei, superando sua manifestação friamente semântica. À complexidade natural do fato econômico se soma a ambiguidade linguística. Para remediar essa situação de insuficiência hermenêutica, assume um papel relevante o recurso aos princípios que nortearam o legislador na elaboração daquelas leis. Os princípios gerais do Direito e, mais especificamente, os princípios do Direito Econômico assumem aqui preponderante função como guia a impregnar de sentido as diretrizes a serem adotadas pelos órgãos que deverão aplicar a lei (¹).

A aplicação adequada e eficaz da legislação de concorrência depende da assunção e da compreensão de princípios básicos. A complexidade própria do fenômeno econômico, que não se deixa enclausurar por formas lógicas, exige que o exegeta vá além da letra da lei, de sua manifestação friamente semântica. À complexidade natural do fato econômico se soma a ambiguidade linguística. Para remediar essa situação de insuficiência hermenêutica, assume um papel relevante o recurso aos princípios que nortearam o legislador na elaboração daquelas leis. Os princípios gerais do Direito e, mais especificamente, os princípios do Direito Econômico assumem aqui preponderante função como guia a impregnar de sentido as diretrizes a serem

¹ Ver meu Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste. 3ª ed. , 2007, p. 63.

adotadas pelos órgãos que deverão aplicar a lei ⁽²⁾.

Os tribunais têm a missão de encontrar o ponto de convergência entre a formalidade e a concretude, entre o ideal e o real. O Juiz Byron R. White salientou esse papel na decisão do processo *Spectrum Sports v. McQuillan*, ao dizer:

“Enquanto o artigo primeiro da Lei Sherman proíbe contratos ou entendimentos em restrição da indústria ou comércio, o artigo segundo se refere a ações de empresas que monopolizam ou tentam monopolizar, como também entendimentos e combinações para monopolizar. A seção segunda não define os elementos do crime de tentativa de monopolização. Nem há muita orientação a haurir na história legislativa dessa determinação, que foi mais tarde acrescentada no processo legislativo. A história legislativa indica que a maior parte da interpretação dos princípios necessariamente amplos da Lei era para ser confiada aos tribunais no casos particulares” ⁽³⁾.

O legislador, para identificar as condutas que possam, por qualquer forma, limitar a concorrência, recorre à figura do “objeto” ou do “efeito”. Qual o significado destas palavras?

Veio como provocação para uma reflexão a afirmativa de Celia Hampton na edição de dezembro de 2015 da revista *Competition Law Insight*. Observa ela que a incerteza sobre o que signifique um acordo anticompetitivo por objeto já deveria ser hoje uma coisa do passado. E toma como razão de sua análise crítica a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em 26 de novembro de 2015, *Maxima Latvija*, processo C-345/14. O acórdão está assim ementado:

«Reenvio prejudicial – Concorrência – Artigo 101.º, n.º 1, TFUE – Aplicação de uma regulamentação nacional análoga – Competência do Tribunal de Justiça – **Conceito de ‘acordo que tem por objetivo restringir a concorrência’** – Contratos de arrendamento comercial – Centros comerciais – Direito do locatário de referência de se opor ao arrendamento pelo locador de espaços comerciais a terceiros»

A conclusão do acórdão é do seguinte teor:

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quarta Secção) declara:

² Ver meu *Lei de Proteção da Concorrência: Comentários à Legislação Antitruste*. 3ª ed. , 2007, p. 63.

³ 113. U.S. 884 (1993).

1) O artigo 101, n.º 1, TFUE deve ser interpretado no sentido de que a simples circunstância de um contrato de arrendamento comercial que **tem por objeto** o arrendamento de uma grande superfície situada num centro comercial conter uma cláusula que atribui ao locatário o direito de se opor ao arrendamento pelo locador, nesse centro, de espaços comerciais destinados a outros locatários não implica que esse contrato tenha **por objetivo** restringir a concorrência na aceção dessa disposição.

2) Podem ser considerados constitutivos de um acordo que tem «por efeito» impedir, restringir ou falsear a concorrência, na aceção do artigo 101, n.º 1, TFUE, os contratos de arrendamento comercial, como os que estão em causa no processo principal, a respeito dos quais se conclua, após uma análise aprofundada do **contexto económico e jurídico** em que se inserem, bem como das especificidades do mercado de referência em causa, que contribuem significativamente para uma eventual compartimentação desse mercado. A importância da contribuição de cada contrato para essa compartimentação depende, designadamente, da posição das partes contratantes no referido mercado e da duração desse contrato. (os grifos não estão no original).

A edição de março de 2016 da revista *Competition Law Insight* se preocupa novamente com a questão através das considerações de John Ratliff ⁽⁴⁾. Reporta ele a decisão Citalopram ⁽⁵⁾, em que a Comissão condenou a Lundbeck, e a decisão Fentanyl ⁽⁶⁾, em que condenada foi a Johnson & Johnson.

A incerteza e a nebulosidade da expressão “*por objeto*” poderiam ser talvez esclarecidas se a opinião do Advogado Geral, Whathelet, no processo

⁴ RATLIFF, John. Pay for delay: How the European Commission views restriction by object, *Competition Law Insight*, Vol. 15, Issue 3, 15 March 2016, p. 18-19.

⁵ Case AT 39226, de junho de 2013. “*If, however, the limitations on entry in question are not achieved through the strength of the patent, but through inducements from the originator undertaking to the generic undertaking aligning previously competing interests, then a restriction of competition by object may exist, including, in particular, when the limitations in question exceed the substantive scope of the patent*” (Cf. item 659).

⁶ Case AT 39685, de dezembro de 2013. “*It is not necessary to examine the effects of an agreement once its anticompetitive object has been established.*289 *The distinction between "infringement by object" and "infringement by effect" arises from the fact that certain forms of collusion between undertakings can be regarded, by their very nature, as being "injurious to the proper functioning of normal competition".*290 *An agreement is a restriction of competition by object if it reveals a "sufficient degree of harm to competition"* (Item 216)

Maxima Latvija, tivesse sido liberada para o público, como havia ocorrido com a opinião do Advogado Geral Nils Wahl, no processo “*Groupement des Cartes Bancaires*”, que veremos mais adiante.

Definição de restrição da concorrência

O artigo 36 da Lei nº 12.529, de 2011, estabelece que “constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham **por objeto** ou possam produzir os seguintes **efeitos**, ainda que não sejam alcançados.

Deve-se ter em vista o sentido da palavra “*objeto*”. Derivada do verbo “*obicere*”, formada pelo prefixo “*ob*” que traz a ideia de “*para diante*” e do verbo “*jacere*”, lançar. Tem-se então “*lançar para diante*”, com o particípio “*objectum*”, em que se vê o objeto, como conteúdo, como realidade e como finalidade da ação. O conteúdo da manifestação da vontade é um em si mesmo, mas é também uma projeção, é um sair de si mesmo. O teor do ato de vontade pode ser analisado enquanto conteúdo, aspecto estático, mas também enquanto projeção, aspecto dinâmico. Enquanto projeção é mera potencialidade, no que se distingue da efetividade ou concretização.

A lei não define, por não ser função do legislador exarar definições, o que seja “objeto” dos atos, mas enumera exemplificativamente quais sejam os efeitos que devam ser considerados como infrações, ou seja, “*limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante.*”

Ao examinar as condutas, ou genericamente os atos praticados por empresas, para verificar sua compatibilidade com a exigência constitucional e legal de liberdade no mercado, os órgãos de defesa da concorrência se defrontam com a necessidade de interpretar adequadamente os termos da lei. Ora, o artigo 36 da Lei 12.529, de 2011, diz que constituem infração da ordem econômica os atos que tenham por objeto ou possam produzir o efeito de restringir, indevidamente, a concorrência. Os acordos entre empresas podem ter por objeto ou por efeito restringir a concorrência.

Seguindo a sugestão do Juiz Byron R. White, acima referida, tentemos perfilhar o esforço jurisprudencial para elucidação do conceito de “objeto”, tendo sempre em mente a distinção aristotélica entre conceito unívoco e equívoco.

Posicionamento norte-americano

Ensinou Louis D. Brandeis que todo contrato, todo acordo restringe. O problema é saber se essa restrição prejudica a concorrência. A identificação da existência de uma restrição violadora do funcionamento de um mercado livre passa pela análise do caso-a-caso de cada acordo, considerando seu “objeto” ou seu potencial “efeito”. O ensinamento de Brandeis vem palmilhando todas as análises econômicas e jurídicas de condutas que, por qualquer forma, possam afetar a concorrência. O processo “*Board of Trade of City of Chicago*”, decidido em 1918, tratava justamente da polêmica discussão sobre fixação de preços. Vale a pena transcrever a parte do voto que vem servindo de fundamento para muitas decisões da Suprema Corte norte-americana:

“O caso fundamentou-se na proposição vazia de que uma regra ou acordo, por meio do qual homens que ocupam posição de força em qualquer ramo de negócio, **fixa preços** aos quais se deve vender ou comprar durante uma parte importante de um dia útil, **é uma restrição ilegal do comércio** de acordo com a Lei Antitruste. **Mas a legalidade de um acordo ou regulação não pode ser determinada simplesmente por um teste para se saber se restringe a concorrência. Todo acordo de comércio, toda regulação de comércio, restringe. Obrigar, restringir, são de sua própria essência. O verdadeiro teste de legalidade é se a restrição imposta apenas regula e, talvez, de tal forma, promova a concorrência, ou se a suprime e destrói. Para determinar essa questão a corte deve considerar os fatos peculiares ao negócio ao qual a restrição é imposta; a condição do negócio antes e depois de a restrição ser imposta; a natureza da restrição e seus efeitos, reais e prováveis. A história da restrição, o mal que se acredita existir, a razão para se adotar tal remédio em particular, o propósito e a finalidade que se buscam atingir pela adoção da restrição, são todos fatos relevantes. E isso não é porque a boa intenção salvará uma regulação questionável, ou o contrário; mas porque o conhecimento da intenção pode ajudar a corte a interpretar os fatos e prever as conseqüências.** A Corte Distrital errou, portanto, ao retirar de sua resposta [246 U.S. 231, 239] as alegações referentes à história e ao propósito da regra do chamado e ao excluir, mais tarde, provas sobre tal questão. Mas a prova admitida torna claro que tal regra foi uma regulação razoável dos negócios, coerente com as provisões da Lei Antitruste ⁽⁷⁾.

O ensinamento transmitido por essa decisão vem deixar claro que a definição restritiva de um acordo ou de uma conduta não pode ser deduzida

⁷ U.S. Supreme Court, *Board of Trade of City of Chicago v. U.S.*, 246 U.S. 231(1918).

somente do teor desse acordo. Há que analisar-se sempre o contexto jurídico e econômico em que se inserem a conduta ou acordo, e sobretudo a história da restrição. Assim, o “objeto” restritivo de uma conduta não pode jamais ser extraído do exclusivo formalismo do acordo.

Posicionamento europeu

A tentativa de definir e de encontrar um entrelaçamento com a realidade vem se revelando com o esforço histórico da jurisprudência. Pode-se rastrear a preocupação em distinguir “objeto” e “efeitos” desde o julgamento do Processo 56/64 de 13 de julho de 1964, em cuja ementa já se afirmava:

« Para os fins de aplicação dos artigos 85, parágrafo 1, a consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua desde que ele tenha **por objeto** restringir, impedir e falsear o jogo da concorrência ».

Mas aquele acórdão já manifestava a preocupação com a análise isolada do contrato ou da conduta, independentemente do contexto econômico e jurídico em que se envolviam:

« Com efeito, para se caracterizar a situação contratual, convém colocar o contrato no **contexto econômico e jurídico**, em vista do qual as partes o concluíram, sem que isto possa ser considerado como uma invasão nos atos ou situações jurídicas que não constituam o objeto do processo perante a Comissão »⁽⁸⁾.

A mesma lição pode encontrar-se no processo 56-65, *Société Technique Minière*, decidido também em 1966:

“Para examinar se um acordo tem por objeto alterar o jogo da concorrência no interior do mercado comum, é necessário antes de tudo considerar o próprio **objeto** do acordo, levando em conta o contexto econômico em que ele deve ser aplicado, as alterações do jogo da concorrência visadas pelo artigo 85, parágrafo 1, como resultado do todo ou de partes das cláusulas do próprio acordo.

“No caso em que a análise das cláusulas não revele um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, conviria então examinar os efeitos do acordo...”⁽⁹⁾

⁸ Arrêt de la Cour du 13 juillet 1966 – Établissements Consten S.à.R.L. et Grundig-Verkaufs-GmbH contre Commission de la Communauté Économique Européenne – Affaires jointes 56 et 58-64

⁹ Arrêt de la Cour du 30 juin 1966. - Société Technique Minière (L.T.M.) contre Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.). - Demande de décision préjudicielle: Cour

Em 2008, o processo C-209/07, também analisa a questão, salientando que a distinção feita pela lei entre infrações “por objeto” e infrações pelo efeito, tem a ver com o fato de certas **formas de conluio** poderem ser consideradas “*pela sua própria natureza*” como prejudiciais à concorrência. A exposição do Tribunal é suficientemente clara, como se pode ver pelos seus próprios termos:

Há que recordar que, para ser abrangido pela proibição constante do artigo 81.º, n.º 1, CE, **um acordo tem de ter «por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum».** Segundo jurisprudência constante desde o acórdão de 30 de Junho de 1966, LTM (*Société Technique Minière*) (56/65, *Collect.* 1965-1968, pp. 381, 387 e 388), **o carácter alternativo deste requisito, indicado pela conjunção «ou», conduz, antes de mais, à necessidade de considerar o objecto do próprio acordo, tendo em conta o contexto económico no qual se integra.** Porém, se a análise das cláusulas deste acordo não revelar um grau suficiente de nocividade em relação à concorrência, há que examinar então **os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objecto da proibição, exigir a reunião dos factores** que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma apreciável.

Para apreciar se um acordo é proibido pelo artigo 81.º, n.º 1, CE, a apreciação dos seus efeitos concretos é por conseguinte supérflua quando se verifique que o acordo tem por objecto impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum ⁽¹⁰⁾.

Em 2009, nos processos apensos C-501/06P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, o Tribunal de Justiça, reafirma o ponto de vista:

Em primeiro lugar, deve notar-se que o objetivo e o efeito anticoncorrenciais do acordo são condições não cumulativas, mas alternativas, para apreciar se esse acordo é abrangido pela proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE. Ora, segundo jurisprudência

d'appel de Paris - France. - Affaire 56-65. Em decisão proferida em 1986, no Processo 161/84 (*Pronuptia de Paris GmbH contra Pronuptia de Paris Irmgard Schillgalis*), o Tribunal de Justiça, invocando o precedente *L.T.M.*, reafirma que « La Cour considère ensuite dans le même arrêt qu'aux fins de l'application de l'article 85, paragraphe 1, la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence ».

¹⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça, 20 de novembro de 2008, *Competition Authority contra Beef Industry Development society Ltd. E Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd.*, Itens 15 e 16.

constante desde o acórdão de 30 de Junho de 1966, LTM (56/65, Recueil, p. 337; Colect. 1965-1968, p. 381), o carácter alternativo desta condição, marcado pela conjunção «ou», leva à necessidade de considerar em primeiro lugar o próprio objectivo do acordo, tendo em conta o contexto económico em que o mesmo deve ser aplicado. Todavia, no caso de a análise do teor do acordo não revelar um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência, devem então examinar-se os seus efeitos e, para lhe impor a proibição, exigir que estejam reunidos elementos que provem que o jogo da concorrência foi efetivamente impedido ou restringido ou falseado de modo sensível. Resulta também da jurisprudência que não é necessário examinar os efeitos do acordo a partir do momento em que o objetivo anticoncorrencial do mesmo esteja provado (v., neste sentido, acórdão de 4 de Junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, ainda não publicado na Colectânea, n.ºs 28 e 30).

.....
A este propósito, deve sublinhar-se que, segundo jurisprudência constante, para apreciar o carácter anticoncorrencial de um acordo, deve atender-se, nomeadamente, ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa atingir bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere (v., neste sentido, acórdãos de 8 de Novembro de 1983, IAZ International Belgium e o./Comissão, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.º 25, bem como de 20 de Novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, ainda não publicado na Colectânea, n.os 16 e 21). Além disso, ainda que a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar a natureza restritiva de um acordo, nada impede que a Comissão ou os órgãos jurisdicionais comunitários a tenham em conta (v., neste sentido, acórdão IAZ International Belgium e o./Comissão, já referido, n.os 23 a 25) (11)

Em 2011, no processo C-439/09, o Tribunal de Justiça da União volta a se pronunciar sobre o conceito de restrição por objeto⁽¹²⁾. A língua oficial da decisão do processo Pierre Fabre Dermo-Cosmétique foi o francês. O texto

¹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de outubro de 2009, GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comissão

¹² Diz o texto original: “Aux fins d’apprécier si la clause contractuelle en cause comporte une restriction de concurrence **“par objet”** il convient de s’attacher à la teneur de la clause, aux **objectifs** qu’elle vise à atteindre...” Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de outubro de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique SAS contra Président de l’Autorité de la Concurrence et Ministre de l’Économie, de l’Industrie et de l’Emploi – item 35

original francês distingue os termos “*objeto*” e “*objetivo*”, ao passo que a tradução portuguesa elimina a distinção. Sigo o texto francês:

Para apreciar se a cláusula contratual em causa implica uma restrição da concorrência «**por objeto**», deve atender-se ao **teor** das suas disposições, aos **objetivos** que visa atingir bem como ao contexto econômico e jurídico em que se insere (v. acórdão GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., já referido, n.º 58 e jurisprudência referida).

Em 2012, no processo Expedia - C-226/11 -, o Tribunal de Justiça reitera as considerações sobre a distinção feita pelo legislador entre “restrições por objeto” e “restrições por efeito, afirmando:

Em seguida, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, para a aplicação do artigo 101.º, n.º 1, TFUE, a tomada em consideração dos efeitos concretos de um acordo é supérflua, a partir do momento em que se verifique que este tem por objeto restringir, impedir ou falsear a concorrência (v., neste sentido, acórdãos de 13 de julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão, 56/64 e 58/64, Colet. 1965-1968, p. 423; de 8 de dezembro de 2011, KME Germany e o./Comissão, C-272/09 P, Colet., p. I-12789, n.º 65; e KME Germany e o./Comissão, C-389/10 P, Colet., p. I-13125, n.º 75).

A este respeito, o Tribunal de Justiça sublinhou que a distinção entre «infrações pelo objeto» e «infrações pelo efeito» tem a ver com o facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência (acórdãos de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, Colet., p. I-8637, n.º 17; e de 4 de junho de 2009, T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, Colet., p. I-4529, n.º 29).⁽¹³⁾

Em 2013, o processo Allianz Hungária Biztosító Zrt⁽¹⁴⁾, além de trazer, no n.º 2, uma enumeração das cláusulas que são tidas como proibidas, recorre a noções como “*por sua natureza*” ou “*por seu teor*”.

O acórdão Allianz Hungária parece estabelecer uma enumeração taxativa, ao dizer que são proibidos todos os acordos que tenham por objeto as condutas ali descritas, e no n.º 2 faz uma enumeração, estabelecendo que “*a proibição é designadamente aplicável*”:

- a) à fixação, de forma direta ou indireta, dos preços de compra ou

¹³ Acórdão do Tribunal de Justiça, de 13 de dezembro de 2012, Expedia Inc. contra Autorité de la Concurrence, itens 35 e 36.

¹⁴ Processo C-32/11, de 14 de março de 2013.

- de venda, ou de quaisquer outras condições de transação;
- b) à limitação ou ao controlo da produção, da distribuição, do desenvolvimento técnico ou dos investimentos;
 - c) à repartição dos mercados de abastecimento, à limitação da escolha de abastecimento e à exclusão de determinados consumidores relativamente à compra de certos produtos;
 - d) à divisão dos mercados, à exclusão da venda ou à restrição da escolha das modalidades de venda;
 - f) às obstruções de acesso ao mercado;
 - g) aos casos em que, tendo as operações o mesmo valor ou a mesma natureza, exista uma discriminação entre as partes contratantes, nomeadamente na aplicação dos preços, dos prazos de pagamento, das condições ou dos métodos de venda ou de compra, que coloque determinadas partes contratantes em desvantagem na concorrência;
 - h) à subordinação da celebração de contratos à aceitação de obrigações que não tenham, nem pela sua natureza nem de acordo com os usos comerciais, uma ligação com o objeto desses contratos.»

É interessante salientar que, depois de apresentar uma enumeração aparentemente “*taxativa*”, o acórdão se socorre de expressões de conteúdo vago, equívoco, como se vê nos itens 35 e 36:

“35 - A distinção entre «infrações pelo objetivo» e «infrações pelo efeito» tem a ver com o facto de determinadas formas de conluio entre empresas poderem ser consideradas, pela sua própria natureza, prejudiciais ao bom funcionamento da concorrência (v. acórdãos de 20 de novembro de 2008, Beef Industry Development Society e Barry Brothers, C-209/07, Colet., p. I-8637, n.º 17; T-Mobile Netherlands e o., já referido, n.º 29; e de 13 de dezembro de 2012, Expedia, C-226/11, n.º 36).

36 - A fim de apreciar se um acordo contém uma restrição da concorrência «em razão do seu objetivo», deve atender-se ao teor das suas disposições, aos objetivos que visa atingir, bem como ao contexto económico e jurídico em que se insere (v. acórdãos, já referidos, GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o., n.º 58; Football Association Premier League e o., n.º 136; e Pierre Fabre Dermo-Cosmétique, n.º 35). No âmbito da apreciação do referido contexto, há também que tomar em consideração a natureza dos bens ou dos serviços afetados e as condições reais do funcionamento e da estrutura do mercado ou dos mercados em causa (v. acórdão Expedia, já

referido, n.º 21 e jurisprudência referida).

Ora, qual é a “*natureza*” de cada forma de conluio? Por outro lado, o “*teor*” das disposições decorre do conteúdo das palavras, que têm o seu sentido deduzido de uma correlação linguística entre significante e significado¹⁵).

No processo T-491/07, decidido em 29 de novembro de 2012, o Tribunal Geral já havia procurado dar uma conceituação de “*restrição da concorrência por objeto*”, nos seguintes termos:

123 – A Comissão não teria assim respeitado a obrigação que lhe impõe a jurisprudência de ter em conta o “objeto mesmo” das medidas em causa, isto é o seu objeto tal como decorre dos próprios termos das medidas em causa sem consideração das intenções subjetivas de seus autores.

«124 - Segundo a jurisprudência, os tipos de acordos previstos no artigo 81.º, n.º 1, alíneas a) a e), CE, não formam uma lista taxativa de colusões proibidas e, por conseguinte, não há que interpretar o conceito de infração por objetivo de modo restritivo (v, nesse sentido, acórdão [BIDS], n.os 22 e 23).

125 - Para apreciar o caráter anticoncorrencial de um acordo ou de uma decisão de associação de empresas, importa atender, designadamente, ao teor das suas disposições, aos objetivos que o mesmo ou a mesma visam alcançar, bem como ao contexto jurídico e económico em que o mesmo ou a mesma se inserem. A este propósito, basta que o acordo ou a decisão de associação de empresas possa produzir efeitos negativos na concorrência. Por outras palavras, esse acordo ou decisão devem ser concretamente aptos, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se inserem, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. Não é necessário que a concorrência seja realmente impedida, restringida ou falseada nem que haja uma ligação direta entre essa decisão e os preços no consumo. Além disso, ainda que a intenção das partes não constitua um elemento necessário para determinar o caráter restritivo de um acordo, nada impede que a Comissão ou os órgãos jurisdicionais comunitários a tenham em conta. (v., neste sentido, acórdão T-Mobile Netherlands e o., C-8/08, [EU:C:2009:343], n.os 31, 39 e 43, e acórdão GlaxoSmithKline Services e o./Comissão e o.,

¹⁵ Quando se trata do “teor” ou do significado das palavras, ou da correlação entre significante e significado, não se pode esquecer a lição de FERDINAND DE SAUSSURE, considerado o pai da linguística moderna. Ensinava ele que “*le lien unissant le signifiant au signifié est arbitraire, ou encore, puisque nous entendons par signe le total résultant de l’association d’un signifiant à un signifié, nous pouvons dire plus simplement: le signe linguistique est arbitraire*” *Cours de Linguistique Générale* (1967), Paris, Payot, 2005, p. 100 (n. 135).

[C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, EU:C:2009:610], n.º 58 e jurisprudência referida).»

Ao decidir o recurso contra o processo T-491/07, o Tribunal de Justiça da União se manifesta sobre o conceito de restrição por objeto, referindo-se a “*tipo de coordenação*”, evocando a decisão Allianz Hungária:

52 - Se a análise de um tipo de coordenação entre empresas não apresentar um grau suficiente de nocividade para a concorrência, há que examinar, em contrapartida, os seus efeitos e, para que a mesma possa ser objeto da proibição, exigir que estejam reunidos os elementos que determinam que a concorrência foi de facto impedida, restringida ou falseada de forma sensível (v., acórdão Allianz Hungária Biztosító e o., EU:C:2013:160, n.º 34, e jurisprudência referida).

57 - Com efeito, por um lado, no n.º 125 do acórdão recorrido, o Tribunal Geral, quando definiu o conceito de restrição de concorrência «por objetivo» na aceção desta disposição, omitiu a referência à jurisprudência constante do Tribunal de Justiça indicada nos n.os 49 a 52 do presente acórdão, ignorando, assim, que o critério jurídico essencial para determinar se uma coordenação entre empresas comporta tal restrição da concorrência «por objeto» reside na constatação de que essa coordenação apresenta um grau suficiente de nocividade para a concorrência.

Em 11 de setembro de 2014, no processo C-67/13P⁽¹⁶⁾, *Groupement des Cartes Bancaires*, o Tribunal de Justiça se manifesta sobre a decisão do Tribunal Geral. O Tribunal de Justiça se referia justamente aos **itens 124, 125** do processo T-491/07, decidido em 29 de novembro de 2012. A língua oficial daquela decisão foi o francês. Assinalo isto, porque discordo da tradução feita na publicação em português. O original francês se refere a uma restrição da concorrência «*par objet*», que o texto português verte para “uma restrição da concorrência “por objetivo”. Assim, ao reproduzir o texto, faço a modificação, adotando a terminologia francesa “par objet”.

56 - Há que reconhecer que, ao pronunciar-se deste modo, o Tribunal Geral, em parte, ignorou a jurisprudência do Tribunal de Justiça e, portanto, **cometeu erros de direito** no que toca à **definição dos critérios jurídicos pertinentes para apreciar a existência de uma restrição à concorrência «por objeto» na aceção do artigo 81.º, n.º 1, CE.**

57 Com efeito, por um lado, no n.º 125 do acórdão recorrido, o **Tribunal Geral**, quando definiu o conceito de restrição de concorrência

¹⁶ C-67/13P, *Groupement des Cartes Bancaires (CB) contre Commission Européenne*, Arrêt de la Cour, Troisième Chambre, du 11 septembre 2014.

«por objetivo» na aceção desta disposição, **omitiu a referência à jurisprudência constante do Tribunal de Justiça** indicada nos n.ºs 49 a 52 do presente acórdão, ignorando, assim, que **o critério jurídico essencial para determinar se uma coordenação entre empresas comporta tal restrição da concorrência «por objeto» reside na constatação de que essa coordenação apresenta um grau suficiente de nocividade para a concorrência.**

58 Por outro lado, tendo em conta esta jurisprudência, foi erradamente que o Tribunal Geral considerou, no n.º124 do acórdão recorrido, e depois no seu n.º 146, que **o conceito de restrição da concorrência «por objeto» não deve ser interpretado «de forma restritiva»**. Com efeito, sob pena de dispensar a Comissão do dever de provar os efeitos concretos no mercado de acordos em que não está demonstrado que sejam **pela sua natureza** nocivos ao funcionamento normal da concorrência, **o conceito de restrição da concorrência «por objeto» só pode ser aplicado a certos tipos de colusões entre empresas que revelem um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência para que se possa considerar que o exame dos seus efeitos não é necessário**. A este propósito, é irrelevante a circunstância de que estes tipos de acordos previstos no artigo 81.º, n.º 1, CE, não constituam uma lista taxativa de colusões proibidas.

O Tribunal de Justiça da União Europeia vem, pois, desde 2011, em sucessivos pronunciamentos conseguindo um aperfeiçoamento conceitual sobre o sentido de acordo anticompetitivo “por objeto” ou “por efeito”, de que são exemplos as decisões anteriormente citadas: *Expedia* (2011), *Allianz Hungaria* (2011), *Slovak Banking* (2012), e *Cartes Bancaires* (2013).

A edição da revista britânica *Competition Law Insight*, de 2 de setembro de 2015, traz notícia dessa evolução conceitual, reportando o julgamento realizado em 16 de julho de 2015 pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, pronunciando-se sobre o pedido de reenvio prejudicial do Tribunal Supremo de Cassação e de Justiça da Romênia, no processo *ING PENSII*, que fora condenada pelo Conselho da Concorrência romeno, por prática cartelizante.

Os acordos efetivados pelas empresas de fundos privados de pensão foram celebrados com o objetivo de repartir os clientes entre as 18 empresas de fundos de pensão. O Conselho de Concorrência romeno condenou as empresas. A *ING PENSII* ⁽¹⁷⁾ recorreu ao Poder Judiciário, que decidiu formular ao Tribunal de Justiça da União Europeia o seguinte questionamento: “*No âmbito de uma prática que consiste na repartição de clientes, o número concreto e*

¹⁷ C-172/14, 2015.

definitivo desses clientes seria relevante para se considerar a conduta lesiva à concorrência?”

Ao responder à consulta, o Tribunal de Justiça salienta que “*constituent forms of collusion particularly prejudicial to the normal functioning of the market are the agreements which, by their very nature, have as their object the sharing of the market between the undertakings. Thus, agreements on the sharing of the market, as well as agreements on prices, are the most serious forms of collusion*”.

O que se deve examinar é se as práticas concertadas entre as empresas têm o potencial de afetar negativamente o mercado, e se têm “por objeto ou efeito” impedir, restringir ou de qualquer forma falsear a concorrência. Tais acordos, nos termos da lei, devem ter por “objeto” ou por “efeito” lesar a concorrência. A lei coloca entre estes termos a conjunção “ou”. É interessante notar que a redação italiana da decisão fala de “*disgiunzione o*” (18). Ou seja, estes requisitos não são cumulativos, mas alternativos.

Ainda em 20 de janeiro de 2016, no processo C-373/14^oP, Toshiba Corporation, o Tribunal de Justiça ratifica o entendimento adotado em *ING PENSII*:

“Va ricordato a tal riguardo che, per ricadere nel divieto sancito dall’articolo 101, paragrafo 1, TFUE, un accordo deve avere «per oggetto o per effetto» di impedire, restringere o falsare la concorrenza nel mercato interno. Secondo una giurisprudenza costante della Corte a partire dalla sentenza LTM (56/65, EU:C:1966:38), **l’alternatività di tale condizione, espressa dalla disgiunzione «o»**, rende necessario innanzitutto considerare l’oggetto stesso dell’accordo (sentenza ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484, punto 30)”.

Adoto o texto italiano da decisão, embora o texto oficial tenha sido o inglês, por um reforço do raciocínio a respeito da **alternatividade** que vem expressa na “*disgiunzione o*”, que na redação inglesa (*conjunction*) ou portuguesa (*conjunção*) não traduzem a excludente que decorre da alternatividade.

¹⁸ “Secondo una giurisprudenza costante a partire dalla sentenza LTM (56/65, EU: C:1966:38), infatti l’alternatività di tali condizioni, espressa dall’impiego della disgiunzione “o”, rende necessario innanzitutto considerare l’oggetto stesso della pratica concordata, tenuto conto del contesto economico nel quale quest’ultima deve trovare applicazione. Nel caso in cui, tuttavia, l’analisi del tenore della pratica concordata non rivelasse un pregiudizio alla concorrenza di sufficiente entità, occorrerebbe prendere in esame i suoi effetti...” (Causa C-172/14, 16 luglio 2015, punto 30).

Em diversas decisões, o Tribunal de Justiça deixa claro que o caráter alternativo destes requisitos (*objeto ou efeito*) conduz à necessidade de considerar em primeiro lugar o próprio “objeto” do acordo. Determinadas condutas, como fixação de preço ou divisão de mercado, constituem restrição pelo “objeto”, e revelam grau suficiente de nocividade para o bom funcionamento do jogo normal da concorrência, não sendo necessário examinar seus efeitos, que, aliás, se presumem.

Respondendo à questão prejudicial, o Tribunal deixa claro que os acordos sobre a repartição da clientela integram manifestamente, tal como os acordos sobre fixação de preços, a categoria das restrições mais graves da concorrência. Como estes acordos atingiram todo o território da Romênia, o número de pessoas concretamente atingidas pelos acordos de repartição realizados é irrelevante para que se chegue à conclusão da existência de uma grave restrição da concorrência.

Parecer do Advogado Geral –

Em substancioso parecer apresentado, em 27 de março de 2014, ao Tribunal de Justiça, o Advogado Geral M. Nils Wahl, no julgamento do processo C-67/13P, *Groupement des Cartes Bancaires (CB)* contra Comissão Europeia, faz uma análise aprofundada do pensamento do Tribunal Geral que adotou “*uma concepção marcadamente extensiva da noção de restrição por objeto*”. Assinala que o processo oferece agora ao Tribunal de Justiça “*uma nova ocasião de afinar sua jurisprudência, um tanto controversa, sobre a noção de restrição por objeto*”⁽¹⁹⁾.

Duas metodologias de abordagem da questão se apresentam: uma primeira consiste em uma análise casuística, que implica um exame circunstanciado e aprofundado dos efeitos anticoncorrenciais, reais e potenciais; uma segunda identifica comportamentos que são em princípio proibidos, independentemente da perquirição de seus efeitos. Esta segunda metodologia é fonte de economia processual, ao permitir às autoridades encarregadas da garantia da concorrência efetuar esta proteção sem que seja necessário proceder ao exame, frequentemente complexo e fastidioso, de seus efeitos potenciais ou reais sobre o mercado relevante.

Reconhece que o recurso à noção de infração “*por objeto*”, com uma interpretação demasiado ampla, encontra um paralelo com o conceito norteamericano de infração “*per se*”.

Em sua conclusão, o Advogado Geral opta pelo posicionamento

¹⁹ Conclusions de l’Avocat Général M. Nils Wahl, n. 3.

adotado pela Comissão que aliou o reconhecimento do objeto anticoncorrencial à presença do efeito restritivo da concorrência, requerendo a anulação da decisão do Tribunal Geral.

Antes de concluir

Após enfeixadas as considerações acima, chegou-me a edição de dezembro de 2016 da revista *Journal of Competition Law & Economics*, com substancioso estudo da lavra de Pablo Ibáñez Colomo⁽²⁰⁾. A sua pesquisa, fundada principalmente nas decisões do Tribunal de Justiça da União, afirma que “*a integração do mercado é um objetivo do Artigo 101 TFEU. Como resultado, os acordos que têm por fim dividir os mercados nacionais são em princípio restritivo da concorrência por objeto. A jurisprudência sobre esta questão tem sido consistente desde Consten-Grundig*”⁽²¹⁾.

Coincidentemente com a análise que fiz acima, com suporte na jurisprudência, Ibáñez Colomo demonstra que “*os critérios que o Tribunal segue quando examina se um acordo é restritivo por objeto são facilmente depreendidos das decisões judiciais. Tipicamente, esta questão se afirma em referencia à razão fundante do acordo, que é determinada à luz de fatores objetivos. Estes fatores incluem o conteúdo do acordo e o contexto econômico e legal de que ele é parte. O ponto de partida da abordagem padrão é a análise da objetiva finalidade das controvertidas restrições*”⁽²²⁾.

Conclusão

Seria interessante enfeixar as considerações acima com uma pergunta formulada pelo Professor Richard Whish: “*Anticompetitive object vs.*

²⁰ Article 101 TFEU and Market Integration, *Journal of Competition Law & Economics*, vol. 12, nº 4, December 2016, p. 749-779..

²¹ “*Market integration is an objective of Article 101 TFEU. As a result, agreements aimed at partitioning national markets are in principle restrictive of competition by object. The case law on this point has been consistent since Consten-Grundig*”, *Ob. Cit.*. p. 749.

²² “*The criteria that the Court follows when it examines whether an agreement is restrictive by object are easily inferred from the case law. Typically, this question is established by reference to the underlying rationale of the agreement, which is determined in light of objective factors. These factors include the content of the agreement and the economic and legal context of which it is part. The starting point under the default approach is the analysis of the objective purpose behind the contentious restraints*” *Ob. Cit.* p. 755.

Anticompetitive effect: Does it really matter?"

Na terceira edição da Conferência sobre Concorrência – *New Frontiers of Antitrust* – realizada na Assembleia Nacional de França em 10 de fevereiro de 2012, Richard Whish ironicamente se refere à tentativa de colocar as restrições dentro de uma caixa de objeto (“*object box*”), para se evitar ter que demonstrar os efeitos anticompetitivos de um acordo ou prática⁽²³⁾.

O Direito da Concorrência não se compadece com raciocínios de bipolaridade exclusiva. A contextualidade exige uma multipolaridade. Insistimos na posição segundo a qual a imbricação constante do Direito e da Economia não permite a adesão irrestrita à forma ou à matéria, renunciando à análise constante da realidade sempre mutável. Não podemos nos esquecer do ensinamento multimilenar de Heráclito, que afirmava que tudo corre como um rio: *πάντα ρεῖ ὡς ποταμός*.

No percurso de análise das decisões acima referidas, nos defrontamos com diversas expressões que traduzem conceitos que servem de guia para a aferição da competitividade, ou anticompetitividade, das condutas sujeitas ao crivo do Poder Judiciário.

O que importa é, pois, dar resposta à conceituação de “*objeto*” e de “*efeito*”. E, para tomar posição, nos defrontamos com vários vocábulos-conceitos. Estamos diante da indagação da existência de uma restrição da concorrência “por objeto”, ou “por efeito”. O conceito (do latim “*cum+cipere*” ou “*cum+capere*”, correlato de “*cum+prehendere*”) se forma a partir da apreensão de notas definitórias particulares de varias coisas e situações da vida real, e de sua redução aos aspectos essenciais formadores do universal.

Quando se afirma que uma cláusula contratual ou uma conduta tem um objeto anticoncorrencial, estamos perquirindo a respeito dos elementos formadores, constitutivos, da cláusula ou da conduta. Por outro lado, dizer que uma cláusula ou conduta tem ou pode ter um efeito anticoncorrencial, significa analisar os resultados reais ou potenciais dali decorrentes. Não se pode parar no simples enunciado do teor da cláusula contratual. Necessário se faz visualizar a natureza da operação, o contexto econômico e jurídico em que se insere, uma apreciação razoável e inafastabilidade dos princípios da proporcionalidade e da segurança jurídica.

O que importa é, pois, dar resposta à conceituação de “*objeto*” e de “*efeito*”. E, para tomar posição, nos defrontamos com vários vocábulos-conceitos. Mas a literalidade do vocábulo não pode jamais dispensar o

²³ Anticompetitive object v/s. Anticompetitive effect: Does it really matter?, in *New Frontiers of antitrust 2012* – Concorrences Journal 3rd International Conference, Assemblée Nationale, Paris, p. 10.

intérprete de colocá-lo no universo em que se insere. As questões do contexto da concorrência são por demais ricas para se deixar enclausurar numa definição de dicionário. Há todo um envolvimento político (disputas entre mercados mundiais, criação de mercados regionais, formação de mercado único), envolvimento social (defesa de interesses de consumidores, defesa de empregabilidade), envolvimento econômico (disputas de mercados, globalização, evolução de tecnologia, inovação), que se reflete no significado a ser extraído de um único vocábulo.

O CONCEITO DE CONSUMIDOR PESSOA JURÍDICA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Joana Temudo Cianfarani
Patrícia Helena Marta Martins
Rodrigo Sales
Sofia Gavião Kilmar
Sonia Maria Giannini Marques Döbler
Vicente Gomes de Oliveira Filho

Resumo: O presente artigo tem por objeto a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") acerca da extensão da aplicação do conceito de "consumidor" do Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8.078 de 11/09/1990 – "CDC") às pessoas jurídicas ("consumidor pessoa jurídica"). O tema é relevante por conta das importantes implicações que a aplicação do CDC traz às relações e práticas comerciais entre empresas, o que tem causado um número significativo de disputas judiciais e, por seu turno, uma interessante evolução do entendimento do STJ sobre o assunto. Este artigo foi elaborado com base em estudo exauriente da jurisprudência do STJ sobre o conceito de consumidor pessoa jurídica, desde a fundação da Corte Superior em 1988 até maio de 2016.

Palavras-chave: consumidor pessoa jurídica; jurisprudência; Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: This paper aims at the concept of corporate entities as consumers in the case law of the Brazilian Superior Court of Justice ("STJ"). The issue is relevant given the evolution and the current understanding of the STJ about the subject, and also because of the important implications arising from the incidence or non-incidence of the Brazilian Consumer Defense Code in concrete judicial disputes. This paper is grounded on an exhaustive study of the STJ case law about the concept of corporate entities as consumers, since the foundation of the STJ in 1988 up to May 2016.

Keywords: *corporate entities as consumers; case law; Brazilian Superior Court of Justice.*

Introdução

O presente artigo tem por objeto a análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ("STJ") acerca da extensão da aplicação do conceito de "consumidor" do Código de Defesa do Consumidor (Lei. 8.078 de 11/09/1990 – "CDC") às pessoas jurídicas ("consumidor pessoa jurídica"). O tema é relevante por conta das importantes implicações que a aplicação do CDC traz às relações e práticas comerciais entre empresas, o que tem causado um número significativo de disputas judiciais e, por seu turno, uma interessante evolução do entendimento do STJ sobre o assunto. Por seu turno, conforme se verá a seguir, a evolução dos julgados no STJ, a despeito de mais recentemente apontar para uma certa alinhamento da Corte acerca do tema, ainda não produziu um entendimento absoluto a respeito¹. No entendimento dos autores, essa situação aponta para a necessidade de uniformização da jurisprudência do STJ sobre o tema, cumprindo-se assim a 'função paradigmática' a ser desempenhada pelo tribunal à luz do Novo Código de Processo Civil.

Embora admitido expressamente no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor², o conceito de consumidor pessoa jurídica enseja debates na doutrina praticamente desde a publicação da lei consumerista acerca da extensão da aplicação desse conceito pretendida pelo legislador. Esse debate acerca da teoria aplicável para fins de qualificação de pessoa jurídica como consumidora é extremamente prolífico entre os juristas nacionais, e conforme será detalhado no Capítulo I adiante, produziu pelo menos duas correntes doutrinárias principais sobre a matéria, normalmente agrupadas como teorias

¹ Manifestando-se sobre o tema em artigo recente, o Ministro Humberto Martins, fez as seguintes afirmações:

"Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o Direito do Consumidor é uma das mais desafiadoras disciplinas que a Corte debate em seus julgamentos.

Um dos pontos mais complexos da atuação do STJ está na definição do que seja consumidor, o que permite delimitar o âmbito de incidência das normas ao caso concreto. Há diversas acepções de consumidor, com base na legislação e na interpretação doutrinária."

"Evidentemente que ainda persistem muitos problemas na delimitação do conceito de consumidor, mesmo na jurisprudência do STJ. A ampliação excessiva desse conceito pode gerar mais efeitos negativos do que vantagens ao próprio consumidor, na medida em que se todos são assim considerados, ao final ninguém o será verdadeiramente."

MARTINS, 2016.

²Código de Defesa do Consumidor: "Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Maximalista e/ou Objetiva e Finalista e/ou Subjetiva. Por outro lado, assim como ocorre na doutrina³, no âmbito da jurisprudência existe debate importante sobre a teoria aplicável para fins de qualificação de pessoa jurídica como consumidora. De acordo com nossa pesquisa junto aos julgados do STJ, é possível apontar para a consolidação de uma terceira teoria acerca do alcance do artigo 2º do CDC às pessoas jurídicas, a qual passaremos a denominar de teoria Finalista Mitigada e/ou Aprofundada⁴, conforme detalharemos mais adiante.

O Superior Tribunal de Justiça ("STJ") coleciona mais de uma centena de julgados sobre o tema desde a fundação da Corte em 1988⁵, até o ano corrente. No mencionado intervalo de aproximadamente vinte anos, a Corte Superior já registrou pelo menos três mudanças de entendimento sobre o assunto e, ainda assim, nos dias de hoje não se pode dizer que haja posicionamento absoluto do STJ sobre qual teoria incide para fins de qualificação de pessoa jurídica como consumidora.

Como seria de se esperar diante do cenário na Corte Superior de Justiça, a discussão sobre qual teoria incide para fins de qualificação de pessoa jurídica como consumidora reverbera nos Tribunais e em primeira instância. Diante desse panorama e, tendo em vista as relevantes implicações

³É importante notar que nesse trabalho não pretendemos contribuir diretamente para o excelente debate doutrinário a respeito do assunto, o qual, como atesta a vasta bibliografia anotada ao final de nosso artigo, já possui contribuições mais que suficientes para parametrizar a discussão do ponto de vista doutrinário. Na verdade, o foco de nosso trabalho é, com base no contexto doutrinário existente, analisar a evolução do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito e apontar para a existência das condições para que este tribunal se mobilize no sentido da uniformização de seu entendimento.

⁴ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça já empregou ambos os termos para rotular a mencionada teoria. No RESP nº 1.195.642/RJ, a Ministra Relatora Nancy Andrighi mencionou o termo "*Teoria Finalista Aprofundada*". Já no RESP nº 1.286.807/SC, o Ministro Relator João Otávio de Noronha mencionou o termo "*Teoria Finalista Mitigada*". De igual forma, a doutrina menciona os termos "*Teoria Finalista Aprofundada*" e "*Teoria Finalista Mitigada*" como sinônimos: VASCONCELOS, Fernando. MAIA, Maurílio Casas. A tutela do melhor interesse do vulnerável: uma visão a partir dos julgados relatados pelo Min. Herman Benjamin (STJ). In: Revista de Direito do Consumidor, número 103, janeiro-fevereiro de 2016, páginas 243 a 271.

⁵O Superior Tribunal de Justiça foi criado pela Constituição Federal de 1988 a partir do então existente Tribunal Federal de Recursos (TFR). O STJ foi instalado com sua primeira turma de ministros em 1989. Vide http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Institucional/História. Acesso em 30/05/2016.

decorrentes da incidência ou não do Código de Defesa do Consumidor nas relações negociais entre empresas e a consequente judicialização de disputas acerca da aplicação de regras e princípios do CDC em certas relações comerciais, o presente artigo partirá de estudo exauriente da jurisprudência do STJ sobre consumidor pessoa jurídica desde 1988 até maio de 2016, para tecer considerações sobre a evolução dos julgados e o corrente posicionamento do STJ sobre o tema. O posicionamento atual do STJ ganha relevância adicional face às disposições do Novo Código de Processo Civil sobre o papel das Cortes Superiores na uniformização de jurisprudência.

Para efeito de contextualização do tema e da evolução dos posicionamentos do STJ, o Capítulo I trará breves apontamentos sobre as principais teorias doutrinárias existentes sobre o conceito de pessoa jurídica consumidora, em interpretação ao disposto no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor⁶.

Na sequência, o Capítulo II versará sobre a aplicação das ditas teorias pela jurisprudência do STJ – incluindo a identificação da evolução de sua aplicação e o corrente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça a respeito.

Ato contínuo, o Capítulo III trará considerações sobre a relevância dos precedentes do Superior Tribunal de Justiça à luz do Novo Código de Processo Civil, para fins de uniformização de jurisprudência.

Complementado o estudo ao seu final apresentamos três anexos que são a base dos dados utilizados para a elaboração desse trabalho, com o objetivo de tornar verificável o conteúdo do presente estudo, como também contribuir com os dados obtidos como ponto de partida inicial aos novos estudos sobre o tema. Os anexos foram assim divididos:

- (i) Anexo I, lista completa dos acórdãos identificados em nossa pesquisa;
- (ii) Anexo II, ementário (“fichamento”) de cada acórdão produzido especialmente para esse trabalho, e
- (iii) Anexo III, bibliografia de trabalhos doutrinários que abordam a questão tratada no presente artigo.

Por fim, este estudo trará reflexões e apontamentos finais na forma de Conclusão.

⁶ Conforme salientado acima, remetemos o leitor para a bibliografia lista no Anexo III desse trabalho para uma análise aprofundada do debate doutrinário aqui resumido.

II. Breve exposição doutrinária

Conforme apontado acima, consoante o disposto no artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor (“CDC”),

"consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".

Esse conceito do artigo 2º *caput* do CDC é normalmente entendido como conceito de consumidor “em sentido estrito” face a outras previsões legais onde certos agentes são “equiparados” aos consumidores para efeito de receber a proteção consumerista estabelecida pelo CDC⁷. No presente trabalho, trataremos apenas da conceituação do consumidor pessoa jurídica decorrente do conceito estrito de consumidor estabelecido pelo *caput* do artigo 2º.

Desde o advento do CDC, e em parte com base em discussões doutrinárias já existentes em outros países anteriormente ao advento da legislação consumerista brasileira,⁸ foram desenvolvidas pelos doutrinadores pátrios várias teorias acerca da qualificação do consumidor *strictu sensu*, em particular o consumidor pessoa jurídica⁹. De qualquer forma, a despeito dessavariedade conceitual inicial, prevaleceu a divisão doutrinária no Brasil de duas grandes teorias acerca do conceito de consumidor em sentido estrito, a saber a Teoria Maximalista (muitas vezes chamada de Objetiva) e , a Teoria Finalista (muitas vezes chamada de Subjetiva). Mais recentemente, vem ganhando força, principalmente por meio da jurisprudência, o desenvolvimento

⁷Os chamados “consumidores equiparados” são definidos no CDC por meio do o parágrafo único do artigo 2º (“a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”), do artigo 17 (“as vítimas do dano causado pelo fato do produto e do serviço”) e pelo artigo 29 (“todas as pessoas, determináveis ou não,” expostas às práticas comerciais ou abusivas previstas pelo CDC). Para uma síntese objetiva e clara dessa conceituação, veja Marcos Jorge Catalan e Pablo Malheiros da Cunha Frota, “A pessoa jurídica consumidora duas décadas depois do advento do Código de Defesa do Consumidor”, disponível em: <http://www.marcosehrhardt.adv.br/index.php/artigo/download/16> e também publicado na Revista Brasileira de Direito Civil, Constitucional e Relações de Consumo, volume 1, número 1, janeiro-março de 2009, páginas 145 a 180.

⁸ Nesse particular, ver os trabalhosseminais de BOURGOIGNIE, 1992 e MARQUES, 2011.

⁹ De acordo com Catalan e Frota, obra citada acima, pelo menos sete teorias foram forçadas pela doutrina e pelo menos uma pela jurisprudência, a saber: (i) mercados, (ii) segmento econômico, (iii) insumo jurídico, (iv) fundo de comércio, (v) maximalista ou objetiva, (v) finalista ou subjetiva, (vi) finalista aprofundada (ou mitigada, conforme indicamos anteriormente), (vii) causa final e, mais recentemente (ix) conglobante (essa última muitas vezes confundida com a teoria maximalista.

de uma terceira teoria, a Teoria Finalista Mitigada (para alguns autores qualificada como Teoria Finalista Aprofundada), que, ano nosso ver, busca “conciliar”¹⁰ a aplicação dessas duas vertentes teóricas com base em certos critérios de vulnerabilidade do ente figurante no polo consumidor do serviço ou produto objeto da relação jurídica, aplicáveis caso a caso.

Vale lembrar que a definição do alcance da aplicação do conceito de consumidor *strictu sensu* às pessoas jurídicas possui relevância que extrapola em muito o interesse acadêmico ou estritamente doutrinário. Na verdade, ao aplicar-se o CDC a relações negociais entre empresas, o consumidor pessoa jurídica passa a ser sujeito da ampla gama de direitos objetivados pelo CDC no ordenamento jurídico nacional, os quais em muitos casos ampliam em muito a proteção jurídica que a mesma pessoa jurídica faria jus na hipótese do mesmo negócio ser regido apenas pelo regime jurídico civil). Isso porque o CDC estabeleceu princípios e regras de ampliação da proteção dos consumidores perante os fornecedores de produtos e serviços com base na premissa legal de que aqueles são entes vulneráveis na relação de consumo¹¹ A partir dessa premissa legal de vulnerabilidade do consumidor, o CDC estabelece uma série de mecanismos visando a equalizar a relação de consumo que incluem, dentre outros, os seguintes: reconhecimento expresso do regime de responsabilidade civil objetiva e solidária por danos causados aos consumidores (artigos 12, 14, 17 e 25 parágrafo 2º do CDC), regras e prazos específicos para o saneamento ou substituição de produtos e serviços defeituosos (artigos 18 a 25 do CDC), facilitação da defesa do consumidor em juízo, incluindo a possibilidade de inversão do ônus da prova em certas circunstâncias (artigo 6º, inciso VIII do CDC), proteção contra práticas comerciais e contratuais consideradas abusivas, inclusive com tipologia de cláusulas consideradas nulas de pleno direito e vedação expressa de cláusula de exclusão de responsabilidade dos fornecedores, com permissão no caso de consumidor pessoa jurídica, apenas da limitação do valor da indenização em situações justificáveis (capítulos V e VI

¹⁰ Derivamos o caráter conciliatório das demais teorias do premiado trabalho de ZAPATER, 2001.

¹¹ O princípio da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo é reconhecido de forma expressa pelo CDC em seu artigo 4º, inciso I. A esse respeito, assim manifesta-se Sílvia de Salvo Venosa: “... basta a presença de um consumidor e sua vulnerabilidade para o negócio ser atingido pelas normas do Código de Defesa do Consumidor. Como a compreensão da definição do consumidor nessa lei é abrangente da pessoa jurídica, não há substrato para afastar a empresa dessa definição, como pretendem alguns, ainda presos a conceitos individualistas, se presente o requisito da vulnerabilidade e da relação de consumo. A empresa também é consumidor. A conclusão pela vulnerabilidade dependerá evidentemente do caso concreto.” In: VENOSA, 2013, p. 51 e 52.

do CDC, em especial os artigos 39 a 41 e 46 a 54). Vale lembrar que mesmo com o advento do Novo Código Civil em 2002, o qual incorporou no regime civil algumas das inovações introduzidas pelo CDC (incluindo o regime de responsabilidade civil objetiva por fato do produto e outros institutos relativos às práticas comerciais e contratuais), o CDC ainda apresenta regime de proteção mais abrangente aos que se enquadram no conceito de consumidor, incluindo o consumidor pessoa jurídica.¹²

Com base na contextualização acima, passamos a sintetizar a conceituação das três linhas teóricas predominantes acima indicadas, as quais refletem o agrupamento dos julgados do STJ que analisamos na parte final desse trabalho:

A Teoria Maximalista entende a dita expressão "*destinatário final*" como destinatário final do ponto de vista fático.

Assim, para a Teoria Maximalista, são consumidoras as pessoas jurídicas que adquirirem produtos ou serviços na qualidade de destinatárias fáticas finais destes – isto é, não para fins de revenda ou redistribuição¹³.

Conforme será detalhado adiante com base em precedentes judiciais concretos, a Teoria Maximalista entende que um restaurante que adquira serviço de pagamento via máquina de cartão, a fim de processar os pagamentos feitos por seus clientes de forma mais conveniente, é consumidor em sua relação com o fornecedor do aludido serviço.

Da mesma forma, para a Teoria Maximalista, uma empresa agricultora que tenha adquirido trator ou máquina para realizar a colheita da

¹²Nesse sentido, assim se manifesta Júlio Moraes Oliveira:

“Com o surgimento do CDC, a teoria contratual brasileira sofreu uma reviravolta com novos institutos que a modernizaram. O Código Civil de 2002 incorporou muito desses avanços dessa nova teoria contratual, mas mesmo assim o Código de Defesa do Consumidor ainda é um diploma regulatório mais benéfico ao consumidor.

Mesmo que o Código Civil seja um código para iguais, como defendem alguns autores e o CDC um código de desiguais, este último continua dando uma maior proteção aos subordinados às suas normas. Pode-se exemplificar a questão com os dispositivos relativos à responsabilidade objetiva que no Código Consumerista é praticamente a regra, a inversão do ônus da prova, as situações de publicidade e oferta que são mais rigorosas na Lei n. 8.078/90, a proteção contra as práticas abusivas, os serviços públicos etc.

Esses argumentos respondem à pergunta: Se o Código Civil de 2002 incorporou em grande parte os avanços da nova teoria contratual então porque os empresários ainda se valeriam do CDC nas relações interempresariais?” In: OLIVEIRA, 2011, p.99.

No mesmo sentido, veja WESENDONCK, 2015, p. 148 e segs.

¹³CAVALIERI FILHO, 2011, p. 60.

produção será tida como consumidora em relação ao fornecedor do dito trator ou máquina.

Nos dois exemplos, embora se tratem de estabelecimentos comerciais que adquiriram serviço e produto enquanto insumos de produção, as empresas adquirentes serão consideradas consumidoras pela Teoria Maximalista, na medida em que são as destinatárias finais, do ponto de vista fático, dos ditos serviço e produto.

De outra banda, a Teoria Finalista entende a expressão "*destinatário final*" no sentido de destinação final econômica¹⁴.

Para a dita teoria, é consumidor quem adquire bem ou serviço para uso pessoal, e não para o desenvolvimento de atividade negocial.

Retomando os exemplos citados acima, para a Teoria Finalista, tanto o restaurante que adquire serviço de pagamento via máquina de cartão, como também a empresa agricultora adquirente de trator ou máquina para a realização da colheita, não são qualificados como consumidores. Afinal, em ambos os exemplos, o serviço e produto foram adquiridos para fins de exercício da empresa.

Cumpra expressar que, consoante a Teoria Finalista, os mencionados restaurante e empresa agrícola não seriam considerados consumidores nem mesmo se fossem empresas de pequenos porte, vulneráveis com relação aos fornecedores respectivos.

Diante disso e, tendo em vista que a Política Nacional das Relações de Consumo tem por princípio o "*reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo*" (artigo 4º, I do CDC), surgiu, no âmbito da doutrina, a chamada Teoria Finalista Mitigada – também designada Teoria Finalista Mitigada ou Aprofundada¹⁵.

Referida teoria valida o conceito de consumidor pessoa jurídica consoante a Teoria Finalista mas, de outro lado, admite a flexibilização do mencionado conceito para reputar como consumidora, também, a pessoa jurídica que se mostre vulnerável - técnica, jurídica ou economicamente – com relação ao fornecedor respectivo, no caso concreto¹⁶.

Significa dizer que, para a Teoria Finalista Mitigada, devem ser percebidas como consumidoras as pessoas jurídicas que sejam destinatárias finais de produtos e serviços adquiridos sem a finalidade de insumo produtivo ou de instrumento para o exercício da empresa, mas, também aquelas pessoas

¹⁴CAVALIERI FILHO, 2011, p. 61.

¹⁵ Vide nota 8*supra*.

¹⁶CAVALIERI FILHO, 2011, p. 62.

jurídicas que, diante da situação de fato, tenham se provado vulneráveis com relação aos fornecedores respectivos – seja do ponto de vista técnico, jurídico ou econômico.

Evocando, mais uma vez, os exemplos do restaurante e da empresa agricultora citados *supra*, caso se tratassem de empresas vulneráveis do ponto de vista técnico, jurídico ou econômico com relação aos fornecedores respectivos, estas seriam rotuladas como consumidoras, consoante a Teoria Finalista Mitigada.

III. Aplicação das teorias sobre consumidor pessoa jurídica pela jurisprudência do STJ

As três teorias doutrinárias expostas anteriormente encontram aplicação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Como já foi apontado, a Teoria Maximalista percebe como consumidora a pessoa jurídica que seja destinatária final fática de produto ou serviço – isto é, a pessoa jurídica que não tenha adquirido o produto ou serviço em questão para fins de revenda ou redistribuição.

Nesse sentido e conforme o exemplo mencionado no Capítulo II *supra*, a 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, sob relatoria da Ministra Nancy Andrighi, que uma empresa que havia adquirido serviço para o processamento de pagamentos via cartão de crédito deveria ser qualificada como consumidora, em sua relação com o fornecedor do aludido serviço:

“Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição. Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada.

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

O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa”. STJ, 2ª Turma, *Conflito de Competência Nº 41.056/SP*, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 23.06.04.

O entendimento da colenda Corte, conforme a Teoria Maximalista, foi o de que a pessoa jurídica em questão era destinatária fática final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito.

Também conforme a Teoria Maximalista e em linha com o exemplo citado no Capítulo II, a mesma 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu, sob relatoria do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, que uma empresa que havia adquirido máquina para o trabalho na lavoura deveria ser considerada consumidora em sua relação com o fornecedor do aludido maquinário:

“Realmente, o Código do Consumidor incide sobre contrato de compra e venda de bem, ainda que máquina destinada ao trabalho na lavoura do adquirente, pois nessa relação o adquirente figura como destinatário final, única característica restritiva do art. 2º, “o importante é a retirada do bem do mercado, sem se importar com o sujeito que adquire o bem, profissional (não elemento subjetivo)” (Cláudia Lima Marques, *Novas regras sobre a proteção do consumidor nas relações contratuais*, p. 33). (...)

No caso dos autos, a relação é de consumo, embora dela tenha participado uma empresa comercial, pois a compradora aparece diante das rés como consumidora, adquirindo produto como destinatária final, sem propósito de revendê-lo ou de usá-lo como matéria prima para transformação”. STJ, 4ª Turma, *Recurso Especial Nº 142.042/RS*, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 11.11.97.

Conforme se verifica, ainda que a máquina adquirida servisse de insumo e fomentasse o exercício da empresa, a pessoa jurídica concernente ao caso foi reputada consumidora porquanto destinatária fática final da máquina agrícolaquestão.

A partir do acórdão proferido no Recurso Especial nº541.867/BA em novembro de 2004, a jurisprudência do STJ passou a se orientar mais proeminentemente pela aplicação da Teoria Finalista.

O mencionado precedente discutia hipótese de empresa que adquirira serviço de pagamento via máquinas de cartão de crédito. Aplicando a Teoria Finalista à hipótese, o colendo Superior Tribunal de Justiça entendeu, sob relatoria do Ministro Barros Monteiro, que o referido serviço fora adquirido com objetivo negocial - e, por isso, a pessoa jurídica adquirente do dito serviço não deveria ser enquadrada como consumidora:

-- "COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. – A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do

Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca". STJ, 4ª Turma, *Recurso Especial Nº 541.867/BA*, Rel. Min. Barros Monteiro, j. em 10.11.04.

Na mesma toada, a 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já expressou que pessoa jurídica adquirente de insumos agrícolas não poderia ser percebida como consumidora com relação ao fornecedor dos ditos insumos – justamente porque estes haviam sido adquiridos na qualidade de insumos produtivos:

-- “Na presente hipótese, verifica-se que a empresa SYNGENTA PROTEÇÃO DE CULTIVOS LTDA. forneceu ao produtor rural 'diversos produtos', nos termos da petição de arresto a fls. 16/24, sendo que sua área de atuação é, especificamente, a de defensivos agrícolas (fls. 17).

Nesses termos, e adotando-se o entendimento atual da 2ª Seção que provocou a superação daqueles precedentes da 3ª Turma supra referidos, não há como se ter por configurada uma relação de consumo. Defensivos agrícolas guardam nítida relação de pertinência com a atividade agrícola direcionada ao plantio de soja, pois entram na cadeia de produção desta e contribuem diretamente para o sucesso ou insucesso da colheita como verdadeiros insumos”. STJ, 2ª Seção, *Conflito de Competência Nº 64.524/MT*, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 27.09.06.

Por fim, a partir do acórdão no Recurso Especial nº476.428/SC, datado de abril de 2005, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça passou a se orientar pela aplicação da Teoria Finalista Mitigada.

Na ocasião, a Ministra Relatora Nancy Andrighi expressou que o núcleo do conceito de consumidor é a noção de vulnerabilidade. Por isso, apesar de válido o racional de que devem ser entendidas como consumidoras as pessoas jurídicas que não tenham adquirido o bem ou serviço em questão como insumo produtivo, consoante a Teoria Finalista, nos termos da Teoria Finalista Mitigada o dito racional deve ser abrandado para admitir também como consumidoras as pessoas jurídicas que se mostrem vulneráveis – econômica, técnica ou juridicamente – em sua relação com os fornecedores respectivos:

-- “Por outro lado, a jurisprudência deste STJ, ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto.

Isso ocorre, todavia, porque a relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus pólos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro. Porque é essência do Código

o reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado, princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I). Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores.

Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste stj também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do cdc nas relações entre fornecedores e consumidores-empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não”. STJ, 2ª Turma, *Recurso Especial Nº 476.428/SC*, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. em 19.04.05.

Na mesma linha, vale citar o precedente do Recurso Especial Nº 661.145/ES, de relatoria do Ministro Jorge Scartezzini:

-- “Com vistas, porém, ao esgotamento da questão, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada in concreto a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais.

Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor”. STJ, 4ª Turma, *Recurso Especial Nº 661.145/ES*, Rel. Min. Jorge Scartezzini, j. em 22.02.05.

É importante ressaltar que a evolução jurisprudencial ora noticiada não ocorreu de forma segmentada, em blocos de entendimento absoluto conforme cada uma das três teorias.

Na pesquisa exauriente sobre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca do conceito de consumidor pessoa jurídica, que antecedeu a elaboração deste artigo, foi possível identificar julgados conforme a Teoria Maximalista posteriores a novembro de 2004, precedentes conforme a Teoria

Finalista anteriores a novembro de 2004 e ulteriores a abril de 2005 e, também, acórdãos conforme a Teoria Finalista Mitigada anteriores a abril de 2005.

Os acórdãos paradigmáticos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça nos Recursos Especiais n^o541.867/BA e 476.428/SC, destacados neste capítulo, foram representativos da evolução do entendimento do STJ¹⁷, mas não representam marcos absolutos e objetivos de mudança total de entendimento da Corte Superior.

Nesse sentido, pode-se dizer que, apesar da evolução do entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre o conceito de consumidor pessoa jurídica no curso dos anos, ainda hoje não há entendimento absoluto estabelecido na Corte Superior de Justiça a esse respeito.

IV. O Novo CPC e a vinculação aos precedentes judiciais

Diante do cenário de jurisprudência alinhada, mas não unânime, do Superior Tribunal de Justiça em prol da aplicação da Teoria Finalista Mitigada, é relevante tecer considerações sobre as disposições do Novo Código de Processo Civil acerca da uniformização de jurisprudência via precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

O Novo Código de Processo Civil estabelece de forma expressa, em seu artigo 926, que “*os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente*”.

Na mesma toada, o artigo 927, IV do diploma processual civil dispõe que “Os juízes e os tribunais observarão: (...)IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional”.

Assim, o Novo Código de Processo Civil expressou de maneira direta que os tribunais – inclusive o Superior Tribunal de Justiça – não devem permitir divergências internas sobre questões jurídicas idênticas, como se cada magistrado ou turma julgadora constituísse um micro-sistema próprio.

Ainda, consoante o Novo Código, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça terão papel especial na uniformização da jurisprudência pátria, via a edição de enunciados e súmulas sobre matéria constitucional e infraconstitucional, respectivamente¹⁸.

¹⁷CAVALIERI FILHO, 2011, p. 62.

¹⁸ Nesse sentido, vale mencionar o disposto na exposição de motivos do Novo Código de Processo Civil: “Por outro lado, haver, indefinidamente, posicionamentos diferentes e incompatíveis, nos Tribunais, a respeito da mesma norma jurídica, leva a que jurisdicionados que estejam em situações idênticas, tenham de submeter-se a regras de

Nas palavras do Ministro Sérgio Kukina, "Com o novo código, o STJ continuará desempenhando essa relevante tarefa unificadora. Entretanto, sua jurisprudência ganhará em importância, pois passará a balizar, de forma vinculante, a atuação dos juízes e tribunais (artigo 927), notadamente por intermédio de suas súmulas e de suas decisões proferidas no âmbito de recursos especiais repetitivos"¹⁹.

Nesse sentido, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca do conceito de consumidor pessoa jurídica ganha nova relevância.

Afinal, se na vigência do antigo Código os precedentes do Superior Tribunal de Justiça eram tidos por referência nos Tribunais e em primeira instância, com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil os ditos precedentes do passam a ter aplicação obrigatória quando estabelecidos via enunciados ou súmulas.

Conclusão

Embora a produção bibliográfica acerca do conceito de consumidor pessoa jurídica seja intensa, o presente estudo traz olhar inovador sobre o tema, a partir de estudo exauriente da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça desde a fundação da Corte em 1988 até maio de 2016.

As quase duas centenas de julgados examinados na pesquisa que antecedeu a elaboração deste artigo revelam evolução, em três etapas, do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do conceito de

conduta diferentes, ditadas por decisões judiciais emanadas de tribunais diversos. Esse fenômeno fragmenta o sistema, gera intranquilidade e, por vezes, verdadeira perplexidade na sociedade. Prestigiu-se, seguindo-se direção já abertamente seguida pelo ordenamento jurídico brasileiro, expressado na criação da Súmula Vinculante do Supremo Tribunal Federal (STF) e do regime de julgamento conjunto de recursos especiais e extraordinários repetitivos (que foi mantido e aperfeiçoado) tendência a criar estímulos para que a jurisprudência se uniformize, à luz do que venham a decidir tribunais superiores e até de segundo grau, e se estabilize. Essa é a função e a razão de ser dos tribunais superiores: proferir decisões que moldem o ordenamento jurídico, objetivamente considerado. A função paradigmática que devem desempenhar é inerente ao sistema".

Vide <https://www.senado.gov.br/senado/novocpc/pdf/Anteprojecto.pdf> Acesso em 30/05/2016.

¹⁹Vide

[http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Valoriza%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes-jurisprudenciais-%C3%A9-destaque-do-novo-CPC-que-entra-em-vigor- hoje-\(18\).](http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/Not%C3%ADcias/Not%C3%ADcias/Valoriza%C3%A7%C3%A3o-de-precedentes-jurisprudenciais-%C3%A9-destaque-do-novo-CPC-que-entra-em-vigor- hoje-(18).) Acesso em 30/05/2016.

consumidor pessoa jurídica.

Ao longo dos anos, houve três mudanças paradigmáticas de entendimento da Corte Superior conforme as três teorias doutrinárias existentes sobre a matéria – Teoria Maximalista, Teoria Finalista e Teoria Finalista Mitigada. Não obstante, em nenhuma das fases relatadas o entendimento do STJ foi absoluto e unânime – até hoje não é.

A entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil em março de 2016, bem como o relevante fluxo de novos casos discutindo o tema "consumidor pessoa jurídica" nas instâncias originárias e no próprio Superior Tribunal de Justiça, tornam de rigor a uniformização definitiva da jurisprudência do STJ acerca do tema, nos termos do artigos 926 e 927 do diploma processual civil.

Referências

ANDRIGHI, F. N. O conceito de consumidor direto e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Disponível em http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/604/Conceito_Consumidor_Direto.pdf. Acesso em 30/05/2016.

COELHO, F. U. A compra e venda, os empresários e o Código do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, Rio de Janeiro, v. 3, pp. 36 e ss., 1992.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Atlas, 2011.

MACEDO JÚNIOR. R. P. Relação de consumo sem contratação de consumo direta: quando o empresário paga a conta. **Revista de Direito do Consumidor**, Rio de Janeiro, v. 27, pp. 42 e ss., 1988.

MARQUES, C. L. Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. **Revista de Direito do Consumidor**, Rio de Janeiro, v. 36, pp. 221 e ss., 2011.

MARTINS, Humberto. Relações de consumo na visão do Superior Tribunal de Justiça - Parte 1. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-15/direito-civil-atual-relacao-consumo-visao-superior-tribunal-justica-parte>

MUKAI, T. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. São Paulo: Saraiva, 1991.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. Evolução do conceito de consumidor: do maximalismo ao finalismo mitigado – a ideia de consumidor-empresário e a

vulnerabilidade como princípio vetor do sistema. Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.fumec.br/anexos/cursos/mestrado/dissertacoes/completa/julio_moraes_oliveira.pdf

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil – Volume 3, Contratos em Espécie. 13ª edição. São Paulo: Atlas, 2013.

WESENDONCK, Tula. Art. 931 do Código Civil: repetição ou inovação? In: Revista de Direito Civil Contemporâneo, número 2, volume 3, abril-junho de 2015, páginas 141 a 159.

Anexo I (ver p. 262)

Relação dos acórdãos do Superior Tribunal de Justiça que foram analisados na pesquisa que antecedeu a elaboração deste artigo.

Anexo II (ver p. 259)

Bibliografia sugerida para maior conhecimento do tema

TRADEMARK TROLLS: MISUSE OF TRADEMARK RIGHTS AND SIGNS LACKING DISTINCTIVE POWER - NOTES FROM THE FREE COMPETITION PERSPECTIVE

João Marcelo de Lima Assafim

I - Preamble

The study of intellectual property roles is an important instrument for delimiting the holder's powers. It is a relevant element regarding the definition of the scope of the holder's "legal power", which, therefore, determines the dimension of the regular exercise of the right, and of what exceeds this exercise, characterizing the misuse.

The regular exercise of a right is characterized by exclusive rights with two branches, i.e., the positive right to use (business branch) and the negative right to exclude third parties (or *ius prohibendi*). In European law, it is described by the immaterial property (Imaterialgüterrecht) and competition theory, and in Anglo-Saxon Law, it is designated by the notion of exclusive rights. Undoubtedly, such powers go beyond those that define the right born out of the institute of property (*proprietas*), built on possession, characterized by a positive right to use the material and corporeal property or thing (*res*), which is enough, by itself, to exclude third parties. It is worth mentioning the discrepancy between the institutes called "property rights" and "propriedade" (the Portuguese word for *proprietas*), which are not synonyms.

Firstly, intellectual property is an asset and, as such, it may be appropriated. The appropriation upon property attribution must occur in each country, following the applicable provisions of each respective constitutional system.

The regular exercise of intellectual property rights tends to work as cornerstone for development policies based on the induction of innovation, causing a pro-entrepreneur effect, and leading to more consistent economic growth levels than those seen in the commodities market with identical or homogeneous products. However, the misuse of this regular exercise towards a situation of abuse, to the contrary, may cause an anti-entrepreneur effect, reducing innovation and harming the purposes of the development public policies. In some national jurisdictions, some of these cases may be understood as exclusionary practices and ruled by the vertical restraints regime, while in others the abuse of the petitioning right may be considered "sham litigation"

(somehow alike the “sham” exception of the Noerr-Pennington immunity). Therefore, the situations of misuse tend to generate distortions to the free competition and must be fought by the institutions and institutes dedicated to social control and by the policy maker.

In case of antitrust violations, the path walked by the conduct that restricts competition against the exercise of intellectual property rights crosses several stages. Most of the conducts are private issues and solved by other fields of law: trade secrets, patent violation, unfair competition, etc. Nevertheless, some important competition restrictions may occur upon unilateral conducts (such as in cases of abuse of a dominant position¹ - or market power -, without collusion or agreements among competitors), but may also occur upon horizontal (in the case of cartels and other agreements among competitors), and vertical agreements (e.g. technology transfer and franchise agreements, selective distribution agreements among agents located in different levels of the production scale). In the first stage, the matter is always related to the delimitation of the relevant intellectual property right (industrial property or copyright, as applicable) itself: whether there is or not a protection and whether the exercise of the relevant right occurs out of this scope (which must always be construed restrictively; the hyperbolic interpretation of exclusive rights being illegal).

Therefore, the misuse of right is the starting point of a relevant scale, which begins with private acts and agreements (exercise of right) and may reach the scope of the public interest along the production scale. This hypothetical progression allows us to infer the existence of another kind of scale – something like a “distortion scale” -, which begins with the misuse (of right) itself, and advances towards the civil notion of undue enrichment (of the relevant agent), may go through losses to third parties, and ends on the scope of civil liability. Thus, if it causes losses to competitors (upon client poaching), it may also mean “unfair competition”. But this scale does not stop at this point (made up of essentially private interests). The illegal action may exceed the violation of private interests and finally affect, somehow, the public interest - notably consumers’ interests - upon increase of costs for consumer research or overpricing resulting from the inefficiency in resource allocation. Therefore, if the client poaching - effectively or potentially - affects the market (whether by concentrating its structure, or regardless of that, imposing the loss - cost - to customers of the monopoly’s dead weight, or the socially unfair situation of

¹ HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F. , *Prohibición de abuso de posición dominante en el mercado*, in: BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. e HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F. , *Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español*, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 113.

scarcity), the relevant abuse falls into the scope of competition laws, or simply into the antitrust legislation².

The question is: should the situations involving misuse of intellectual property rights (IPR) that restrict free competition be subject to the static analysis of price competition on price or to the analysis of dynamic competition in the technology and innovation markets? In the second case, should the antitrust static analysis - over price - be used to justify the shelving of an investigation about the abusive exercise of intellectual property rights due to lack of evidence?

Therefore, we can establish a “scale of distortions” that begin with the misuse of right, go through the undue enrichment, and may end within the competition violation.

The competition law punishes holders of intellectual property rights that do not exploit, in a normal way, their exclusive rights and, therefore, cause a restriction to free competition³. The antitrust cases of restrictions caused by the exercise of intellectual property rights are common in the USA and in the EU. However, there are relatively few references⁴ to cases tried by the

² FORGIONI, P. Os Fundamentos do Antitruste, 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005. GABAN, E.M. E DOMINGUES, J. O., Direito Antitruste, São Paulo: Saraiva, 2012.

³ “Le droit de la concurrence sanctionne les titulaires de droits de propriété intellectuelle qui n’exploitent pas normalment leur droit exclusif et qui provoquent ainsi une restriction de la concurrence. » MARÉCHAL, Camille, Concurrence et propriété intellectuelle, Paris, Litec, 2009, pp. 85 e ss.

Le droit de la concurrence sanctionne les titulaires de droits de propriété intellectuelle qui n’exploitent pas normalment leur droit exclusif et qui provoquent ainsi une restriction de la concurrence. » MARÉCHAL, Camille, Concurrence et propriété intellectuelle, Paris, Litec, 2009, pp. 85 e ss.

⁴Until now, it is worth highlighting the Box 3 Vídeo case, which adjudged the party for abuse of petitioning right with anticompetitive effect. In the administrative process nº 08012.004283/2000-40, the plaintiff was the Commission for Protection of Consumers, the Environment and Minorities of the Chamber of Deputies, and the plaintiffs were Box 3 Vídeo e Publicidade Ltda. and Léo Produções e Publicidade. Although the Economic Law Office (SDE) decided for the lack of evidence, the mandatory appeal was granted by the Board of CADE. The decision of the board was as follows: “*The Board unanimously granted the mandatory appeal and ordered Box 3 Vídeo to pay a fine of one million seven hundred seventy-four thousand three hundred and twelve Reais and sixty-six cents (BLR1,774,312.66), and to publish the descriptive statement of the adverse judgement, as per the opinion of the Rapporteur Member, for violation of competition laws, pursuant to articles 20 and 21, IV and V, of Law nº 8,884/94. The*

Brazilian Antitrust Authority (CADE) that can indicate a clear criterion for analyzing misuse of intellectual property rights. Anyhow, the mere opening of an investigation (whether it is a preliminary investigation in accordance with the legislation in force at the time, or an administrative investigation – *inquérito administrativo*, i.e., an administrative procedure – *processo administrativo*) of cases that examined the exercise of intellectual property rights, instead of the discretionary shelving that happened in other times (by a single policy maker and before the evidentiary stage), demonstrates a change of attitude of the authority in charge of enforcing competition rules.

II - Intellectual property roles

Intellectual property roles are mainly based on social and economic aspects. Many authors seek, using this path, to justify granting exclusive rights to the holder. More than that, the literature points out that authors go beyond the mere intent - or an academic exercise - in that sense, and uses the roles (*função*) as instruments to support court decisions when making the title and the exercise of “exclusive rights” compatible with principles that protect public interests, such as free circulation of goods in the EU⁵, or the notion of free enterprise in Brazil. However, they also have a political content guided by a philosophical vector that is nothing more than the consumers’ and the society’s welfare; such political content being denied by part of the Anglo-Saxon literature. Therefore, the public interest is subject to social control and at this point, it agrees with other subjects, such as the Competition Law.

Therefore, although IPRs are private rights, and as so IPRs are strictly limited in order to ensure their - regular or abusive - exercise do not generate, against society, an adverse effect that is inconsistent with the intellectual property rights’ roles, i.e., the right’s features that enable the identification of roles used to induce economic activity and growth, offer increase, consumer welfare, freedom to do business, employment increase and, finally, development. Finally, the protection is not meant to protect the fame of trademarks or the investment itself, but their pro-entrepreneur effect. Therefore, all anti-entrepreneur effects deriving from distortions in the exercise

sentence shall be executed within thirty (30) days. It has also been ordered that SDE initiates an administrative procedure, according to the suggestions presented by the Federal Prosecution Office and by PROCADE (Specialized Prosecution Office acting with CADE) in order to assess if other individuals or legal entities (such as Luiz Galebe, Leo Produções, Shop Tour Internacional, etc.) have also committed these acts.”

⁵ FERNÁNDEZ-NOVOA, C., Tratado sobre Derecho de Marcas, Marcial Pons, Madrid, 2004, page 67.

of such rights must be fought using the proper social control tools.

Notwithstanding that, it could be said that the public and private law areas related with competition are not antagonistic⁶. On the contrary, both the rules governing loyalty in competition and governing intellectual property rights in general on one hand, and the rules governing free competition on the other hand, have the purpose of increasing dynamic competition, encouraging the economic activity with all its pro-entrepreneur effect. Considering this premise, the restrictive exercise of such powers - causing an anti-entrepreneur effect - must be understood as a deviation from the role and, therefore, a dysfunction.

The analysis above is fundamental for distinguishing the regular exercise situations from those of abusive exercise of intellectual property rights. The first step of this work is delimiting the powers granted by the Law to each category of IPR, each type of exclusive right, and from the delimitation of the legal scopes, we must determine which situations lead to the regular exercise of the right.

In that sense, from the delimitation of powers of the rights' holders, the acts exceeding such scope will lead, to the contrary, to the deviation of the intellectual property's role or to misuse of right (see, for example, the misuse doctrine⁷).

III - Trademark's roles

Trademark's roles, as the other IPR'S roles, are built on the

⁶Regardless of the relevant notes about obscure points of this interaction that, for some jurists, may be conflictive, even today. FIALA, Donatella, *Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht*, Bern, Stämpfli, 2006, pp.1-3. „*Das verhältnis zwischen dem Immaterialgüterrecht und dem Kartellrecht ist konfliktrichtig.*“

Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht: unter dem Blickwinkel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie der Entwicklungen im Bereich der Genpatente, Bern, Stämpf Verlag, 2006, pp. 2 e ss. Para esta autora, em contraste com a concepção estadounidense, „*Das verhältnis zwischen dem Immaterialgüterrecht und dem Kartellrecht ist konfliktrichtig.*“

⁷ WEBB, J.M. e LOCKE, L., *Intellectual Property Misuse: Developments in the Misuse Doctrine*, Harvard Journal of Law and Technology, vol. 4, 1991, p. 257. “The doctrine of intellectual property misuse has its origins in the patent misuse doctrine. ent misuse is an affirmative defense to a suit for patent infringement or for royalties due under a patent licensing agreement. The doctrine developed and matured prior to the development of any significant body of federal antitrust law, as a judicial response to perceived anticompetitive practices of patent owners.”

foundations of a social and economic analysis.

For a long time, trademark's roles were not a concern of jurists of the European Continental Law⁸, nor of the systems that adopt the Romano-Germanic civil conception. Common law, on the contrary, when using its rule of reason, ends up using the economic analysis as a part of legal interpretation.

The study of trademark's roles is a long task, and this work does not intend to analyze all aspects of this matter. However, we acknowledge that trademark's roles are a valuable instrument for interpreting rules that delimit the holder's powers.

There are several studies about trademark's social and economic roles, notably in the EU, after the examination of cases by the CJEU (Court of Justice of the European Union) under article 85.1 of TEC (Treaty of the European Communities) (which later became article 81.1, and currently had its number changed to article 101.1⁹), which are necessary to make the exercise of IPR compatible with the principle of free circulation of goods¹⁰. In the US, the creation, in 1982, of the U.S. Court of Appeals for the Federal Circuit, with exclusive jurisdiction for patent cases - a species that is a reference to the genus (industrial property) -, had a particular meaning for the jurisdictional policy.

The purpose of studying the trademark's roles is the economic analysis of the exercise of rights starting from the delimitation of the relevant powers (legal power scope) that are part of the exercise of such intellectual property rights (IPRs), and finally, the public domain dimension. Therefore, we initially ask about (1) **the scope of enforcement of exclusive rights** and, in their absence (whether due to their expiration, or due to the choice of the holder of controller of the immaterial "property" for the non-protection by exclusivity), whether for the incidence of (intrinsic or extrinsic) limits of IPRs,

⁸ « Antes de exponer las funciones de la marca, parece oportuno aludir al importante papel que la marca desempeña en la esfera económica. La importancia de este papel ha sido acerdadamente subrayada por el Memorandum que sobre la creación de una marca comunitaria publicó en 1976 la Comisión de las Comunidades Europeas. En este documento se resalta de manera expresiva el papel informativo que la marca debe cumplir en el seno del Mercado Común. (...) En el Memorandum se mantiene a ese respecto la tesis de que la marca es precisamente el mecanismo que hace posible la identificación y subsiguiente selección de los productos. Y se llega a la conclusión de que la marca es el único medio que por permitir elegir los productos a través de su identificación, hace posible que la oferta de productos de una misma clase sea transparente para el consumidor. FERNÁNDEZ-NOVOA, C., Tratado sobre Derecho de Marcas, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 66.

⁹ RIBMANN, Karin, Die kartellrechtliche Beurteilung der Markenabgrenzung, München, Herbert Utz Verlag, 2008, pp. 28-39.

¹⁰ *Ibidem*.

(2) **the delimitation of the scope of the provisions against unfair competition.** Finally, from such limits, we can infer, based on the powers of the IPR's holder, the dimension of the freedom of enterprise of the other competitors and participants, and thus we can gather the essential elements for fighting misuses (protection of essentially private interests), and notably those with anti-competitive effects (protection of essentially public interests). In this last aspect, the social control will occur upon enforcement of antitrust rules. In that sense, it is important that the relevant authorities do not refrain themselves from examining cases presented to them, i.e., that they analyze on the merits of the case and render an adverse judgement, or decide for shelving the case, but in this last case, they should define the criteria and requirements (notably indicating that the "test" stage has not been overcome). Firstly, in trademark law, the purpose of a competitive operation of the market is through the validity conditions or legal requirements, the extension of protection and the obligation to exploit¹¹ locally the IPR.

IV - Requirements for obtaining the right

Intellectual property is a **legal regime** established for immaterial property legally susceptible to a special protection granted by a certain jurisdiction (automatic - declaratory on one hand, or **upon registration - public-attributive** -, on the other hand, as applicable), in accordance with the provisions of copyrights law (**declaratory system**) and of the industrial property (**attributive system**)

From the expression "special protection" we do not infer an automatic protection to all (or several) national systems, but a protection upon grant of exclusive rights limited by the territory. This category encompasses certain realities that are products of **men's intellectual creation**, being susceptible to exterior manifestation and that can be **monopolized**¹² somehow. It is a right that characterizes, for example, the main element that enables e-businesses, which the antitrust literature calls "new economy"¹³, and is built on the

11 En droit des marques, l'objectif de fonctionnement concurrentiel des marchés est présent au travers des conditions de validité (A), de l'étendue de la protection (B), et de l'obligation d'exploiter le signe (C). MARÉCCHAL C., Concurrence et Propriété Intellectuelle, Litec, Paris, 2009, pp. 273 e ss.

12 KOHLER, J., Deutsches Patentrecht, Mannheim-Strasbourg, 1878. GÓMEZ SEGADÉ, J.A., El secreto industrial (know-how): concepto y protección, Madrid, 1978.

13 POSNER, R., Antitrust Law. 2nd Ed., Chicago / London, Univ. Chicago Press, 2001, pp. 408 e ss.

intellectual property rights. Trademark, as a species of the genus industrial property (rights) is a right whose formation is subject to the attributive regime¹⁴, thus depending on a grant act by the government (administrative act) in each jurisdiction of interest.

Initially, the first requirement is the distinctive character¹⁵ (it must distinguish the species without designating the genus). Otherwise, the irregular appropriation of public domain would be possible. It would indeed be a dysfunction of the trademark system.

Since trademark protection fundamentally depends on the distinctiveness (or distinctive character) of the relevant sign, the analysis of misuse cases begins here. At the same time, the visual perception requirement (a sign that can be visually perceived - optional requirement for national jurisdiction under TRIPS), and the territorial limitation of the rights that grant right to the first application filed locally deserve attention. Therefore, the property attribution requirements comply with three principles, as follows: (1) priority; (2) specialty; and (3) territoriality.

Civil law's attributive system is built on the first to file principle. Regarding this principle, the birth of a right to a trademark occurs (it emerges on the surface of the "legal reality") with the filing of the sign before the relevant authority, in the territory of the respective jurisdiction (country), regardless of this sign having been used prior to the registration by the holder

¹⁴ Law n° 9,279 of May 14, 1996 (Brazilian Law of Intellectual Property - LPI) sets forth that: Article 129. The property of a mark is acquired by means of registration, when validly granted pursuant to the provisions of this Law, and its exclusive use throughout the national territory is assured to the titleholder, with due regard, as to collective and certification marks, to the provision in Articles 147 and 148.

Paragraph 1. Every person who, in good faith on the priority or filing date, has been using an identical or similar mark in this country for at least 6 (six) months to distinguish or certify an identical, similar or alike product or service shall have the right of preference *for the registration*

Paragraph 2. The right of preference may only be **assigned together with the business of the company**, or part thereof, that has a direct relation with the use of the mark, by transfer or leasing.

¹⁵ "L'article L. 711-2 du Code de la propriété intellectuelle interdit de choisir une marque composée exclusivement de signes ou de dénominations 'pouvant servir à désigner une caractéristique du produit ou du service, et notamment l'espèce, la qualité, la quantité, la destination la valeur, l'origine géographique, l'époque de la production du bien ou de la prestation de service'. Non seulement ces signes ne sont pas propres à exercer la fonction de marque, mais ils doivent rester à disposition de tous les opérateurs du marché". MARÉCHAL C., MARÉCHAL, Camille, Concurrence et propriété intellectuelle, Paris, Litec, 2009, pp. 273 and 274.

in the market where the protection is requested¹⁶.

Upon public registration, the holder obtains, in addition to the positive right to use, the negative right to exclude third parties. This negative right, or *ius prohibendi*, is also known as an exclusionary right that may be enforced by the holder to exclude or prevent competitors' products and services from entering the market. The exclusion may occur provided that such products or services (class of activity) are equal or similar (specialty principle), can replace each other, have identical trademark signs, or similar to those protected by the exclusionary right. The trademark classification delimits the protection as a corollary of free enterprise and free competition. It is not an absolute domain over any and all uses of the sign. On the contrary, such right is not binding upon the use of products and services that cannot replace the protected products or services. From the economic point of view, products whose 'crossed relation of demand is inelastic' are not substitutes, i.e., there is no risk of consumers (or purchasers) being confused, nor of client poaching. This is the reason the specialty principle exists.

Accordingly, free competition is the grounds for the restriction of legal powers granted to a holder of trademark right, since the right does not - and could not - grant a legal monopoly over a sign to a holder that is not interested in entrepreneurship. Otherwise, the holders' interests would lie more on the violation (since the income would derive from violations and damages derived from lawsuits) or disturbance of efficient competitors' rights than on the freedom of enterprise (working as true "trademark trolls").

Then, two different products (and/or services) destined to different audiences, for trademark protection purposes, tend to be separated by the products and services classification and, therefore, may present similar - or even identical - distinctive signs as trademarks. Both will peacefully coexist in the market. This occurs, for example, with the dainties "Biscoito Globo" and the TV broadcaster "TV Globo", both from the State of Rio de Janeiro. Both trademarks coexist in the Brazilian market without any risk of client poaching.

The protection scope is territorial. Therefore, the exclusionary right granted by a State to its nationals or domiciled persons is restricted to its own territory. Notwithstanding that, there is the national treatment granted to

¹⁶There are only three exception to the priority principle: 1) the unionist priority (term of six months counted from the claimed priority, as of the filing of the trademark application in another Member-State of the Paris Convention for the Protection of Industrial Property); 2) well-known trademarks (which, less than a trademark, is merely a standing to sue offered to the user without registration); and (3) the well-known trademark (for acknowledgement of a fact binding upon third parties within the protected market, in a customs union or in a reciprocity regime among countries).

foreigners domiciled in the territory where the protection is sought (see article 4 of Law nº 9,279 of May 14¹⁷, 1996 (Brazilian Industrial Property Law - LPI). The national legislation equates the domiciled foreigner to the national, but it does not do so regarding the non-domiciled person. The reason is that the latter (non-domiciled foreigners) are not subject to the same formalities as the nationals.

Therefore, the protection to rights of non-nationals coming from states that are members of the Paris Convention could not create a discrimination in favor of non-domiciled persons, to the loss of nationals and domiciled foreigners; Accordingly, article 2 of the Paris Convention for the International Protection of Industrial Property, which states that *(1) Nationals of any country of the Union shall, as regards the protection of industrial property, enjoy in all the other countries of the Union the advantages that their respective laws now grant, or may hereafter grant, to nationals; all without prejudice to the rights specially provided for by this Convention. Consequently, they shall have the same protection as the latter, and the same legal remedy against any infringement of their rights, provided that the conditions and formalities imposed upon nationals are complied with.* Accordingly, the national of a Member State of the Convention who is domiciled in Brazil has the same rights as a national, provided that all the same formalities applicable to them are met. Therefore, the non-domiciled non-national is out of the scope of this rule, without generating any benefit.

Thus, this is an extraordinary “legal power”, since it allows its holder to impose to a third party the abstention of use, preventing competition by imitation, even if it the intervention in someone else’s property is necessary. This negative right of exclusion, inherent to the immaterial property, exceeds the positive right to use exercised by the possession of the thing (or *res*) over the ownership interest in “corporal material property.” This power, when regularly exercised, is the basis of the “new economy” (of technological basis and related to the information society). Intellectual property rights - IPR have a major role in development policies based on innovation.

Thus, the negative right of exclusion (*ius prohibendi*) allows the creation of consume rivalry and, with that, provides means for the right’s holder to add value to their business methods using the relevant immaterial property. New business opportunities arise from that.

Therefore, for example, a small “inventor” of a “revolutionary” computer system (an application, an invention implemented by a computer

¹⁷Article 4 of LPI states that: Article 4. The provisions of treaties in force in Brazil are equally applicable to individuals and legal entities who are **nationals of or domiciled in this country.**

software, etc.) may create a new market and/or do business with already-established companies, and even “destroy” well-established old markets. This right is what ends up generating a pro-entrepreneur effect, and on the tip of the innovation process, the dynamic competition. However, if exercised with abuse (misuse), such exclusionary right (that integrates the IPRs) may also subject the other competitors to an increase of cost and, at the same time, may subject consumers to unjustified levels of structural concentration of the market and to the dead weight of monopoly.¹⁸

If, on one hand, the **scarce intellectual property** and the **abundant competition** damage the incentive to the intended pro-entrepreneur effect, on the other hand the **abundant intellectual property** and the **scarce competition** tend to produce a disastrous anti-competitive effect. This last case can be a result of a reckless “political choice” (and legislative), or of a situation of misuse of right (carried out by private entities). Let us see a brief introduction to the characterization of misuse of IPRs.

V - Misuse of right

The misuse of rights occurs when their holder exercises the right beyond the limits of faculties (its powers), which are confined by the scope of the “legal power”. The interpretation of rules governing the scope of intellectual property rights must be restrictive, with the prohibition of hyperbolic interpretation, since it would artificially restrict third parties’ freedom of enterprise and, eventually, the free competition¹⁹. The misuse of rights situations, specifically intellectual property rights – IPRs -, may be used by the agent with the purpose of excluding an efficient competitor²⁰.

In Brazilian Law, the misuse of right is originated from the civil law, and is set forth in articles 186 and 187 of the Civil Code of 2002. The notion is a broad category of practices carried out by a certain agent with acts performed **beyond** the faculties that are comprised in the scope of “legal power”. As an example of this distortion, we mention the misuse of powers by the exercise of said rights, such as the misuse of the *ius prohibendi*, i.e., the misuse that intends to exclude efficient competitors through an artificial way. In other words, considering the “problem”, for e.g., from the point of view of the so-called “new economy”, a competitor can use intellectual property for this

¹⁸ POSNER, Antitrust Law, page 22 et. seq.

¹⁹This situation, i.e., the restriction of powers comprised in the freedom of enterprise, violates article 170 of Brazil’s Constitution, where it is called free enterprise (livre iniciativa or liberdade de empreender).

²⁰ POSNER, Antitrust..., op. cit., page 424.

purpose in the same way that, in a traditional business (involving commodities, for example), a monopolist can use an exclusivity clause or a predatory conduct (whether by price, publicity or innovation) in order to create a barrier to entry or an exclusionary vector with the purpose of banishing efficient competitors. The investment of an IPR holder in the attempt to exclude the user of a sign, invention or copyright that is in the public domain.

Notwithstanding that, the structural conditions tend to require proof of the market power (which can be differentiated from monopoly power) in exclusionary practices. As the IPR is a right obtained with fraud or that does not exist such a proof may be dismissed (*vide* the Box 3 Video case).

For example, these categories of practices may occur upon exclusion acts performed based on an apparent *exclusionary right* but that, in fact, in light of the technical strictness, are more than so: a non-right. The purpose of the exclusion agent may be obtaining extraordinary gains that range from income with royalties resulting from licensing, through damages awarded in a lawsuit, to the creation of an inefficient barrier to entry serving the monopoly price without collusion (or agreement among companies).

A conduct like this can be performed by a certain holder of IPRs (positive right to use) - constituted or obtained - over immaterial objects of **common use** (invention in the state-of-the-art, signs without distinctive character, etc.), that integrate the **public domain** - if said person tries to use the positive right to use as a negative right to exclude of competitors. We can mention, among other exclusionary practices, the attempt to appropriate names registered in dictionaries, without distinctive character, for the relevant product or designated service. A common use sign, the generic can be characterized as such in a more specific situation, common use signs or vulgarized by the previous use by effective competitors in the same market. A situation of distortion may occur when a player appropriates the generic name associated with a trademark in order to file abstention actions against rivals. Another case of distortion occurs when there is the combination of signs with other categories of IPRs, such as a patent application for an old an already known solution (or a generic name), that is, as a matter of fact, an evergreen application, are used to raise rival's cost.

Here, we are not dealing with the levels of distinctive power of the signs. Our attention is focused on the generic signs (which describe the product itself - for e.g., the trademark "water" for a specific mineral water), and descriptive signs (which describe characteristics of the product, such as the word "diet" as a trademark for a diet beverage). A common use sign (without distinctive power) not only tends to have been used before by competitors, but also may have been subject to some level of prior protection (even if only to ensure positive rights to use). In this context, another category of misuse of

right commonly occurs within the industrial property area when the agent files the application for a trademark involving a sign that has already been protected, appropriated or used by competitors somehow, with the purpose of excluding the previous user (an equally or more efficient competitor) by the applicant (whether monopolist or not).

In this case, this kind of conducts that, as seen before, may also occur due to the common use (public domain) has three relevant aggravating circumstances: (1) being the result of an irregular **intention of appropriation**, whose basis is not recovering a legitimate investment in R&D or in marketing over the distinctive sign; (2) carrying out the intent of excluding the legal and previous use and/or subtracting rights from competitors; (3) the purpose of obtaining an extraordinary competitive advantage by monopolizing the reference known by the consumers and purchasers, and increasing the rival's costs. The combination of these factors will cause serious disturbances to the competitors.

Competition distortion situations may derive from misuse of the jurisdiction tools made up by legal actions provided to exclude (and, in addition to the abstention of use imposition, penalties for late penalties, damages calculated over the license analogy, and the controversial "damage for emotional distress"), and also attempts to generate income from the use by competitors, upon imposition of licenses (after extrajudicial notices during the course of the legal actions, or due to a "reputation" of being belligerent), it being certain that both situations tend to create "negative externalities"). Punitive damages are still not embraced by Brazilian precedents.

A natural reaction of competitors who are victims of monopoly is the **affirmative defense** (an antitrust suit or/and a injunction suit based on a judicial nullity declaration of the IPR title). As a rebut, it has been common in cases, the justification used by the defendant (pointed as a monopolizing agent - or the one committing the abusive exclusionary act²¹) is the investment on the sign used as a trademark²². That is, the economic agent tends to justify their attempt to appropriate a sign without distinctive character (descriptive or generic) due to the commercial investment on the sign (advertising, for example), which, by itself, would justify the exclusion of competitors. However, the plaintiff may consider the roll of the industrial property law to

²¹In responses to affirmative defenses, both in lawsuits for declaration of total or partial voidness against irregular or badly-limited protection, and in antitrust representations for unilateral conduct.

²²Normally presented to the administrative authority upon request of interested third parties. The procedural law ground is the Federal Administrative Process Law - Law nº 9,784, of January 29, 1999.

argue that IP does not protect the reputation itself, nor the means used to achieve it. On the contrary, legislations that list, among the trademark's roles, the protection of advertising investments, **do not protect the investment and the reputation by themselves** to the point of deserving an exclusionary right.

The protection is granted, thus, to the investment made in the enterprise of an efficient player. Therefore, the respective positive externality of such a business is the so called "pro-entrepreneur effect."

The investment is only legal if made in a legal object (thing or *res*). Therefore, this phenomenon (which, for the purpose of this work, is called "cornering") is seen especially when the investment is made in something illegal, rather than in a legal thing²³. In this case, the investment itself does not justify any kind of protection. On the contrary, allowing this would be like in situation of repossession, admitting justifications for the invasion, criminal trespass or disturbance, with the investment in improvements being made by the invader after the illegal occupation of the property. Cornering can involve private or public property²⁴. As an example of public property, there are all immaterial property forming the public domain: whether it is a sign without distinctive power, or an invention in the state-of-the-art.

In case of a sign lacking distinctive power (whether it is generic or descriptive), the use is legal, common to all competitors, and useful to consumers during their market researches that are prior to and guide their respective purchase decisions. However, on the contrary, attempting to appropriate a common property, i.e., the nominative sign used by the language to describe the product to be sold, or the sign with a figurative presentation that describes the characteristic or image of the relevant product would be illegal. If a situation of extravagant attempt of appropriation (economically unjustified, inefficient) by an economic agent (cornering), to the loss of the other competitors (equally or more efficient) is accepted by the Government (the Brazilian Patent and Trademark Office, for e.g.) without reservations or use

²³It may happen in the case of an appropriation attempt, by the applicant of a trademark application, of a generic sign that cannot be appropriated, for e.g., by the secondary meaning. If the trademark application made by applicant is baseless for being generic or it is descriptive, but already used by competitors before de application filed or the applicant's use and somehow protected in this way by these competitors, the exclusionary practice of a competitor on this ground may be a case of bad faith.

²⁴The attempt of cornering immaterial property in public domain is the same as the attempt to appropriate a source of inputs, which brings the phenomenon closer to the antitrust theory of essential facilities. In this aspect, there is point of contact with an important phenomenon regarding the industrial protection of background knowledge, such as the matter of "pattern" patents.

restrictions, this property attribution will probably lead to the use of the IPRs as an instrument serving an exclusionary conduct and, as a consequence, to the increase of costs of the consumers' choice.

Thus, the descriptive nominative sign presents a public interest, is used to designate characteristics of a certain market, a category of products or services (and not the product of a specific manufacturer), is associated with the respective trademarks of several manufacturers having an informative role regarding the relevant product or service, and has the purpose of helping consumers exercise their right to choose, since it reduces the consume research costs.²⁵ This sign cannot be appropriated by a competitor to the loss of the others.

If this sign lacking distinctive power (descriptive or generic) was appropriated by a competitor, to the loss of the others, it would make consumers confuse instead of distinguishing products or services of a market. For example, in the point of sale, the seller would not know if the client is looking for the category of the species, and the same thing would happen to new consumers, who would be confused and unable to distinguish one thing from the other.

For example, how could a consumer from Rio de Janeiro, when arriving in another state, distinguish a "Ice Cream Cake" (which, in a hypothetical situation, is an ice cream cake trademark) from other ice cream cakes? This would certainly be a difficult task. If, on one hand, the local consumer might consider the product in their mind as first designation, the situation is different in the relevant national market.

Therefore, a consumer coming from another state, for example, would not be able to decipher the information from the descriptive word the same way. It is quite likely that this supplier's choice to use a descriptive sign will lead to an increase of the costs of choice for consumers²⁶, who will not be able to identify the other competitors that easily. On the contrary, consumers will be confused regarding the genus and the species.

If this situation (confusion caused by the appropriation of generic and descriptive signs by a competitor) is confirmed, it may lead or at least collaborate to the creation of an impact vector in the structure of the relevant market, without having immediate influence over the price, but creating a concentration in cases the appropriation of the generic word works as a barrier

²⁵ As indicated before, the common use by competitors, in a certain relevant market, of descriptive and generic signs, helps consumers make a purchase decision with independency and find the goods they are looking for.

²⁶ Costs of consumption research.

to entry or as a vector to the increase of rival's costs. It is so because the other competitors, subjugated, must create new expressions to describe their products (such as, for e.g., "sweet delicacy made with flour and eggs, and served in low temperature" or "cold dessert"), especially bearing the cost of "teaching" consumers about the respective meanings of the new generic and descriptive words. In this last case, the increase of rivals' costs may occur in two other ways, notably upon licensing and "judicialization", or due to the need of a high marketing investment to promote the new standard word.

The priority, specialty, territoriality and distinctive character requirements arise from there. These core commands, which are undoubtedly fundamental for the desirable maintenance of the legal certainty of the industrial property system, were smartly instituted by legislators of all countries forming the international system (created by the Paris Convention for the Protection of Industrial Property, of 1883, and reinforced by the approval of GATT-TRIPS in December, 1994), which have also been confirmed by the Brazilian and foreign scholars. It is worth stressing the relevance of the first to file principle (attributive system, or first registration) in Section A.1, article 4, of the Paris Convention, to the regular right to industrial property.²⁷

VI - Bad faith: non-right as a form of misuse

The characterization of bad faith is still controversial. However, it is a well-known phenomenon to the business law scholars, observed in other subjects of the same area, such as regarding negotiable instruments in the Geneva Uniform Law, the Uniform Benelux Law on Trademarks (Belgium, the Netherlands and Luxembourg), and in both cases the characterization of bad faith is subject to the same criteria and requirements. Therefore, bad faith is: **knowledge about a binding fact.**

Since bad faith accusations require parsimony and technical strictness, we sought help from the work (*tesis doctoral*) of the Spanish professor²⁸ FRAMIÑAN SANTAS. Said author, defining bad faith as a

²⁷ BODEHAUSEN, G.H.F., Guia para la aplicación del Convenio de Paris para la protección internacional de la Propiedad Industrial, Revisado en Estocolmo 1967, Génève, BIRPI, 1969, p. 38.

²⁸ FRAMIÑAN SANTAS, J. La nulidad de marca solicitada de mala Fe: estudio del artículo 51.1.b) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas, Granada, Editorial Comares, 2007, p. 18.

dishonest intention, recovers the first precedent from a case tried under *Reglamento (CE) número 40/1994 del Consejo (RMC)*, in the scope of community trademark, making the following considerations.

“El primer caso del que tenemos Constancia atinente al término mala fe del art. 51.1b) del RMC es el llamado caso Trillium. En este procedimiento, cuya lengua de tramitación era el inglés, la mala fe fue definida por la Primera División de Anulación del siguiente modo:

‘Bad faith is a narrow legal concept in the CTMR system. Bad faith is the opposite of good faith, generally implying or involving, but not limited to, actual or constructive fraud, or a design to mislead or deceive another, or any other sinister motive. Conceptually, bad faith can be understood as a “dishonest intention”. This means that had faith may be interpreted as unfair practices involving lack of any honest intention on the part of the applicant of the CTM at the time of the filing.’” (v. FRAMIÑAN SANTAS, cit, p. 18)

Continuing, the Professor, in his PhD thesis, sheds a light on the immediately subsequent decision (after the first precedent considered): the “Senso Di Dona” case, based on the concept created in the “Trilium” case, using a new example for the hard task of connecting the fact to the legal provision. Let us see:

“Example: If it can be shown that the parties concerned had been in contact, for instance at an **exhibition in the respective trade**, and where then one party filed an application for a CTM consisting of a containing the other party’s brand, there would be reason to conclude bad faith”

Therefore, if there is evidence that an implicated or involved party has had access to the other party’s trademark, for example, in the exhibition deriving from the respective trade (of course, in the same national or community competition system, we cannot presume knowledge where there are no exchange or direct competition relations), and afterwards said party files a trademark application including the first party’s sign, we can deduce the bad faith. **In a real case, for example, the element evidencing the “knowledge” about the other party’s trademark, would be, in principle, the impeditive priority within the same national (or community,²⁹if applicable) system, proven by the official publication of the Industrial Property Journal.** This

²⁹Or unitary competition system of a Customs Union, in which there is a supra-national industrial property system replacing the national system of the Member States, even if the interaction between both is admitted, as it happens with the community trademark OHIM (Office for Harmonization in the Internal Market).

evidence can be confirmed by acts of the first party after the filing.

Finally, bringing back the BE NATURAL case, the Iberic scholar says:

“La OAMI continúa con la tarea de definir el concepto de mala fe em el caso BE natural. La Primera División de Anulación repite em la resolución de este caso la doctrina del caso Trilium. Pero la completa de siguiente modo:

‘Bad faith can be understood either as unfair practices involving lack of good faith on the part of the applicant towards the Office at the time of the filing, or unfair practices base or **acts infringing a third person’s rights**. There is bad faith **not only** in cases where the **applicant intentionally submits wrong os misleadingly insufficient information** to the Office, but also in circumstances where he intends, through registration, to **lay his hands on the trade mark of a third party** with whom he had contractual o pre-contractual relations’ ” (no highlights in the original text)

It is clear, then, that bad faith is characterized as acts that violate third parties’ rights, such as the knowledge about a **binding fact that is intentionally hidden** from the relevant authority (whether the INPI, or the Judiciary Branch), but also as the circumstances that allow the agent in bad faith to “put their hands” on third parties’ trademarks. The decision above mentions the contractual relationships because they replace other evidence of the “knowledge” by the agent in bad faith, even in different competition system, as per the Uniform Benelux Law on Trademarks.

Therefore, the bad faith is clear when the agent tries to file a trademark application encompassing a competitor’s trademark and, afterwards, tries to use a legal action to exclude this same competitor that used the prior registration as if they were a wrongdoer, intentionally hiding from the relevant authorities the legal position (proprietary right) of this person.

In this cases, the control exercised by economic competition rules can be observed in the extrinsic limits of the industrial property. Antitrust, as a subject of free competition, defines the bad faith with anticompetition effects with the expression “sham litigation”. Let us see MICHAEL J. MEURER’S opinion.

Socially harmful IP litigation is common because the rights are easy to get and potentially apply quite broadly, and the problem is growing worse because of the expansion of the scope and strength of IP Law(...) Antitrust law provides a potentially powerful means of controlling socially harmful IP litigation.¹⁸⁶ Certain anti-competitive litigation violates Section 2 of the Sherman Act¹⁸⁷ under two related theories.¹⁸⁸ One theory originated in Walker Process Equipment, Inc. v. Food

Machinery & Chemical Corp.¹⁸⁹ and applies only to patent infringement suits. The antitrust claimant must show that the patentee got its patent by committing common law fraud on the PTO, and that the patent would not have issued but for the fraud.¹⁹⁰ The other theory applies to **sham litigation, including sham IP litigation**,¹⁹¹ and is based on a [*PG539] showing that the antitrust defendant (IP plaintiff) **knew that objectively there was no basis for the infringement claim**.¹⁹² Under either theory, the antitrust plaintiff must prove it suffered an antitrust injury, and must also show that the IP litigation created or sustained a monopoly in the relevant market.¹⁹³

Therefore, there is competition bad faith when the agent in bad faith files a lawsuit to exclude competitors, even knowing that their industrial property title does not grant them powers to obtain the exclusion, but for several factors (cost of the action, time required to overrule decisions, reinforcement of the belligerent “reputation, etc.), they do so due to the barrier to entry or the competitive advantage they may achieve against a competitor (efficient, in principle), even if temporarily.

VII - Undue enrichment

Undue enrichment in the civil law occurs when a player (individual or legal entity) has some profit that they should not have, in accordance with the loyal trade practices. In trade, this practice tends to be associated with a gain related to the attracting clients, taking parasite-like advantage of someone else’s investment (a free ride), and may actually be related to unfair competition practices (but it is not restricted to exclusively competition-related relations, e.g., it may happen by subtracting a point of sale or the respective property value due to an unbalanced vertical agreement). This is the first stage in the scale of distortions that may lead to competition restraints, whether upon illegal exercise, or violation of rights.

The phenomena related to the **violation of IPR**, as those related to the misuse of **IPR (exercise of rights)** may cause both situations. In cases of violation of intellectual property rights, for example, the undue enrichment of the agent of the conduct may lead to a reflex damage projected onto the victim’s property or income. In this case, the civil liability is applicable in order to compensate for the loss. Accordingly, if both sides of the coin are connected by a distortion in the private competition relationship based on client poaching, we are facing a case of unfair competition.

VIII - Damages and civil liability

It is known that one of the triggers of civil liability is the misuse of right, as set forth in article 187 of the Civil Code, transcribed below:

Article 187. The right holder also commits an illegal act when exercising it in clear violation of the limits imposed by its economic and social purposes, by good faith, or by morality.

When commenting the legal provision above, the literature indicates³⁰ that the “main ground of the misuse of right is preventing that the law is used as a form of oppression, preventing the right holder from using their power with a purpose other than the one it is meant for.”

Accordingly, acknowledging the existence of misuse when the holder crosses the limits of their right, the Superior Court of Justice decided as follows:

“PROCEDURAL AND ADMINISTRATIVE LAWS. SPECIAL APPEAL. LAWSUIT FOR EMOTIONAL DISTRESS DAMAGES. PUBLIC SERVICE CONCESSIONAIRE. NON-DEMONSTRATED COURT DISSENSION. ELECTRIC POWER SUPPLY. SUSPENSION. ALLEGED VIOLATION OF ARTICLES 186 AND 188 OF THE CIVIL CODE. DISMISSED. MISUSE OF RIGHT. EVIDENCE OF ILLEGAL ACT (ARTICLE 187 OF THE CIVIL CODE). DAMAGES GRANTED. JURISTS. THE SPECIAL APPEAL WAS PARTIALLY ENTERTAINED AND, IN THIS PART, DISMISSED.”
(...)

3. The right holder commits an illegal act when exercising it in clear violation of the limits imposed by its economic and social purposes, by good faith, or by morality (article 187 of the Civil Code) (...)

(Special Appeal 811690/RR – Superior Tribunal de Justiça / STJ -, Rapporteur Justice DENISE ARRUDA, FIRST PANEL, judgement on 5/18/2006, published on the Official Judicial Gazette on 6/19/2006, page 123).

Since the competitor tries to take advantage of inexistent exclusivity in order to obtain protection for common use signs (generic and descriptive trademarks), while trying to extend the effects of their rights, a misuse situation would be formed, with the clear intent of **preventing the entry of new agents in the market** (barriers to entry) or **increasing the rival's costs**. This conduct may be built on an anticompetitive *ratio*, with the purpose of preventing the

³⁰ CAVALIERI FILHO, S., Responsabilidade Civil, São Paulo, Saraiva, 2007, page 143.

access to the market to newcomers or of raising difficulties to the operation of an efficient competitor company. In this case, from the private interest point of view, the losses caused by the misuse of right must be compensated.

IX - Unfair competition

The unfair competition is directly related to the loss caused by the illegal client poaching. Thus, the undue enrichment is related to the civil liability in a trade activity-related situation, no matter if there is or not competition. In this case (unfair competition), such practice tends to be associated with winning a client by taking parasite-like advantage from someone else's investment in the scope of the relationship among competitors, and it may be related to unfair competition practices if it is used for client poaching in favor of a certain competitor, to the loss of another.

Therefore, it is not an exclusionary right, but a provision designed, in the same way as the civil liability, to grant a monetary compensation for a loss derived from the distortion in the form of winning clients. The legitimate party does not have certain powers inherent to the exclusionary rights, such as the *ius prohibendi*. In the end, the prohibition of unfair competition is equivalent, therefore, to a civil liability rule applied to trade, notably to industrial law (and, in several cases, intellectual law). Its scope of application does not allow the simple exclusion of third parties, but only the recovery of the investments damaged by the client poaching. It not the exclusionary right that is in question, but **a financial compensation for the competition loss**.

Assessing the damage is not a simple task, and it is even more complicated in cases of goods produced by the creations of the human spirit. These creations may be materialized as creations of backgrounds, shapes and designs, on one hand, and literary and artistic works, on the other hand. Such conceptions may be subject to property attribution upon exclusionary rights or "legal monopolies" (not be confused with "economic monopolies"), which enable the creation of business methods based on rights, notably intellectual property rights.

The so-called new economy is an indication that the production of commodities and the industrial manufacture of products (corporeal material properties) are becoming less relevant in the so-called information society, in face of the technology and innovation markets.³¹

The technological property, or commercially valuable property mean

³¹From these markets, the dynamic competition resulting from intellectual property can be inferred.

a concrete economic expression with financial value, since the appraiser brings a differed sale to current value, i.e., a future sale that has not happened yet, and the appraiser has more than fifty mathematic methods available, which can be cumulative (they consider the cash flow, the market share, current and future sales revenue, marketing investment, market research about the consumer trust on the trademark, levels of intellectual protection, etc.). However, this is an economic valuation of the (future) purchase decision of the effectively and potentially captivated client.

Among the client captivation and market share conquest actions, in addition to investments in research, development and innovation, are the investment in advertising. It is known that investments in innovation do not mean automatic business success of the product that materializes the respective results (e.g., an invention of a process or product). On the contrary, a background creation, for example, a new technology for products or processes, does not necessarily lead to the acquisition of new clients. Accordingly, there are several patented technologies, or technologies protected by other exclusive rights, that have not generated any kind of commercial success, i.e., technologies that are available in the databases of national patent offices (the INPI of each country), which have not lead to an impact on the power to attract clients for their holders or possible licensees.

Therefore, the marketing actions have a direct or relevant connection with the commercial success of new products and services. In several sectors, advertising is a key element of the business plan.³² The protection to loyalty in competition has the purpose of protecting this investment (part of the global investment in IPR), avoiding client poaching made with the parasite-like benefit from another person's, the investor's and the entrepreneur's efforts.

In this context, the parasite-like profiting may occur with the

³²Sectors such as cosmetics, beverages and automotive, which depend on returns do scale, use advertising as a key element of their business methods. Investments for launching a new product and/or trademark are based on strong budgets. Notwithstanding that, advertising can be considered a "candidate for barrier to entry". *"Advertising is sometimes put forward as a candidate for barrier to entry." Massive advertising is said to create a consumer preference for existing brands that the new entrant an overcome only with still more massive advertising.*" See POSNER, R., Antitrust Law, page 326. Some authors claim this is not plausible. In that sense, some claim that it would be enough if the newcomer closed deals with retail distributors to fix its own trademark. However, this depends on the level of concentration, both in manufacturing and distribution. It cannot be ignored that the position of products on shelves and the advertising of trademarks in the big distribution chains represent a cost and are part of the business strategy. The levels of concentration and the economies of scale in the food distribution, in retail, are relevant for the analysis.

imitation of a competitor's product, with some comparative advertising acts (which, in Brazil, lack specific regulation), and also with advertising by association. But not in all situations; only in those restricted to the scope of subjective and objective enforcement of the rule.

The compensation of the investment is, therefore, financial, not monopoly-related. In jurisdictions where the unfair competition does not exist, there is a combination of institutes dedicated to fighting the illegal act, that is, the elements protecting the competitor from embarrassments to their rights, whether with the repression to undue enrichment, or the enforcement of civil liability rules and, sometimes, new categories of IPRs (such as non-original data bases). Both are jointly used to solve disputes.

The provision granting protection against unfair competition is article 195 of LPI (Law nº 9,279, of May 14, 2014). From the legal provision, we infer that the protection against unfair competition can never work as a perfect replacement for the exclusionary right (trademark, patent, design rights, etc.). As a necessary consequence, it is not possible to use this institute (protection against unfair competition) to “compensate” the lack of “exclusionary rights” over industrial property, in any circumstances: whether due to expiration of exclusionary rights, or by the business choice for the non-protection (cost, impossibility of registration, lack of other requirements for the protection of background, shape and signs concepts). As said before, the purpose of these provisions is the financial compensation for the loss, not granting monopoly shares that the legislator decided to not grant or extinguish. For the same reason, thus, the means to prove unfair competition acts on one hand, and trademark, patent, design or cultivar forgery on the other hand, are different.

A legal action for preventing the use and/or for damages usually combines requests of urgent remedies, which depend on prima facie evidence. Since there is a chance of error in all human relations and the capture is not impossible, it is not also impossible (even though rare) a mistake of the judging authority leading to the expelling of an efficient dominant company, of newcomers and of potential or actual competitors. Indirectly, in case of misuse, the active agent of the misuse of right may use a legal action as part of a strategy with the purpose of distorting commercial relationships, and possibly operate as an instrument to concentrate the market, excluding efficient competitors. In this case, depending on the size of the wrongly-excluded company (for example, a small business), no individual compensation is possible. Certainly, an isolated abusive exclusion may not be relevant for the most of the antitrust literature, but if this exclusion is a result, for example, of an organized practice (horizontal or by a monopoly), this exclusion may affect the whole market and it will be in the scope of enforcement of competition rules. Anyhow, the

protection of the public interest is possible upon enforcement of competition rules.

X - Violation of competition rules

i. Presentation

Holding intellectual property rights, since it leads to the grant of temporary exclusive rights³³ by the Government, causes controversies in literature, notably considering the rules about government intervention in market economies.³⁴³⁵ In said economies, the role of competition rules is mainly ensuring a competitive environment for business relationships, in order to ensure a larger number of products and services at lower price, to the benefit of consumers. Consumers are in the center of the system. Thus, no exclusionary rights can be justified without a gain for consumers. Therefore, the main focus is in the freedom of choice considering the variety of supply and the interaction among suppliers and purchasers, purging barriers to entry of new competitors and exclusionary conducts. For all that, imposing barriers to entry, in any way, is always a point of concern in term of competition policies. More than that, it is the rear sight of competition policies. In that sense, there is no antagonism regarding the intellectual property rights, but a concern with the misuse of any and all assets to impose barriers to entry, having a potential to create deformations in the market structure, or to keep the concentration levels inefficiently elevated.

As mentioned before, articulating competition rules and exclusionary

³³ BOTANA AGRA, Manuel, *Las licencias exclusivas sobre obtenciones vegetales no son necesariamente inconciliables con el artículo 85-1 del tratado de la CEE*, ADI, (8)1982, p. 427-430. BOTANA AGRA, M., *Las normas sustantivas del A-ADPIC (TRIPS) sobre los derechos de propiedad intelectual*, ADI, 16(1994-95), p. 109-162.

³⁴ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., *Precios predatorios y derecho Antitrust*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 19-20: “No se debe caer en el error de confundir la economía de mercado, tal y como se entiende en la actualidad, con la economía liberal típica del siglo XIX a pesar de que ésta sea, en gran medida, tributaria de aquélla. La economía de mercado constituye un orden económico, un principio organizado que es susceptible de múltiples variaciones y en el que tienen cabida desde el liberalismo más radical hasta la economía social de mercado. Lo que distingue y caracteriza la economía de mercado es la orientación de todos los procesos económicos hacia el consumo, que es el encargado de transmitir a los productores las directrices a seguir mediante valoraciones expresadas en los precios”.

rights, born from the grant of intellectual property, is a difficult task. Competition authorities still have not defined objective criteria in the Brazilian Antitrust System. There are no guidelines in this matter. The difficulty exists for not implying an impact between intellectual property and competition rules (alleged “congenital” incompatibility of purposes that does not exist, for part of the jurists), but for enabling the exercise of “intellectual property powers” that allow the holder to impose, in a legitimate way, exclusionary rights (in addition to the positive right to use, the *ius prohibendi*, or negative right of exclusion 36 of third parties³⁷), which can, in reality, mean an inefficient barrier to entry.

However, in principle, it is not a “free” barrier. On the contrary, there must be a compensation to the State, a consideration (to be paid by the right holder) for the social environment that created it (such legal monopoly that actually operates as a barrier to entry) and, in general, granted it specifically to the IPRs holder, which must meet certain requirements in order to obtain said “special powers” inherent to said intellectual property rights. It becomes even more clear considering the intellectual property roles.

In case of success in the market, the exclusivity will ensure to the holder the temporary market power to cause scarcity and, therefore, an abnormal profit. In principle, it is considered that the use of said exclusive rights may be used for promoting innovation, since it transforms free information, data, knowledge, etc., in a technology-carrying asset 38(or, at the end, an intellectual property asset 39). The power to exclude acts of reproduction or copies by imitation (but not by surmounting) generates a right to cause scarcity and, thus, we repeat, an abnormal price. This phenomenon is a result of the consumption rivalry caused by artificial scarcity. The attraction

³⁶GRAU-KUNTZ, Karin. *Propriedade Industrial e Direito da Concorrência: Caminhos para a Promoção e Desenvolvimento do Interesse Público*, International Conference for the 200 years of Intellectual Property in Brazil, 5th Panel, Ministry of Foreign Affairs (of the Federative Republic of Brazil), Brasília, 2009. Agreeing with this author, we understand that this power can be a *bunker for* protection against competitors. Let us see: “the exclusive right can be used by its holder as a ‘shield’ against competition. This ‘shield effect’, as we know, is not a mere consequence of the exclusive right, but an essential mechanism of exclusivity. So, we must ask, up to what extent can the holder enforce this ‘shield’ mechanism in the market?”

³⁷The *ius prohibendi* is a characteristic of the exclusionary rights. Accordingly, the *ius prohibendi* is not applicable in other situations set forth in the legislations for purposes of protecting the investment by protecting the loyal competition, which requires a financial compensation, the same way as the civil liability.

³⁸GRAU-KUNTZ, Karin, loc. cit.

³⁹ASSAFIM, J.M.L., *A transferência de tecnologia no Brasil: aspectos contratuais e concorrenciais de propriedade industrial*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005.

power of investments that IPRs may promote comes from there. The attraction of new entrepreneurs caused by the exclusive rights stimulates not only the static competition of products for the price, but also the dynamic competition for technologies and, more than that, the race for innovation (therefore, in addition to the static product markets, the dynamic technology market gain relevance, notably the innovation market). Such technologies, on their turn, must be associated with names with trademark function so they can be identified by the respective consumers.

Thus, the coexistence of new and competitor technologies becomes possible due to several factors, but mainly the “incentive” or “reward” of the grant of an exclusive right. In the high technologies market, it is important the existence of IPRs and the economy of scale (network externalities). Therefore, the entrepreneur activity is stimulated this way. The exclusive tends to generate certain positive externalities by inducing the dynamic competition (more and better products and services at lower prices), with incentive to the creation of new technologies, thus improving the so-called innovation market. The first player to come has an advantage. The impossibility of competition by imitation claims for the investment in innovation by the players and, thus, the creation of new technologies with the eventual dynamic competition. Of course, distortions are always possible to occur. But, distortions are exceptions if the control exists. This pro-competitive phenomenon is only possible in case there are policies for banishing misuse, i.e., fighting abusive barriers to entry that can eliminate or harm the competition by surmounting by efficient competitors, which is unjustifiable from the entrepreneurship perspective (those barriers that inhibit entrepreneur activities)⁴⁰ and worse, vectors for the elimination of competitors with anti-entrepreneurship restrictions⁴¹. The misuse case, then, consists of a deviation and, as such, must be fought by public policies on grounds of public interest.

⁴⁰However, some authors consider that in some sectors where the innovation activities and lobbies operating in favor of stronger protections are economically dominated by mega-corporations, the social and economic results can be different. The literature mention, for example, in case of computer software, the political-legislative choice of certain countries of not protecting such conception under patents as an element of safety for local developers. With that, local developer could become entrepreneurs in their market of origin, being sure that they would not be sued by an international corporation for the way they “wrote” their source code, or for a certain feature embedded in the solution.

⁴¹See Administrative Process CADE (Brazilian antitrust authority) n° 08012.0026732007-51. Complaint filed by Associação Nacional das Fabricantes de Autopeças – ANFAPE against the assemblers FIAT, Volkswagen and Ford.

*ii. Trademarks and Free Competition Law**ii.1. Problems derived from the exercise of trademark rights that affect free competition*

The trademark law protection is only applicable (or legally attributable) to a word or other sign that identify the designated good or service, distinguishing it from those coming from other manufacturers or suppliers⁴². The sign's distinctive power is the *mater* cell of the trademark law protection. Without this distinguishing character, we cannot talk about exclusionary right. The trademark applications filed by businesspersons and individuals in general before the relevant authority regarding signs without distinctive character must be denied, under penalty of appropriation of public domain. Alternatively, these signs may be registered trademarks, with reservations for being common use signs (use restriction that in Brazilian administrative practice used to occurs upon registration of a disclaimer in the trademark's registration certificate).

Unfortunately, there are system where the protection to common use signs has been treated with certain leniency by authorities, which leads to different decisions for the same situation, and poses serious risks of negative externality. Therefore, it is possible that the same sign devoid of distinctive power, in the same class, is subject to a series of applications and registrations, by different holders, with and without reservations.

The lack of distinctive power is harmful to the IP system, since the attributed sign (to which one intends to attribute the trademark role)⁴³ is 'incapable' of transmitting the necessary information to the consumer's research. If it was distinctive, the trademark would allow the consumer to identify the good or service (generated by prior consumer experiences with the relevant good or product, by the consumer or third parties). The lack of distinctiveness prevents the recovery of this kind of information used in the consumer's search (consumption research), making the research more expensive and, all things considered, the expropriation of the "standard" word allows the holder - the appropriation agent - to be able to define higher levels

⁴² Trademark protection is available only for a word or other signifier that identifies the underlying good or service and distinguisher it from that of other producers. LANDES, W.M. & POSNER, R. A., *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, Cambridge / Massachusetts / London, Harvard Press, 2003, pages. 187-188.

⁴³ *Ibidem*. "Lack of distinctiveness would make the mark incapable of identifying the good and recalling to a consumer the information (generated by previous experience with the good by him or other consumer) that lowers his search costs and enables the producer to charge a higher price."

of prices.⁴⁴

The literature indicates, for the same reason, that no manufacturer or seller would like to take a free ride in a non-distinctive sign. There is no social and economic justification for this option. The incentive for taking a free ride would depend on the difference between the profits generated by the sign with trademark role (which presumably would be close to zero in cases of signs devoid of distinctive character), and the costs of duplication or reproduction⁴⁵. *Therefore, according to the literature, this case would be economically unjustified.*

However, LANDES and POSNER⁴⁶ indicate that the acknowledgement of these variables, as such, does not imply that the legal trademark protection (by exclusionary right) to signs devoid of distinctive character is harmless. A sign that does not distinguish (the trademark designation) one product from the other was likely conceived based on elements (words, colors, symbols and shapes) that are also used by other manufacturers of the product. Therefore, the legal protection of such sign (as a trademark) upon an exclusionary right would grant to the relevant holder the

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ But this does not mean that giving legal protection to non distinctive marks would be harmless. A mark that does not distinguish on brand of a product from another is probably created from words, symbols, shapes or colors that are used by other producers of the product as well, and so legal protection of the mark would be likely to prevent others from using identifiers that they require in order to be able to compete effectively.

⁴⁶ “We can explore this point formally by expanding our H function for a particular producer that

$$H=H(T, Y, W, Z), \quad (10)$$

where Z denotes words used in common with other producers, such as “computer,” “electrical,” or “heavy,” that is, product rather than brand identifiers. In effect, equation (10) redefines W as an index of words for use as trademarks except those (Z) used in common with other producers. Because the Z terms describe features of the product as distinct from features peculiar to each producer’s brand, they tend to be limited in number. The variable Z combines with T to produce information that lowers search costs. Allowing a producer to appropriate a nondistinctive mark would enable him to force his competitor to remove Z from their labels, packaging, and product design. The result would be to shift the – H, X curve in Figure 7.2. downward and to lower T and raise H for those producers no longer permitted to use Z. The amount of X they produced would fall, shifting the supply curve of X to left. There would be a social loss because consumers would be paying higher prices for a smaller quantity. Our earlier example of a firm allowed to use “personal computer” as its trademark illustrates his point.” LANDES, W.M. & POSNER, R. A., *The Economic...*, cit.

right to exclude other efficient competitors from the right to use the identifying elements that would be necessary to compete in an effective way⁴⁷.

In Anglo-Saxon systems, the law could provide for an intended solution for this kind of problem by ordering Courts to examine the economic effects of allowing a specific manufacturer to have exclusive rights to exploit a particular trademark.⁴⁸ However, this solution would transform the entire trademark issue in an antitrust issue governed by the rule of reason. Certainly, the social and private costs initially pull this kind of solution⁴⁹ away in jurisdiction based on the Civil Law (notably in the Brazilian case). Nevertheless, it is clear that the exercise of some trademark rights is not immune to the antitrust analysis, as some people seems to prefer. On the contrary, the intention of appropriation of descriptive signs as a trademark by an economic agent, to the loss of the other competitors, denotes the perspective of loss derived from the “monopoly’s dead weight”.

Considering that the adverse allocation effects derived from the misuse of trademark rights are, in principle, substantially limited in order to increase research costs and consumers’ choice in a narrow class of activity (which also justifies the specialty principle, limiting the right to a certain class of activities), the poor distribution of resources potential would be smaller in

⁴⁷ “The law could try to solve this problem by having the courts inquire in every case into the economic effect of allowing a particular producer to have exclusive rights to particular mark. But then a trademark case could be like an antitrust case governed by a Rule of Reason. Such cases are very costly or even to settle, and the only thing that makes it worthwhile (both privately and socially) to incur these costs is the large private and social costs that some antitrust violations and some mistaken determinations of antitrust violations impose.” LANDES, W.M. & POSNER, R. A., *The Economic...*, cit.

“The law could try to solve this problem by having the courts inquire in every case into the economic effect of allowing a particular producer to have exclusive rights to particular mark. But then a trademark case could be like an antitrust case governed by a Rule of Reason. Such cases are very costly or even to settle, and the only thing that makes it worthwhile (both privately and socially) to incur these costs is the large private and social costs that some antitrust violations and some mistaken determinations of antitrust violations impose.”

“The law could try to solve this problem by having the courts inquire in every case into the economic effect of allowing a particular producer to have exclusive rights to particular mark. But then a trademark case could be like an antitrust case governed by a Rule of Reason. Such cases are very costly or even to settle, and the only thing that makes it worthwhile (both privately and socially) to incur these costs is the large private and social costs that some antitrust violations and some mistaken determinations of antitrust violations impose.”

cases than in most antitrust cases. Consequently, the private participations in such restrictions would also be smaller.

The material difficulty in defining a criterion for the antitrust analysis for all situations involving trademarks has been making it hard for precedents to appear in antitrust authorities. However, the trademark legislations bring registration prohibitions for signs devoid of distinctive power and they granted protection to a limited number of activity classes - which brings the trademark registration rules closer to an antitrust rule of prohibition *per se*. In other words, the intent of appropriating generic and descriptive signs, in order to exclude competitors, is illegal. However, the appropriation intent regarding a sign devoid of distinctive character by a manufacturer, to the loss of their competitors, for not being justifiable from the economic point of view, must be subject to antitrust analysis, notably in concentrated markets (but not limited to this case). In this sense, the trademark coexistence or border agreement (*Abgrenzungsverbarung*)⁵⁰ between competitors is also in the scope of antitrust law. Notwithstanding this, the matters related to the pure imitation (of strong signs or signs having distinctive character) tend to not lead to antitrust issues, since they would be matters of private interest.

XI - Conclusion

The trademark right does not grant to its holder powers that are immune to antitrust analysis. On the contrary, the exercise of intellectual property rights falls into the objective scope of the competition laws. Even if the matters related to ordinary imitation do not have, in principle, the potential to affect costs of consumption researches, the intent of appropriating signs devoid of distinctive power can lead to the “loss of monopoly’s dead weight” if used in cases of abusive exclusions.

1. This appropriation intent of generic and descriptive signs, when taken into effect, tends to increase costs of consumption research by consumers, since a single supplier takes possession of the standard word. This phenomenon increases rivals’ costs, since they must make investments in the pursuit of new words to describe the category to consumers, not to mention the licensing and litigation costs.
2. During litigations, the manufacturers or sellers that want to exclude efficient competitors, preventing them from using generic and descriptive signs required for the effective

⁵⁰ RIßMANN, cit. Page 147.

competition (informing the consumer about consumption “alternatives”), tend to justify the exclusionary conduct with the investment made on the common use sign. This argument is based on a false premise, i.e., that IPRs protect the investment itself. According to this premise, the relevant economic agent would have invested in the descriptive sign with trademark role, and competitors would have copied the sign to take advantage from the investment.

3. However, this argument is not correct because intellectual property does not protect the investment itself (for e.g., marketing investment), notably when the manufacturer decided to invest in the sign devoid of distinctive character, and they cannot claim that they were unaware of the prior use of the common use sign by efficient competitors (whether with the use, or by the publication of requirements of previous registrations); the use by other competitors in the same market is entitled to some level of protection. This would be a classic case of bad faith: being aware of the binding fact at the time of the action.
4. The premise of the previous conclusion (number 3, claimed by the trademark applicant regarding a sign devoid of distinctive power) would, then, be false, for in said case, the agent could not claim being unaware of the fact that the generic and/or devoid of descriptive sign was of common use at the time of the investment decision. On the contrary, the generic character was the element that motivated the investment.
5. The literature associates this practice, by analogy, to the act of fencing a “real” (material) property. It would be like admitting, in case of **disturbance**, illegal act or invasion, a situation where the invader claims, in their defense during the action for repossession, the right of retention over the real property due to an **alleged improvement** (investment) made by the invader in a real property they knew belonged to someone else. The situation goes beyond the misuse of right, i.e., it is consistent with the characterization of bad faith.
6. This situation must be purged by the Trademark Board of the Brazilian PTO (INPI), which must deny registration applications involving signs devoid of distinctive power (or do so by using an express use restriction, such as a disclaimer), and must also dismiss Administrative Process for Nullity filed by holders of trademarks devoid of distinctive power against subsequent registrations filled by competitors that, in a

- legitimate way, intend to use (not exclude third parties from use) these common use signs to compete in the relevant market, ensuring alternatives, more products and services, and fewer research cost for consumers.
7. The stratagem tends to be more serious when the manufacturer uses more than one action, with different grounds and causes of action, frivolous or inexistent IPRs (patent application without examination, trademark application reproducing competitor's priority, etc., with a type of tool box) in order to exclude a single product, with abuse of petitioning right and with anticompetition effect.
 8. When a competitor intends to expropriate proprietary rights from other efficient competitors, thus subtracting from these competitors the powers granted to the public with the same conduct (expropriation of public domains), it tends to create a loss to the market, which by the increase of concentration, tends to impose to purchasers and consumers the scarcity and cost of monopoly's 'dead weight'. Best case scenario, the rival's costs will increase
 9. If the player seeks to exercise a right that, according to the legislation, said player does not have or should not have, and does so with the sole purpose of excluding efficient competitors or increasing rival's costs, this situation must be subject to antitrust analysis with the purpose of purging the anti-entrepreneurship distortion. Therefore, the situation involving signs devoid of distinctive power is identical to those in antitrust precedents, as the one in the Box 3 Vídeo/Shop Tour case.
 10. If the use trademark and other IPRs deserve protection of the IP system and the jurisdiction in order to provide dynamic competition, the misuse of IPRs may lead to anti-competition restrictions. Notwithstanding, this phenomenon is different from others existing in the commodities markets.
 11. Therefore, the analysis of this phenomenon (misuse of intellectual property rights) is inconsistent with the static analysis of price competition. The antitrust analysis criterion for IPR misuse situations must be subject to the dynamic analysis. In this way, according to the widely-accepted literature, the policymaker must develop criteria for this new analysis in order to face the challenges of the new economy.

Bibliography

ASSAFIM, J.M.L., A transferência de tecnologia no Brasil: aspectos contratuais e concorrenciais de propriedade industrial, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010.

BODEHAUSEN, G.H.F., Guia para la aplicación del Convenio de Paris para la protección internacional de la Propiedad Industrial, Revisado en Estocolmo 1967, Génève, BIRPI, 1969.

BOTANA AGRA, Manuel, Las licencias exclusivas sobre obtenciones vegetales no son necesariamente inconciliables con el artículo 85-1 del tratado de la CEE, ADI, (8)1982, p. 427-430.

BOTANA AGRA, M., Las normas sustantivas del A-ADPIC (TRIPS) sobre los derechos de propiedad intelectual, ADI, 16(1994-95), p. 109-162.

CAVALIERI FILHO, S., Responsabilidade Civil, São Paulo, Saraiva, 2007.

FIALA, Donatella. Das Verhältnis zwischen Immaterialgüter- und Kartellrecht: unter dem Blickwinkel des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung sowie der Entwicklungen im Bereich der Genpatente, Bern, Stämpf Verlag, 2006.

FERNÁNDEZ-NOVOA, C., Tratado sobre Derecho de Marcas, Marcial Pons, Madrid, 2004.

FORGIONI, P. Os Fundamentos do Antitruste, 2ª Ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

FRAMIÑAN SANTAS, J. La nulidad de marca solicitada de mala Fe: estudio del artículo 51.1.b) de la Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas, Granada, Editorial Comares, 2007.

GRAU-KUNTZ, Karin. Propriedade Industrial e Direito da Concorrência: Caminhos para a Promoção e Desenvolvimento do Interesse Público, Seminário Internacional 200 anos de Propriedade Intelectual no Brasil, Painel V, Ministério das Relações Exteriores – MRE (da República Federativa do Brasil), Brasília, 2009.

GABAN, E.M. E DOMINGUES, J. O., Direito Antitruste, São Paulo: Saraiva, 2012.

GÓMEZ SEGADE, J.A., El secreto industrial (know-how): concepto y protección, Madrid, 1978.

HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, F., Precios predatorios y derecho Antitrust, Madrid, Marcial Pons, 1997.

HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F. ,Prohibición de abuso de posición dominante en el mercado, in: BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P. e

HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, F. , Derecho de la Libre Competencia Comunitario y Español, Navarra, Aranzadi, 2009.

KOHLER, J., Deutsches Patentrecht, Mannheim-Strasbourg, 1878.

LANDES, W.M. & POSNER, R. A., The Economic Structure of Intellectual Property Law, Cambridge / Massachusetts / London, Harvard Press, 2003.

MARÉCHAL, Camille, Concurrence et propriété intellectuelle, Paris, Litec, 2009.

POSNER, R., Antitrust Law. 2nd Ed., Chicago / London, Univ. Chicago Press,2001

RIßMANN, Karin, Die kartellrechtliche Beurteilung der Markenabgrenzung, München, Herbert Utz Verlag, 2008, pp. 28-39.

WEBB, J.M. e LOCKE, L., Intellectual Property Misuse: Developments in the Misuse Doctrine, Havard Journal of Law and Technology, vol. 4,1991.

O CASO ANFAPE: O QUE NOS DIZ A EXPERIÊNCIA INTERNACIONAL

Diogo Lucas Martins

Leandro Novais e Silva

Resumo: O presente estudo tem por escopo demonstrar como os direitos de propriedade intelectual e da concorrência, instrumentos que buscam, ainda que por meios diversos, o incentivo à inovação tecnológica pelos agentes no mercado, podem se tornar antagônicos quando exercidos com abusividade. Para tanto, se analisará o mercado de reposição automotiva a partir do estudo dos reflexos negativos que os registros de desenho industrial, espécie do gênero propriedade industrial, podem causar no denominado mercado secundário, ainda que a obtenção desses registros respeitem os ditames e procedimentos legais. Será realizado neste trabalho o estudo de caso da Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE), entidade que formulou uma representação junto ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) denunciando a conduta de três importantes montadoras no cenário nacional. A conduta em epígrafe diz respeito ao uso abusivo dos registros de desenho industrial por parte das montadoras, não somente com um intuito de proteger as peças, mas sim objetivando eliminar a concorrência dos fabricantes independentes de autopeças – denominados FIAPs. Esse comportamento suprime o ambiente concorrencial; como consequência o consumidor não encontra alternativas senão a de se submeter aos efeitos deletérios de um monopólio da montadoras no mercado de reposição. A fim de buscar soluções para casos similares aos da ANFAPE, será realizada uma pesquisa sobre o tema em três mercados relevantes: europeu, norte-americano e australiano, investigando como a questão é discutida nesses mercados, analisando as propostas de cada um deles e suas eventuais contribuições ao caso brasileiro.

Palavras-chave: Direito Antitruste. Propriedade Intelectual. Desenho Industrial. Mercado Automobilístico. ANFAPE.

Abstract: The present study is to demonstrate how the intellectual property rights and competition, instruments that seeking, albeit by different means, encouraging technological innovation by agents in the market, may become antagonistic when exercised with unconscionability. For this, we consider the automotive aftermarket from the study of the negative effects that the industrial design registrations, species of the genus industrial property, can cause the so-

called secondary market, although these registries comply with the dictates and legal procedures. The case of the National Association of Manufacturers of Autoparts (ANFAPE), an organization that has made a representation to the Administrative Council for Economic Defense (CADE), denouncing the conduct of three major automakers in the national scene will be performed in this work. The conduct referred above relates to the abuse of industrial design registrations by the automakers, not only with a view to protect the pieces, but aiming to eliminate competition from independent parts makers - called FIAPs. This behavior suppresses the competitive environment; as a result the consumer finds no alternative but to submit to the deleterious effects of a monopoly of manufacturers in the aftermarket. In order to find solutions to similar to the ANFAPE case, a research on the topic in three relevant markets will be held: European, American and Australian, investigating how the issue is discussed in these markets, analyzing the proposals of each of them and their any contributions to the Brazilian case.

Keywords: Antitrust Law. Intellectual property. Industrial Design. Automotive market. ANFAPE.

1. Introdução

No mercado automobilístico, o desenho industrial proporciona as montadoras uma importante vantagem competitiva. Quando um consumidor prefere um modelo de automóvel em detrimento de outro, sua escolha é pautada em diversos fatores, mas, sem dúvida, o *design* do veículo ocupa uma posição privilegiada, sobrepondo-se, muitas vezes, a critérios relevantes, como qualidade do motor, segurança, pós-venda, dentre outros.

Dada a importância do *design* no segmento, para que as empresas possam inovar e atrair a preferência do consumidor, bem como para que possam garantir o retorno de seus investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D), o ordenamento jurídico confere proteção ao desenho industrial dos veículos e de suas partes externas. Tal proteção é dada via concessão de registros emitidos pelo Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), respeitados os requisitos e procedimentos constantes na Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial).

Entretanto, a concessão dos registros às montadoras, ainda que de acordo com os procedimentos legais, não afasta, por si só, a possibilidade de que os direitos deles decorrentes possam ser exercidos de modo abusivo. Os abusos procedem, basicamente, da exclusividade temporária conferida ao titular de propriedade industrial e podem criar efeitos deletérios no ambiente concorrencial.

As peças de reposição em comento, partes de objetos complexos, quais sejam, os automóveis, devem necessariamente ser iguais às peças originais, visto que estas se destinam a restaurar o *design* original do automóvel, quando, por acidente ou desgaste pelo uso, elas necessitam de substituição; por esse motivo são denominadas, também, peças *must match*. Fazem parte desse tipo autopeças externas, como, por exemplo, faróis, lanternas e peças de lataria.

Quando o consumidor necessita reparar determinada peça sobressalente de seu veículo, não é razoável, tampouco suportado pelo mercado, que ele simplesmente troque o automóvel. Nesse momento, o consumidor encontra-se diante do chamado efeito *lock in*, que se dá quando a aquisição do produto novo exige investimentos tão altos que o proprietário é impelido à manutenção corretiva. O proprietário de um veículo que não encontra alternativas de substituíbilidade da peça a ser reparada, estará sujeito às consequências de um monopólio, uma vez que as montadoras passam a deter o controle exclusivo do mercado de reposição, em razão dos direitos sobre a propriedade industrial dos itens de manutenção.

Diante do cenário apresentado, este estudo se propõe a analisar como o mercado automobilístico secundário, também denominado mercado de reposição ou *aftermarket*, pode ser afetado pelos registros de desenho industrial de peças sobressalentes de veículos, impedindo a concorrência por parte de Fabricantes Independentes de Autopeças (FIAPs) e, conseqüentemente, garantindo às montadoras um monopólio na reposição de tais produtos. O exercício dessa exclusividade no mercado secundário gera potenciais danos ao consumidor e à concorrência, na forma de maiores preços, menos opções de produtos e piores condições de venda.

A fim de efetuar essa análise, será estudado um caso concreto da conduta em epígrafe, o caso ANFAPE. O objetivo deste estudo não é fazer uma crítica abrangente do caso brasileiro e das respectivas decisões tomadas pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), mas sim discutir o problema do mercado secundário de autopeças e os efeitos práticos da referida conduta, tanto no referido caso como na experiência de três importantes mercados estrangeiros: europeu, estadunidense e australiano.

Os efeitos deletérios decorrentes do uso abusivo dos direitos de propriedade industrial no *aftermarket* também é tema de discussões de autoridades antitruste estrangeiras, versando sobre a manutenção de sua existência, bem como sobre a proteção concorrencial desse setor, que afeta direta e indiretamente a vida de milhões de consumidores.

Serão analisadas três propostas estrangeiras que buscaram solucionar a controvérsia em seus mercados, bem como situar quais providências são cabíveis para a solução do caso brasileiro, de modo a garantir ao mercado secundário um grau de competitividade eficiente, com opções de

substituibilidade para o consumidor e maior bem-estar para a sociedade.

2. O Caso Anfape: dilemas entre concorrência e propriedade intelectual

A controvérsia em apreço, decorrente da representação¹ formulada pela Associação Nacional dos Fabricantes de Autopeças (ANFAPE) no início de 2007, envolve a questão da proteção exclusiva dos desenhos das peças automotivas denominadas *must match*² no mercado secundário. A entidade denunciou ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) a conduta das montadoras Fiat, Ford e Volkswagen ao usarem o registro de desenho industrial de suas peças com intuito de excluírem a concorrência dos produtos ofertados pelos fabricantes independentes de autopeças no mercado.

Porém, antes de adentrar na questão da validade dos registros no segmento de reparação, faz-se necessário especificar o mercado em análise para melhor situar o leitor acerca da controvérsia em epígrafe.

O setor automobilístico engloba dois grandes mercados relevantes, independentes entre si: (i) o mercado primário (*foremarket*), concernente à concorrência entre as montadoras, que competem pela preferência do consumidor interessado em adquirir um automóvel novo (“zero km”); e (ii) o mercado secundário (*aftermarket*), que constitui o vasto segmento de reparação veicular.

Esse segmento apresenta uma gama de mercados relevantes que se estendem desde a comercialização de equipamentos destinados à manutenção do veículo às próprias autopeças a serem substituídas.

Dentre essas peças de reposição, há uma nova divisão mercadológica: as peças que se encontram sob a capota do veículo e que, por sua vez, realizam interconexões com outros componentes;³ e as peças *must match*, que são as peças visíveis durante a utilização normal do produto (tais como faróis, para-

¹ Averiguação preliminar nº 08012.002673/2007-51 (CADE, 2010).

² De acordo com Karin Grau-Kuntz (2014a, p. 47), “peça *must-match* é chamada de tal forma porque deverá ser, necessariamente, igual àquela que será substituída. Em outras palavras, para que o bem primário volte a ter a mesma aparência original, o consumidor necessita de uma peça igual àquela que será substituída. Aqui uma premissa básica para se compreender a temática que envolve a questão das peças de reposição no mercado secundário”.

³ Resumindo, peças de funcionamento do veículo, que formam os sistemas de suspensão, freio, motor, etc. Os sistemas são diversos (freio, suspensão, etc.) e cada sistema do veículo constitui em si um mercado relevante. Exemplos: mercado de peças de freio, de peças elétricas do carro, suspensão etc.

choques, grades, etc.).

O setor automotivo analisado neste trabalho diz respeito a esse último mercado de reposição (de peças *must match*), que apresenta como concorrentes as montadoras (incluindo as empresas pré-selecionadas que fornecem peças para a linha de montagem) e as fabricantes independentes.

O lançamento de novos modelos inaugura diversos nichos no mercado de reparação. Por conseguinte, as fabricantes independentes entram na disputa desse mercado desenvolvendo moldes das peças de reposição por meio do processo conhecido como “engenharia reversa”, o qual permite a fabricação desses produtos em escala industrial. A existência dos fabricantes independentes é positiva ao mercado, uma vez que contribui para um ambiente competitivo e eficiente para o consumidor.

Nesse sentido, tem-se o panorama de como funciona um mercado liberalizado, conforme se verifica através da FIG. 1:

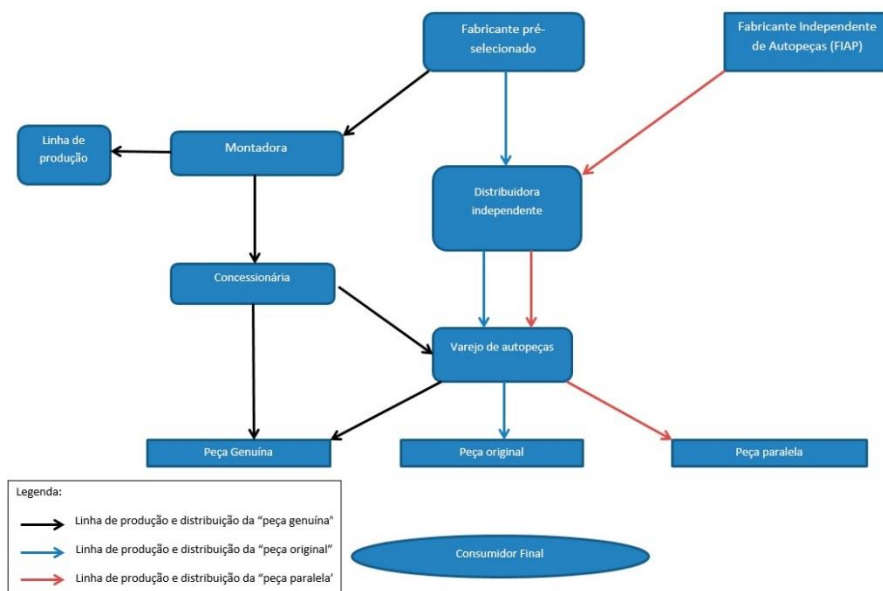


Figura 3 – Mercado liberalizado de peças *must match*

Fonte: Elaborada pelos autores.

Em um mercado liberalizado, um consumidor que necessita substituir uma peça *must match* de seu veículo, seja por desgaste ou acidente, possui três alternativas: as peças genuínas, as originais e as paralelas. Como funciona esse mercado da linha de produção da peça até o consumidor final?

As montadoras não produzem todas as peças utilizadas na fabricação de um veículo. Elas adquirem a maioria delas de fabricantes pré-selecionados

(pertencentes ou não ao seu grupo empresarial), que também fornecem para rede de varejo independente, só que com suas próprias marcas. Quando são fornecidas para as montadoras revenderem em sua rede de concessionários, as peças recebem o título de genuínas. Quando são comercializadas com o próprio nome do fabricante – também fornecedor para montadoras – recebem o nome de originais. Está-se diante, portanto, da mesma peça, que percorre caminhos diferentes e chega ao consumidor com qualificações também distintas.

As peças paralelas, por sua vez, têm origem independente, desvinculada do ciclo de fabricação e distribuição das montadoras, chegando ao varejo também com o nome de “similares” – aqui está a grande parcela dos fabricantes independentes.

Dessa forma, nesse modelo de mercado, o consumidor possui as seguintes alternativas: se dirigir a uma concessionária e adquirir a peça genuína ou se dirigir ao varejo e adquirir a mesma peça genuína (as concessionárias também vendem para o varejo), a peça original ou a peça paralela.

Esse modelo possui as seguintes características: (i) uma maior oferta, dado ao número de concorrentes no mercado; (ii) e uma maior qualidade dos produtos, em função da pressão competitiva para atrair os consumidores (os FIAPs cada vez mais investem em certificação de seus produtos); (iii) alternativas de substituíbilidade em um mercado já limitado pelo efeito “lock in”; e (iv) menores preços para os consumidores e seguradoras (que podem oferecer planos de cobertura mais vantajosos de acordo com o perfil de cada segurado).

Por outro lado, com o registro das peças sobressalentes e seu uso no mercado de reparação, a cadeia de produção e distribuição sofre uma mudança substancial, conforme demonstra a FIG. 2:

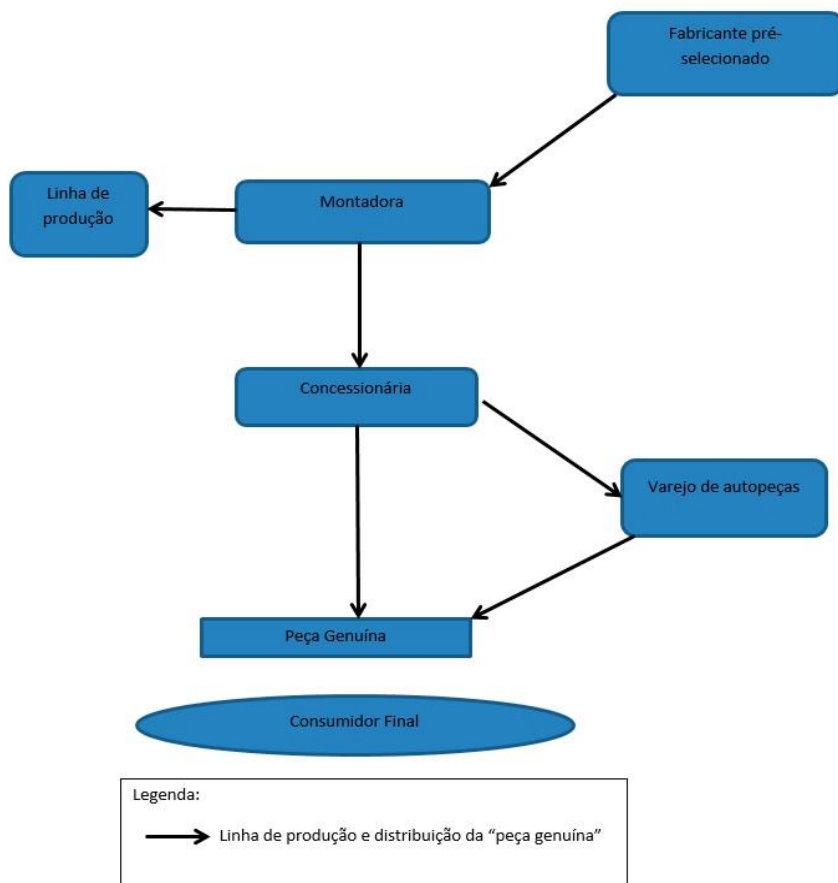


Figura 4 - Mercado de reposição *must match* protegido pelo desenho industrial

Fonte: Elaborada pelos autores.

Com a exclusividade advinda dos direitos de propriedade industrial, as montadoras impedem que as fabricantes forneçam seus produtos no mercado independente (peças originais). Com efeito, os FIAPs também são impedidos de figurar no mercado de reposição, sendo ofertadas no mercado somente as peças genuínas.

Como consequência dessa mudança de panorama, tem-se: (i) uma baixa oferta de autopeças; (ii) a competição antes existente entre produtos genuínos, originais e paralelos é anulada, em razão da existência tão somente de produtos genuínos; (iii) os preços são elevados, em razão da ausência de competição; (iv) a qualidade dos produtos passa a ser questionada; e (v) os produtos passam a faltar, em razão da preferência das montadoras em utilizá-los na linha de montagem a vendê-los no varejo. Para a montadora é mais

interessante vender um automóvel do que suas peças sobressalentes, por mais lucrativo que o segmento de reparação seja. Por conseguinte, o consumidor, além de pagar um alto preço pela autopeça, muitas vezes também é obrigado a enfrentar filas de espera para conseguir a peça a ser substituída.

Conforme assinala o professor José Tavares de Araújo Jr. em parecer técnico, o mercado secundário tem se mostrado cada vez mais atraente para as montadoras, particularmente por dois motivos: as receitas ali auferidas contribuem para a amortização dos investimentos em Pesquisa e Desenvolvimento (P&D) realizados nos novos modelos, e a acirrada competição observada entre as montadoras no mercado primário não ocorre no segmento de reparação, sendo que “as dimensões de seus respectivos nichos monopolistas são proporcionais às vendas pretéritas no mercado primário” (TAVARES, 2006, p. 2).

Portanto, a concorrência na fabricação de peças para suprir as demandas desse mercado, que antes era dividido entre montadoras e fabricantes independentes, sofreu uma mudança estrutural com a obtenção de registro de desenho industrial em nome de algumas montadoras perante o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI). De posse desse registro, as montadoras passam a controlar, em termos absolutos, a fabricação de peças *must match*, restringindo, no mercado secundário, a atividade dos fabricantes independentes que deixaram de fabricar essas peças, bem como o leque de opções que o consumidor possuía em um mercado liberalizado.

Em alguns casos, empresas associadas da ANFAPE figuraram em ações judiciais ou foram notificadas extrajudicialmente, com o escopo de impedir a oferta de autopeças no mercado por parte dos fabricantes independentes, não tendo sido produzido entendimento definitivo por parte do Judiciário acerca da questão (CADE, 2010, p. 3).

O presidente da ANFAPE, Renato Ayres Fonseca, afirmou:

Em 2002, a Ford promoveu busca e apreensão de calotas em um importante varejo em São Paulo, chamado Coga e Coga, existente até hoje e fundado em 1968, simultaneamente em fábricas de calotas. O resultado foi que se parou a comercialização e fabricação desses produtos. Em 2006, a Volkswagen promoveu busca e apreensão de faróis no Mercado Car, outro importante varejo da Capital Paulista, fundado em 1971, paralisou-se a comercialização desses produtos. Em 2007, a Fiat notificou a Centauro Indústria de Latarias, fundada em 1970, a Orgus, Indústria de Faróis, fundada em 1979, a Cofran, Indústria de retrovisores e lanternas, fundada em 1970, a Dts, indústria de para-choques, fundada em 1970, entre outras indústrias e varejos, em Brasília, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, foi quando surgiu a ANFAPE, associação que eu represento, que eu presido, para poder organizar uma

defesa e garantir os direitos dos fabricantes independentes de produzir e comercializar. Em 2008, a Ford promoveu busca e apreensão na Centauro, Dts, Universal, empresa fundada em 1977, entre outras, e Centerparts fundada em 1989. Atualmente, a discussão está no âmbito judicial. Em 2009, a Volkswagen acionou também criminalmente a Centauro e a Centerparts reivindicando uso exclusivo do seu design. (SÃO PAULO, 2013b, p. 11).

O dilema em epígrafe diz respeito ao alcance dos direitos de propriedade intelectual e seus reflexos no mercado automobilístico. Uma legitimidade tipicamente do mercado primário que, ao proteger os investimentos em P&D, visa estimular a inovação tecnológica assegurando, temporariamente, a exclusividade de determinados produtos recém-lançados; mas que, ao se estender ao mercado secundário, gera restrições verticais, com efeitos nocivos a todo o mercado automobilístico.

Nesse contexto, o objetivo da representação da ANFAPE foi assegurar às fabricantes independentes de autopeças o direito de produzirem e comercializarem itens visuais dos veículos. A associação considera que as montadoras utilizam seus registros industriais de peças automotivas de forma abusiva, o que configura conduta contrária à ordem econômica brasileira.

Enquanto no mercado primário as empresas se esforçam para atrair a preferência do consumidor, com um *design* mais atraente do veículo e uma melhor aerodinâmica, dentre outros atrativos, observa-se que a instrumentalidade concorrencial da propriedade intelectual é de suma importância, uma vez que cada montadora visa inovar no mercado automobilístico, gerando o que Grau-Kuntz (2009) denomina de “concorrência de superação inovativa”.

Por outro lado, no mercado secundário a situação é outra. Como as fabricantes independentes trabalham com o processo de engenharia reversa, não há como se falar em concorrência de superação inovadora. Não há alternativas de substituíbilidade entre diferentes peças de reposição e entre diferentes montadoras e marcas. E, quando não há substituíbilidade do bem, estar-se-á diante de um monopólio; logo, suscetível de abuso.

Portanto, observa-se que cada tipo de peça de reposição de cada modelo de veículo constitui, em regra, um mercado relevante distinto dentro do mercado de fabricação de peças de reposição. É na aquisição de cada uma dessas peças que o consumidor sente os potenciais e as efetivas implicações da conduta denunciada pela ANFAPE.

Feitas essas breves considerações, passa-se ao objetivo deste capítulo, que é realizar uma análise do contexto enfrentado no mercado pátrio de reparação de autopeças, por meio do caso ANFAPE, e demonstrar como os institutos da defesa da concorrência e da proteção da propriedade intelectual

são complementares e possuem um objetivo comum, qual seja: proteger mercados competitivos para que gerem eficiência econômica e bem-estar social. O item 2.1 trata do aparente conflito existente entre esses institutos. Já o item 2.2 apresenta um panorama da tutela do desenho industrial no ordenamento jurídico, de modo a melhor situar o leitor acerca do problema enfrentado no *aftermarket* automotivo, tendo em vista ter sido identificada e analisada uma eventual abusividade dos direitos decorrentes dos registros de desenho industrial concedido às montadoras. O item 2.3 visa dar um panorama atual do caso ANFAPE. Por fim, o item 2.4 aponta os efeitos práticos no mercado automobilístico das condutas analisadas.

2.1 Quando há choque entre o antitruste e a propriedade intelectual?

A posição de destaque que a propriedade intelectual e o direito antitruste ocupam perante qualquer economia de mercado atrai, cada vez mais, a atenção dos estudos jurídicos voltados a compreender como se dá a intersecção entre esses dois institutos. Dessa forma, passa-se à análise dos principais pontos dessa relação.

O surgimento de novas tecnologias em meados do século XIX fez com que a propriedade intelectual fosse reconhecida como elemento-chave nas teorias que explicam o desenvolvimento econômico. Nesse contexto, a teoria do economista austríaco Joseph Alois Schumpeter (1883-1950) foi fundamental para o reconhecimento da tecnologia e da inovação como forças propulsoras da dinâmica capitalista (ANDRADE, 2007).

De acordo com Brancher (2008), a teoria schumpeteriana busca compreender a ascensão de ramos de atividades inteiramente novos que desestruturavam a base dos velhos setores e tecnologias. As inovações, quando implementadas por setores líderes na economia, em um primeiro momento promovem uma expansão que distancia a economia de seu ponto de equilíbrio, gerando altos lucros para o inovador. Com o tempo, a rentabilidade vai se dissipando, à medida que as inovações vão sendo adotadas por um número cada vez maior de seguidores. Por fim, a economia se contrai, tendendo a retornar ao seu ponto de equilíbrio.

Assim, cada nova tecnologia retira ou diminui o valor de tecnologias anteriores, sendo o progresso consequência lógica desse processo, que é, ao mesmo tempo, destruidor e criativo (BRANCHER, 2008). Portanto, a inovação se revela como o motor do crescimento econômico, meio pelo qual se alcançarão os ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico (SILVA, 2012).

Com o objetivo de encorajar futuras inovações e incentivar o lucro da atividade empresarial, os direitos de propriedade intelectual surgem como um dos principais incentivos para que uma empresa despenda esforços em determinada tecnologia ou produto, de modo a competir de forma eficaz no mercado. Ao alocar direitos exclusivos para seus criadores, estes recebem uma recompensa por suas criações, que pode ser concedida por duas vias: seja pelos lucros que o inovador pode obter por ser o único usuário da inovação, seja por meio do licenciamento dos direitos de propriedade intelectual e o consequente recebimento de *royalties*.

Uma característica de fundamental importância da propriedade sobre bens imateriais é a possibilidade de ser usada em vários lugares ao mesmo tempo, assim como também existem as características comuns à propriedade, que cabem somente ao titular do bem, quais sejam: usar, gozar e dispor do produto, bem como impedir que terceiros dele se apropriem.

Como afirma Rosenberg (2008), é inegável que a exclusividade concedida aos detentores dos direitos de propriedade intelectual limita a concorrência no momento imediato (também chamada de concorrência estática), por vezes criando uma espécie de monopólio temporário, ainda que, posteriormente, tal proteção fomente a concorrência de uma perspectiva mais dinâmica.

Consoante os ensinamentos de Barbosa, na propriedade intelectual, esse monopólio é instrumental, já que “a exclusividade recai sobre um meio de se explorar o mercado, sem evitar que, por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade de mercado” (2008, p. 182).

O direito antitruste visa à proteção da concorrência e ao combate às práticas abusivas de poder econômico, com vistas a preservar as estruturas de mercado. Ele baseia-se no axioma de que o mercado funciona melhor quando há competição, procurando oportunidades para satisfazer a demanda dos consumidores (ANDRADE, 2007).

Dessa forma, observa-se que, de imediato, existe uma tensão entre os institutos. Isso porque o que os titulares de direitos de propriedade intelectual enxergam como um exercício legítimo de seus direitos, ou seja, a exclusividade temporária conferida, pode ser interpretado de uma maneira diferente por seus concorrentes no mercado. Para estes, o exercício de tais direitos pode configurar uma prática abusiva, com efeitos danosos ao mercado.

No direito antitruste, as situações de concorrência são comumente consideradas superiores às situações de monopólio, em termos de geração de benefícios e bem-estar social. Assim, é inegável que o chamado “monopólio temporário”, concedido aos detentores de direitos de propriedade intelectual, chame a atenção das autoridades que regulam a atividade econômica.

Ocorre que a exclusividade concedida constitui somente um meio de se explorar o mercado, mas não impede que, por outras soluções técnicas diversas, terceiros explorem a mesma oportunidade de mercado. Na verdade, há um estímulo à concorrência pela inovação, revelando que as patentes e outros direitos de propriedade intelectual não criam monopólios no sentido econômico, podendo perfeitamente existir substitutos para o produto, processo ou tecnologia objeto do direito de exclusividade. Assim, os institutos “perseguem a promoção do bem-estar social, ainda que por meios diversos” (ROSENBERG, 2008, p. 175).

Destarte,

[...] como os direitos de propriedade intelectual induzem as inovações que, em última instância, proporcionam melhores condições de preço, qualidade e diversidade de produtos disponíveis aos consumidores, essa política possui o mesmo objetivo final da defesa da concorrência, que é o de promover bem-estar social e do consumidor em particular (OLIVEIRA *et al.*, 2009, p. 41-42).

Observa-se, após essas considerações, que, tanto nos dispositivos constitucionais quanto na legislação infraconstitucional, não se encontram contrariedades; muito pelo contrário: observa-se que a relação é de complementariedade.

Acerca da relação simbiótica entre os institutos frente à Constituição Federal, Rosenberg (2008, p. 175) aduz:

No plano constitucional, a previsão do art. 173, § 4º, em nenhum momento contrapõe-se ao direito individual garantido pelo art. 5º, XXIX. Isso porque, grosso modo, o art. 5º, XXIX, da Constituição não autoriza a concessão de privilégios aos autores de inventos industriais, fazendo ressalvas quanto aos princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência. Pelo contrário, podemos afirmar que a interpretação sistemática da Constituição Federal, nos leva à conclusão de que há uma comunhão de escopos entre os dispositivos do art. 5º e do art. 173.

No plano infraconstitucional também não há qualquer conflito entre as garantias contidas na Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) e na atual Lei Antitruste (Lei nº 12.529/11). Os corpos legislativos dos institutos em epígrafe buscam uma harmonização que possibilite maior eficiência na produção e implementação de políticas públicas. Assim, são direitos complementares na medida em que ambos objetivam fomentar a inovação e, conseqüentemente, a concorrência, em benefício dos consumidores.

Afastada a ideia de que as questões relativas aos conflitos decorrentes entre os institutos podem ter um viés normativo, Rosenberg (2008) afirma que a complexidade do embate entre os institutos está, para o intérprete, no plano

de aplicação do direito, ou seja, como e quando identificar condutas no exercício do direito de propriedade intelectual que possam gerar abuso de posição dominante, com efeitos anticompetitivos, acarretando malefícios para a sociedade.

Caso uma determinada conduta envolvendo direitos de propriedade intelectual se mostre prejudicial ao mercado, ela pode gerar reflexos na esfera antitruste e ser reprimida pelas regras do sistema de defesa da concorrência. Tanto é assim que, na mesma decisão em que reconheceu a complementaridade dos dois sistemas, o Tribunal no caso *Atari versus Nintendo*, nos Estados Unidos, assim se manifestou:

O fato de uma patente ser obtida não torna o titular da patente imune às leis antitruste. Ao titular da patente que usa seus direitos de patente não só como um escudo para proteger sua inovação, mas também como uma espada para estripar competição injustamente, este proprietário deverá ser encontrado por ter abusado da concessão e pode tornar-se responsável por violações antitruste quando a energia suficiente no mercado relevante está presente. (ANDRADE, 2007, tradução nossa)⁴

Portanto, não basta tão somente a obtenção de determinada patente de forma válida ou legítima para que seu exercício também seja regular. Verifica-se, assim, uma dificuldade em alcançar um equilíbrio entre os dois institutos e fazer com que a relação de complementariedade saia da esfera normativa e adentre o campo prático, permitindo às empresas o desenvolvimento de suas atividades com segurança (ANDRADE, 2007).

Diante da necessidade de controlar a tensão existente entre propriedade intelectual e as normas antitruste, “o Departamento de Justiça dos Estados Unidos (DOJ) e a Federal Trade Commission (FTC) promulgaram, em 1995, as Diretrizes Antitruste Para o Licenciamento de Propriedade Intelectual” (ANDRADE, 2007). Essas diretrizes fornecem princípios básicos e determinam como as autoridades antitrustes deverão lidar com as condutas envolvendo direitos de propriedade intelectual. São eles:

i) a propriedade intelectual é essencialmente comparável a qualquer outra forma de propriedade; ii) não se presume que a propriedade intelectual cria poder de mercado no contexto antitruste; e iii) se reconhece que o licenciamento de propriedade intelectual possibilita empresas a

⁴ No original: "The fact that a patent is obtained does not wholly insulate the patent owner from the antitrust laws. When a patent owner uses his patent rights not only as a shield to protect his innovation, but as a sword to eviscerate competition unfairly, that owner may be found to have abused the grant and may become liable for antitrust violations when sufficient power in the relevant market is present".

combinarem fatores complementares e é geralmente pró-competitivo. (ANDRADE, 2007)

Em relação ao primeiro princípio, ao comparar a propriedade intelectual a qualquer tipo de propriedade, observa-se uma similaridade entre os proprietários desses bens imateriais e aqueles de bens tangíveis. Nesse sentido, cabe destacar que a propriedade sobre bens imateriais também cumpre uma função social, não implicando, portanto, direitos absolutos. A chamada “função social da propriedade intelectual” é eleita como garantia constitucional e deve ser regulamentada nos termos do inc. XXIX do art. 5º da Constituição Federal, por lei ordinária, que, no caso da propriedade industrial, é a Lei nº 9.279/96. A sistemática da Carta Magna conduz à conclusão de que a “proteção da propriedade intelectual é uma garantia que deve ser exercida balanceada com interesse social de favorecer a inovação, o progresso tecnológico e promover o acesso a estes bens por aqueles que deles necessitam” (SCUDELER, 2007, p. 70).

Na análise do segundo princípio, observa-se que os direitos de propriedade intelectual não criam nem garantem poder de mercado. Segundo Brancher (2008), a existência de poder de mercado pode ser considerada, em linhas gerais, como a possibilidade de um agente aumentar ou reduzir a produção por certo período de tempo sem que isso provoque uma diminuição nos lucros.⁵ O produto ou o processo protegido pelos direitos de propriedade intelectual podem ter substitutos que permanecem desprotegidos. Sendo assim, os direitos de propriedade intelectual podem garantir poder de mercado sobre um produto específico, mas não sobre todo o mercado relevante (ANDRADE, 2007).

Além do mais existem mecanismos, como o licenciamento dos direitos de propriedade intelectual, que garantem a possibilidade de competição, conforme apontado pelo terceiro princípio. O licenciamento pode levar a uma exploração mais eficiente dos direitos de propriedade intelectual, na medida em que outras empresas podem criar produtos e serviços com os

⁵ Brancher assim complementa (2008, p. 276): “Poder de mercado pode ser definido como a capacidade do agente de atuar de forma independente e com indiferença em relação a concorrentes e demais agentes do mercado. Trata-se da situação na qual, em função da ausência de um ambiente competitivo, o agente atua sem ser importunado por competidores, podendo controlar preços e adotar posições típicas de um monopolista. O conceito de poder de mercado está, pois, intrinsecamente, ligado à prerrogativa do agente de determinar as regras do jogo de forma unilateral, a qual, muitas vezes, pode ser medida por sua capacidade de praticar preços bem acima do seu custo marginal de produção. (Cf. Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1º de agosto de 2001, item 15.)”.

produtos licenciados e aumentar a atratividade para ambos os negócios. Como consequência, há redução de custos e introdução de novos produtos no mercado, beneficiando os consumidores (ANDRADE, 2007).

O Brasil não possui diretrizes oficiais, porém “a Associação Brasileira de Propriedade Intelectual (ABPI), por meio da sua Comissão de Direito da Concorrência, elaborou as Diretrizes Antitruste em Matéria de Propriedade Intelectual” (ANDRADE, 2007). É importante salientar que, de acordo com essas diretrizes, não são todas as práticas envolvendo direitos de propriedade intelectual que geram problemas na esfera antitruste. Muitas vezes, esses problemas podem ser explicados pelo fato de o titular do direito não deter poder de mercado ou detê-lo unicamente em decorrência da sua maior eficiência (ANDRADE, 2007). Também podem ocorrer na hipótese de relação privada entre as partes, quando não cabe ao Estado interferir, ou lhe falta competência.

Com relação à maior eficiência do agente, ela ocorre quando determinado agente é mais eficiente que seus competidores, sobressaindo-se no mercado. Nesse caso, ele não pode ser punido tão somente em função dessa eficiência. Se assim fosse, o empresário se sentiria desestimulado a buscar inovação. Portanto, não cabe ao sistema de defesa da concorrência garantir a sobrevivência de agentes ineficientes ou tecnologias já defasadas (ANDRADE, 2007).

Ressalte-se que o direito antitruste não rege relações privadas que geram efeitos somente entre as partes e que não afetam as estruturas do mercado. Por exemplo, um contrato de transferência de tecnologias entre empresas que controlam menos de 20% de um dado mercado relevante dificilmente irá gerar uma preocupação na esfera antitruste (ANDRADE, 2007).

Realizadas algumas considerações a respeito de princípios e diretrizes antitruste, passa-se à análise de outras envolvendo os direitos de propriedade intelectual que geram infração anticoncorrencial.

Conforme atesta o conselheiro Carlos Ragazzo (CADE, 2010), as condutas anticompetitivas advindas de direitos de propriedade intelectual são representadas por uma dicotomia: (i) de um lado, aquelas advindas de fraudes ou abusos no procedimento de registro do direito de propriedade intelectual; e (ii) de outro lado, condutas decorrentes do abuso de propriedade industrial em si.

O primeiro grupo diz respeito ao uso inadequado ou fraudulento do processo de registro e concessão de patentes. Nesses casos, a empresa infratora manipula patentes pendentes, decorrentes de lapsos temporais na análise e deferimento dos pedidos de registro, exclusivamente com o escopo de produzir

um resultado danoso sobre seus concorrentes.

O rol das condutas enquadradas nesse grupo não é taxativo, uma vez que são inúmeras as hipóteses de abuso. Ragazzo cita algumas:

(i) *patent ambush*: normalmente ocorre contra “standard settings organizations” (“SSOs”), organizações destinadas a estabelecer padrões técnicos no intuito de facilitar a interoperabilidade entre produtos e fomentar a competição. A estratégia de *patente ambush* se dá quando uma empresa atuante naquele mercado esconde uma patente por ela registrada, já concedida ou ainda pendente, até que um padrão tenha sido estabelecido pela SSO. Uma vez que o padrão seja adotado pelo mercado, a empresa torna público e seu registro de patente e contesta judicialmente ou extrajudicialmente a SSO e os demais concorrentes no mercado. Tal estratégia gera custos de reversibilidade aos concorrentes, retira a interoperabilidade entre os produtos e pode conferir posição dominante à empresa que montou a “emboscada”. Um detalhe relacionado à esta prática está no fato de que, na medida em que o padrão vai sendo desenhado pela SSO, a empresa vai adequando o seu pedido de patente pendente, de modo que ele se encaixe aos termos do padrão final que estaria para emergir

(ii) *patent flooding*: ocorre quando uma firma ingressa com vários pedidos de patentes de baixa qualidade, que de algum modo se relacionam com o pedido de patente de seu rival, com o objetivo de impedir seu concorrente de atingir plenamente a patente e ingressar no mercado ou de forçar esse rival a efetuar o licenciamento cruzado de sua patente, comumente em troca de royalties baixos ou mesmo sem qualquer remuneração. Até que o rival consiga demonstrar a inviabilidade das patentes pendentes requeridas pelo concorrente infrator, recursos valiosos já terão sido gastos, sendo possível, ainda, que ao menos algumas das patentes pendentes sejam de fato deferidas;

(iii) modificação de patentes pendentes: uma firma pode manter em segredo um pedido de registro de patente, ainda que pendente de decisão, e depois modificar esse pedido por meio de um aditivo, de modo que seu pedido de patente final descreva exatamente o novo produto de um concorrente. Feito isso, a firma pode litigar com esse rival, alegando que ela é a detentora original da patente;

(iv) pedidos indevidos de proteção adicional para direitos previamente registrados por meio, por exemplo, de certificados complementares de proteção, estendendo indevidamente o período de proteção, de modo a manter a exclusividade na comercialização do produto. (CADE, 2010, p. 13-14)

Já as condutas advindas de abuso no direito de propriedade industrial

não necessariamente decorrem de fraudes no procedimento de registro, tampouco da validade ou não desse procedimento. São efeitos anticompetitivos decorrentes de um abuso no exercício do direito de propriedade intelectual em si, bem como efetivada por outros meios, como, por exemplo, aquele que advém do abuso de posição dominante por parte de uma empresa detentora de direitos de propriedade intelectual.

O rol apresentado por Ragazzo em seu voto é baseado nas diretrizes americanas “Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property”:

(i) restrições horizontais: acordos de licenciamento entre partes horizontalmente relacionadas podem gerar eficiências, mas em certos casos também podem conter restrições competitivas, como fixação de preços, divisão de mercados, acordos de redução de ofertas e boicotes a agentes do mercado;

(ii) fixação de preço de revenda: acordos de licenciamento nos quais o detentor da propriedade intelectual impõe ao licenciado um preço de revenda. São considerados pelo guia americano como condutas anticompetitivas ilegais.

(iii) venda casada: em determinadas circunstâncias, podem surgir efeitos anticompetitivos quando o licenciamento de um direito de propriedade intelectual a um determinado agente for condicionado à aquisição, por esse agente, de uma outra licença ou de produtos e serviços.

(iv) exclusividade: ocorre quando o licenciador proíbe o licenciamento de sublicenciar ou vender a tecnologia, ou vice-versa. Tais acordos podem gerar efeitos anticompetitivos, dependendo do risco de fechamento do mercado, da duração do acordo e de outras características mercadológicas.

(v) licenciamento cruzado e *pools*: ocorrem quando dois ou mais detentores de direitos de propriedade intelectual acordam em licenciar seus direitos entre si ou para terceiros. Tais acordos podem ser pró-competitivos, na medida em que, por exemplo, integrem tecnologias complementares, reduzam custos de transação ou liberem o acesso a tecnologias. Sob certas circunstâncias, porém, esses acordos podem gerar efeitos competitivos, caso, por exemplo, fixem preços coletivos, estabeleçam restrições de oferta, dividam mercados ou excluam agentes.

(vi) *grantbacks*: são acordos pelos quais o licenciado se compromete a estender ao licenciador da propriedade intelectual o direito de utilizar eventuais melhorias que o licenciado efetuar na tecnologia em questão. *Grantbacks*, normalmente, são tomados como pró-competitivos, especialmente na ausência de cláusulas de exclusividade. A concorrência pode ser afetada, contudo, se os incentivos do licenciado em se engajar em projetos de inovação forem substancialmente reduzidos, limitando a

rivalidade no mercado.⁶ (CADE, 2010, p. 14-15)

Como se pode verificar, diversas são as práticas e situações envolvendo direitos de propriedade intelectual que podem gerar problemas ou preocupações no campo concorrencial. Caso os direitos de propriedade intelectual sejam usados não como escudo para proteger a inovação, mas como espada para aniquilar competidores, o agente comete ato ilícito, perfeitamente sancionável pelas normas de defesa da concorrência.

De acordo com Ricardo Medeiros de Castro, Coordenador Geral de Análise Antitruste da Superintendência Geral do CADE, a prática do ato ilícito em tela pode dar ensejo tanto a uma punição com uma multa administrativa de até 20% do faturamento dessas empresas de acordo com a legislação atual (a legislação antiga previa até 30% do faturamento das empresas), como a uma série de outras penalidades e até mesmo à possibilidade de autuação, como, por exemplo, o licenciamento desses direitos de forma compulsória, como permite a legislação antitruste em caso de abuso de direito de propriedade intelectual (SÃO PAULO, 2013b).

2.2 Breve análise da tutela do desenho industrial e suas implicações no mercado secundário automotivo

Os efeitos observados no mercado automobilístico secundário, em que o caso ANFAPE é sintomático, são decorrentes da concessão de registros de desenhos industriais de autopeças *must match*. O escopo deste item é fazer uma breve análise de como o instituto do desenho industrial é tutelado no ordenamento jurídico pátrio, assim como do desvio de função no *aftermarket* automotivo.

O desenho industrial é uma espécie do gênero propriedade industrial, distinta de patentes e marcas, com previsão no Título II da Lei nº 9.279/96. Seu conceito encontra-se no art. 95 desse diploma legal.⁷

De acordo com os ensinamentos de Melo (2009, p. 1), a definição de desenho industrial referente à “forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto” deixa claro que o desenho industrial busca tutelar um aspecto estético da

⁶ U.S. DOJ; FTC. Op. cit., p. 23-36.

⁷ “Art. 95. Considera-se desenho industrial a forma plástica ornamental de um objeto ou o conjunto ornamental de linhas e cores que possa ser aplicado a um produto, proporcionando resultado visual novo e original na sua configuração externa e que possa servir de tipo de fabricação industrial.” (BRASIL, 1996)

criação.

O autor afirma ainda que estamos diante de uma espécie autônoma cuja destinação é exclusivamente a proteção de *design* aplicado a um determinado produto, não sendo contemplada pelo registro qualquer funcionalidade do objeto, matéria essa abarcada pelo depósito de patentes. Portanto, é limitada à estética do objeto.⁸

O *design* e o desenho industrial exercem importante papel no mercado automobilístico, na medida em que buscam, respectivamente, gerar e proteger um diferencial competitivo almejado pelas montadoras, incrementando o desejo do consumidor por seus veículos.⁹

O registro de um desenho industrial deve ocorrer perante o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI). Os requisitos a serem preenchidos no registro são novidade e originalidade, além da possibilidade de que o *design* em questão possa servir de tipo de fabricação industrial.

Apesar da semelhança entre os termos, a originalidade não se confunde com a novidade. Em relação à novidade, prevista no art. 96 da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), um desenho industrial é considerado novo quando não está compreendido no estado da técnica. “Este, por sua vez, é composto por todo conhecimento tornado público” (MELO, 2009, p. 61).¹⁰

Já o requisito da originalidade encontra definição no art. 97 da lei mencionada: “o desenho industrial é considerado original quando dele resulte uma configuração visual distintiva, em relação a outros objetos anteriores” (BRASIL, 1996).

Portanto, para atender aos requisitos legais do registro, não basta tão somente que um desenho seja considerado novo, ele também deve “distanciar-se minimamente das criações já conhecidas publicamente para que seja

⁸ Barbosa (2013) estabelece uma diferença entre modelos industriais/patentes e direito autoral: “[...] se a criação é técnica, teremos uma hipótese de patente de invenção ou de modelo industrial. Se a criação é puramente estética, sem aplicação a produto industrial, poder-se-á ter a proteção pelo Direito Autoral; tendo-se uma obra de arte aplicada, com a qualificação de poder servir de tipo de fabricação industrial, estamos no domínio do desenho industrial”.

⁹ “Dentro do atual panorama de valores atribuídos aos objetos de consumo, no topo da hierarquia dos objetos que simbolizam poder e status, situam-se por exemplo os automóveis, cujas linguagens de design neles aplicadas são constantemente mudadas, principalmente, para atender à avidez de sofisticação dos mercados a fim de sustentar os níveis de competitividade” (CUNHA, 2003, p. 150 *apud* MELO, 2011, p. 60).

¹⁰ Exceção ao princípio da novidade é a possibilidade de solicitar o registro de desenho já divulgado com base em período de graça ou prioridade internacional, conforme arts. 96, § 3º, e 99 da Lei nº 9.279/96.

considerado original” (MELO, 2009, p. 2).

O desenho industrial deve ainda atender a um terceiro requisito: a suscetibilidade de industrialização. O art. 98 da Lei de Propriedade Industrial exclui da proteção por registro de desenho industrial qualquer obra de caráter puramente artístico. Portanto, o desenho deve ainda servir de tipo de fabricação industrial, de modo que seja viável em um produto que, por sua vez, seja objeto de reprodução industrial.

O registro de um desenho industrial possui natureza constitutiva. Nos termos dos arts. 42, 43 e 109 da Lei de Propriedade Industrial, o titular pode impedir que terceiros, sem o seu consentimento, reproduzam, usem, coloquem à venda, vendam ou importem produtos que utilizem aquela configuração de *design* protegida (MELO, 2011).¹¹

Atendidos os requisitos, o desenho industrial terá prazo de proteção de dez anos, contados do depósito do pedido, prorrogável por mais três períodos sucessivos de cinco anos, consoante dispõe o art. 108 da Lei de Propriedade Industrial.

Sobre o prazo de proteção dos desenhos industriais, Melo (2011, p. 60) faz uma importante observação:

Interessante notar, dessa forma, que um registro de desenho industrial poderá ter um prazo total de proteção de vinte e cinco anos, superior, inclusive, àqueles concedidos aos titulares de patentes de invenção – vinte anos – e de modelos de utilidade – quinze anos. Tendo em vista que a eficiência do desenho industrial em gerar uma vantagem concorrencial para seu titular está intimamente ligada à moda que permeia o produto, cabe, ainda, indagar se o prazo de proteção legal não seria muito extenso.

O prazo de desenhos industriais e sua relação com as peças automotivas *must match* será analisado com mais profundidade no capítulo 4 deste trabalho.

Cumpra-se destacar ainda que, embora a análise para concessão de um registro de desenho industrial seja efetivada com base em aspectos formais (novidade, originalidade e aplicabilidade industrial), isso não significa que não

¹¹ Melo (2011, p. 66) ainda afirma que: “É importante notar que a concessão das prerrogativas ao titular não passa necessariamente por um exame de mérito. Isso se justifica pela velocidade de mudança da moda, o que poderia implicar o fato de que o desenho industrial muitas vezes estaria relegado à inutilidade, caso aguardasse um profundo exame quanto à sua essência. A análise para a concessão do registro, portanto é efetivada com base em aspectos formais. Isso não impede, contudo, que o titular venha a requerer o exame do mérito, quanto à novidade e originalidade, nos termos do artigo 111, da Lei nº 9.279/96”.

possa haver um exame de mérito com relação aos requisitos novidade e originalidade, como dispõe o art. 111 da Lei nº 9.279/96.

Contudo, conforme atesta Ragazzo (CADE, 2010, p. 62), a concessão legal e legítima do registro de propriedade industrial, mesmo com a chancela do INPI e da Lei de Propriedade Industrial, não impede que o direito regularmente obtido pelo titular seja exercido de forma abusiva. A análise do INPI não passa por qualquer exame de abuso de poder econômico ou de efeitos econômico-concorrenciais que podem decorrer dos registros concedidos.¹²

De acordo com Silveira (2009), o exercício abusivo do direito obtido com o registro de desenho industrial das peças de reposição *must match* no mercado secundário reflete um caso de desvio de função dos direitos decorrentes da propriedade industrial. De acordo com o autor, o desvio de função observado no mercado de reposição automotiva

[...] está no fato de que as montadoras não solicitam o registro de desenho industrial para “design” de seus carros completos, o que demonstra que não estão preocupadas com o estímulo à criação de design. [...] Solicitam sim registro da parte de reposição, o que demonstra que pretendem, na verdade, monopolizar o mercado secundário. [...] A finalidade precípua da proteção ao design industrial é estimular o desenvolvimento da criatividade no campo dos produtos industriais. O produto, no caso, é a carroceria como um todo, e não as partes isoladas que não passam da consequência do projeto, “consequência” essa utilizada pelas montadoras para o exercício abusivo de controlar o mercado de reposição. (SILVEIRA, 2009, p. 108)

Silveira (2009) afirma ainda que, em vez de exercerem a função social da propriedade industrial, prevista constitucionalmente no inciso XXIX do art. 5º da Constituição Federal, as montadoras praticam uma “evidente disfunção social”. Os efeitos negativos dessa disfunção serão abordados de forma mais abrangente nos itens seguintes deste capítulo.

2.3 O caso ANFAPE hoje

Em 2008, a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça

¹² A análise dos eventuais efeitos abusivos dos direitos de propriedade industrial sobre a ordem econômico-concorrencial é do CADE, órgão legalmente responsável pela tutela da prevenção e repressão às infrações à ordem econômica, dotado de vantagens institucionais significativas, em relação ao INPI, para examinar esse tipo de controvérsia.

remeteu o processo ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), que, em 2010, julgou pela instauração de um processo administrativo contra as montadoras Fiat, Ford e Volkswagen. Atualmente, o processo está em fase de instrução na Superintendência do CADE, sob análise do Coordenador Geral de Análise Antitruste e do Superintendente Adjunto do órgão.

Paralelamente à análise realizada pelo CADE, outras medidas com o intuito de proteger o mercado de reparação têm sido tomadas. Uma delas foi a “instauração de uma CPI (Comissão Parlamentar de Inquérito) no Estado de São Paulo, em 2013, com vistas a investigar a formação de cartéis e outras práticas anticoncorrenciais por parte das montadoras no mercado de reparação” (ANFAPE, 2013). Um dos objetivos da CPI foi fornecer ao CADE instrumentos para impedir a cartelização do setor e assegurar a livre concorrência do mercado.

Durante seis meses, foram ouvidos representantes das próprias montadoras, do Ministério Público de São Paulo, de órgãos de defesa dos consumidores, como o Procon do Estado de São Paulo, e também de fabricantes, de revendedores de peças e de oficinas. “Além da constatação de práticas tais como a de preço abusivo, restou comprovado que montadoras de veículos” (ANFAPE, 2013) têm ajuizado ações visando impedir a fabricação e venda de peças por terceiros não autorizados, alegando ofensa a direitos de propriedade industrial, previstos na Lei nº 9.279/96 (MELO, 2008).

Outro fato importante foi a presença do próprio CADE nos trabalhos realizados pela CPI, representado pelo Coordenador Geral de Análise Antitruste da Superintendência Geral do órgão, Ricardo Medeiros de Castro. De acordo com o coordenador, a situação também não é tranquila, tanto na Europa quanto nos Estados Unidos. Afirmou ainda que,

caso fique comprovado o abuso de direito, essas montadoras sofrerão sérias medidas. ‘Podem ser condenadas ao pagamento de multas (que chegam a 20% do faturamento da empresa) ou pode-se convergir para uma solução intermediária, como o licenciamento de determinados registros’. (ANFAPE, 2013a).

A questão do desabastecimento de peças, uma realidade alarmante no mercado automobilístico brasileiro, será analisada com mais detalhes no item seguinte, sendo que, por ora, é interessante informar que no relatório da CPI foi proposta a elaboração de um Projeto de Lei, com vistas a preservar o consumidor, determinando o fornecimento de veículos reservas e estipulando uma multa às montadoras que não fornecerem as peças de reposição no prazo máximo de trinta dias.

Cumpre destacar ainda que órgãos nacionais de defesa do consumidor também já manifestaram apoio à causa da ANFAPE, como o Fórum de Defesa do Consumidor do Rio Grande do Sul e o Procon de São Paulo, que foram representados na CPI e lá externaram a preocupação com os abusos cometidos por montadoras que buscam eliminar a opção que o consumidor tem de reparar livremente seu veículo (ANFAPE, 2009).

Até mesmo associações de outros países, como a The European Campaign for the Freedom of the Automotive Parts and Repair Market (ECAR), apresentaram documentação formal de apoio à causa reafirmando “o direito que os consumidores, proprietários de veículos, devem ter de livremente escolher entre peças originais e similares” (ANFAPE, 2013).

Uma decisão judicial de maio de 2012 também demonstrou a importância do caso: a empresa Orgus, que produz faróis em Vargem Grande Paulista (SP), obteve na Justiça Federal o direito de retomar a fabricação de peças da montadora Ford. Em 2007, a FIAP ficou impedida de fabricar dois modelos de faróis de milha de veículos da Ford. Diante desse impedimento, a Orgus decidiu mover na Justiça uma ação contra a montadora e o Instituto Nacional de Propriedade Industrial (INPI), acusado de não examinar o mérito dos registros concedidos (LAGUNA, 2012).¹³

Enquanto as instâncias administrativas do CADE ainda não decidiram acerca das reinvidicações apresentadas pelos fabricantes independentes frente às montadoras,¹⁴ outras medidas têm sido tomadas por instituições da sociedade

¹³ Com a sentença judicial, foram anulados os efeitos de 47 registros de desenhos industriais aplicados em faróis e para-choques de modelos da montadora. Na decisão, o magistrado titular da 25ª Vara Federal no Rio de Janeiro, avaliou que as autopeças não constituem um objeto descartável para os efeitos previstos na proteção dos direitos de propriedade industrial, bem como afirmou que a conduta da montadora vai contra os princípios da livre concorrência.

¹⁴ De acordo com Ricardo Medeiros de Castro, Coordenador Geral de Análise Antitruste da Superintendência Geral do CADE, ouvido em CPI, afirmou que, em 2013, “foi feita uma audiência no início desse ano em que se ouviu diversas testemunhas do processo e, enfim, o que falta no processo agora, as empresas que foram oficiadas para apresentar uma série de informações também. As últimas informações que chegaram ao processo e nós pedimos desde os preços de peça, quais foram as ações que cada empresa apresentou no Judiciário. Se os registros obtidos no INPI tinham o seu objeto analisado pelo INPI, e esse é um ponto necessário a destacar, porque ao contrário das patentes, nem todo desenho industrial tem um mérito analisado pelo INPI, só se a parte realmente solicita a análise do desenho industrial que o INPI julga o mérito ou não. E é possível, inclusive, que alguns desenhos industriais desses que de fato são levados ao Judiciário possam ser anulados porque o INPI discorda do mérito quando da análise do seu mérito pode até não existir se não tiver ninguém que solicite a análise do mérito por

de modo a combater práticas abusivas no mercado de reposição, tais como a instalação da CPI já mencionada, a criação de entidades que protegem o consumidor, bem como reclamações nos Procons, entre outras.

2.4 Reflexos sobre o setor automobilístico

A atuação das montadoras no *aftermarket* (ou mercado secundário), com vistas a impedir a presença dos FIAPs nesse mercado, inviabiliza a produção e a comercialização de peças similares, causando danos relevantes aos diversos setores do ramo automobilístico. Os efeitos negativos se estendem da indústria ao varejo, como será demonstrado a seguir.

Uma vez que a cadeia de produção e de comercialização de peças *must match* é suprimida, a consequência lógica é a de que as fabricantes independentes percam seu espaço na cadeia produtiva. Essa conduta prejudica empresas que atuam há mais de quarenta anos no mercado nacional, que recolhem impostos, empregam mão de obra e, em muitos casos, investem em certificação de rigorosos padrões de qualidade. Além disso, são empresas que ajudaram no crescimento do mercado automobilístico pátrio, suprindo a demanda por peças de reposição, notadamente de veículos com fabricação superior a cinco anos, demanda essa que não era atendida pelas montadoras. Conforme apontado por um representante do *aftermarket*, até meados do ano 2000, o mercado de reposição funcionava em harmonia, coexistindo pacificamente montadoras e FIAPs, até que sobrevieram os registros de desenho industrial das peças com o objetivo de impedir o comércio de peças alternativas, na tentativa das montadoras de monopolizar o mercado de reposição.¹⁵ "A partir desse ano, alguém teve a ideia de registrar o desenho industrial das peças e impedir o comércio de peças alternativas, na tentativa de constituir um monopólio" (SÃO PAULO, 2013a).

O que tem ocorrido na prática após a concessão dos registros é que as ações judiciais propostas pelas montadoras acusam os FIAPs de pirataria, alegando que os independentes se utilizam de seus registros de peças de reposição sem sua autorização. Depois de décadas coexistindo, o segmento de autopeças visuais e independentes foi "dormir legalizado e acordou pirata, criminoso", conforme assinala Renato Ayres, presidente da ANFAPE, em

parte do INPI. Enfim, nós estamos analisando tanto os estudos de Direito Comparado, os estudos econômicos que foram juntados" (SÃO PAULO, 2013b, p. 71).

¹⁵ Trecho comentado a partir do depoimento de Moisés de Assis Sirvante, proprietário da empresa Jocar, que atua no mercado de autopeças de reposição, aos deputados da CPI das Autopeças em reunião realizada em 2013 (SÃO PAULO, 2013a, p. 17)

depoimento na CPI.¹⁶

Consequentemente, o mercado de oficinas independentes é afetado, na medida em que o funcionamento, bem como a capacidade de atendimento de grande parte dessas empresas, depende do fornecimento de peças produzidas pelos FIAPs. Em função da redução da disponibilidade dos produtos, todo o mercado secundário ficaria sob o controle das montadoras, o que tornaria o consumidor mais dependente das oficinas autorizadas.

Destarte, a ausência de concorrência no *aftermarket* também pode incentivar as montadoras a utilizarem de uma obsolescência planejada¹⁷ de seus veículos, conforme aponta Araújo Jr. em seu artigo “Restrições verticais no mercado brasileiro de autopeças: efeitos anticompetitivos” (2006). Além disso, as montadoras podem propositalmente dificultar a reposição das peças, seja por meio de um aumento nos prazos de entrega, seja através de preços mais elevados. Trata-se, portanto, de uma estratégia com o objetivo de maximizar os lucros das montadoras, à medida que aumenta o giro dos veículos em circulação e desestimula o consumidor a incorrer nos custos de manutenção.

Conforme dados recentes (MANSUR, 2013), o desabastecimento de peças em concessionárias já é uma realidade em nosso mercado. Órgãos estaduais, como o Procon de São Paulo, já recebem um volume considerável de queixas de consumidores insatisfeitos com seus veículos parados em oficinas, ou concessionárias, por falta de peças.

Parte do problema do desabastecimento também pode ser explicada por políticas de estímulo à fabricação e à venda de veículos novos. A redução na cobrança de IPI, por exemplo, e o consequente aumento das vendas no mercado primário fazem com que tanto os fabricantes de automóveis quanto os fornecedores de peças à indústria concentrem esforços na produção de um estoque de veículos novos. Como resultado, menos componentes sobram para a reposição, gerando estoques vazios e filas de espera.

A questão do desabastecimento de autopeças e os consequentes danos ao mercado consumidor foi o tema discutido na chamada CPI das Autopeças, instaurada em 2013 no Estado de São Paulo, que investigou a possível existência de um cartel no mercado de peças de reposição automobilísticas. Em entrevista, o deputado estadual Fernando Capez (2013) afirmou:

¹⁶ Trecho retirado e comentado a partir do depoimento do presidente da ANFAPE, Renato Ayres Fonseca, na CPI Sobre a Cartelização do Mercado de Autopeças de Reposição (SÃO PAULO, 2013b, p. 11).

¹⁷ Explicando melhor a questão da obsolescência planejada, ver nota técnica de Araújo Jr. (2006, p. 9).

As montadoras vendem um veículo para você, mas quando você precisa buscar uma autopeça de reposição, elas não disponibilizam essa autopeça no mercado.

Só pode ser vendida autopeça pela concessionária oficial e desde que ela (montadora) forneça à concessionária. Ela proíbe a concorrência de produtores independentes que façam peças genuínas, outras peças para concorrerem com as peças delas (montadoras).

Com isso, você consumidor que compra carro da Ford, da Volkswagen e da Fiat, quando vai até a concessionária, como elas querem ter exclusividade, primeiro: você não encontra a peça para colocar em seu veículo; segundo: quando você encontra a peça, ela está dez vezes o valor normal do mercado.

Pra que isso? Para te obrigar a adquirir um veículo novo. Prática ambientalmente incorreta e nociva ao consumidor.

Isso se chama sham litigation. Ficam entrando com uma série de ações de busca e apreensão para tirar os produtos dos fabricantes independentes concorrentes do mercado. Você não acha a peça e tem que comprar um carro novo ou se submeter a preços extorsivos. Algumas pessoas acabam indo comprar essas peças em desmanches clandestinos, sem saber que dessa forma estimulam o crime organizado. Onde que o desmanche clandestino vai conseguir a peça para vender? Encomendando o roubo de um automóvel, que muitas vezes termina em crimes como latrocínio. Então, essas práticas nocivas, egoístas, predatórias das montadoras de automóveis, além de te prejudicar, fazer pagar muito mais caro pela autopeça e além de não conseguir encontrar essa autopeça no mercado, estimulam o crime organizado e, de alguma forma, contribuem para o aumento do roubo de automóveis.

Portanto, a extinção forçada dos FIAPs do mercado de reposição poderá acarretar as seguintes consequências:

[...] a estagnação imediata e eliminação a longo prazo das fábricas e de todo o mercado; desemprego em toda a cadeia independente; aumento do custo de reparação a níveis extremos; o agravamento da falta de peças, aumentando os transtornos com a demora da reparação; aumento do roubo e furto de veículos, e conseqüentemente aumento da violência; aumento dos custos de seguro; controle da vida útil do veículo por parte das montadoras; escravização do consumidor; aumento dos custos dos fretes e perda de poupança das famílias. (SÃO PAULO, 2013b, p. 11)

Quando o consumidor encontra a peça de reposição para seu veículo, muitas vezes se depara com preços acima daqueles praticados no mercado.

Portanto, está-se diante de outra restrição vertical com impactos no mercado consumidor. Estratégias de *marketing* por parte das fabricantes, bem como aumento do poder de compra de parcela de população e a facilidade de crédito oferecido por instituições financeiras fazem com que as montadoras ganhem cada vez mais clientes novos.

Entretanto, muitos consumidores não conseguem manter os custos de manutenções periódicas de seus veículos. Tampouco imaginam que podem vir a se envolver em acidentes e ter que incorrer em gastos com peças *must match*. Portanto, pode-se afirmar que o nível de assimetria de informações nesse mercado constitui um ponto relevante, uma vez que grande parcela dos consumidores ao adquirirem um automóvel não possuem plena ciência das condições do mercado de reposição das peças *must match*, a ponto de pautarem suas decisões de compra (CADE, 2010, p. 37-38).

Outro fator apontado no voto pelo conselheiro Carlos Ragazzo no julgamento do caso ANFAPE é o superotimismo dos consumidores com relação às suas escolhas no mercado. Citando estudos de economia comportamental, Ragazzo afirma ter restado constatado que grande parte da população tende a ser demasiadamente otimista quanto às suas chances de ter que repor uma peça, em razão de um acidente ou de um uso intenso.

O conselheiro explica que a “capacidade” dos consumidores de manter um veículo sem a necessidade de reposição desse gênero tende a ser superestimada. No momento da aquisição do veículo, o consumidor leva muito mais em conta o preço imediato do bem, do que os gastos que poderiam advir da reposição de peças, principalmente as peças *must match*, que não se encontram no “plano de revisão do veículo” e cuja manutenção se mostra futura e incerta.

Portanto, os próprios consumidores acreditam que as chances de repor essas peças são mínimas, logo, subestimadas. Por fim, Ragazzo acrescenta que: “um exemplo que ilustra essa tendência está no fato de menos de um quarto da frota nacional de veículos, aproximadamente, ser segurada pelos seus proprietários” (CADE, 2010, p. 38-39).

3. A experiência internacional no *aftermarket* automobilístico

As empresas que atuam no *aftermarket* automobilístico também vêm tendo seu funcionamento ameaçado internacionalmente, o que acabou ensejando a criação de diversas associações com a mesma finalidade da ANFAPE: proteger e fortalecer o setor de reposição de autopeças. A prática das montadoras de se valerem do registro de desenho industrial de peças automotivas com o intuito de eliminar a competição no mercado secundário já ocorre em diversos países.

O *aftermarket* vem sendo tema de discussões de autoridades antitruste estrangeiras, versando sobre a manutenção de sua existência, bem como sobre a proteção concorrencial desse setor, que afeta direta e indiretamente a vida de milhões de consumidores. Nesse sentido, serão, a seguir, analisados três mercados: Europa, Estados Unidos e Austrália. Neles, o tema já é amplamente discutido e algumas soluções interessantes – e que podem servir de base para solucionar a questão aqui no Brasil – têm sido propostas.

O item 3.1 trata das propostas da Diretiva na União Europeia com o intuito de harmonizar o fragmentado mercado interno europeu de reparação. O item 3.2 analisa o *aftermarket* norte-americano, relatando como um mercado que coexistia pacificamente foi afetado pelos registros de desenho industrial de peças de reposição. Por fim, o item 3.3 apresenta a proposta legislativa australiana, que buscou harmonizar o mercado secundário automotivo desse país.

3.1 A regulação do setor na Europa

A discussão acerca da proteção dos desenhos industriais no mercado de reposição europeu se faz presente desde a alteração do prazo de duração das patentes de autopeças, que passou de quatro para quinze anos, na década de 1970 (REVISTA COBERTURA, 2007), quando diversas montadoras passaram a registrar desenhos industriais de partes isoladas de seus veículos, suprimindo a atuação de fabricantes independentes no mercado secundário.

O mercado de peças sobressalentes para veículos automotivos no continente (UE-15 - expressão utilizada na época em que a União Europeia continha quinze membros, a saber: Alemanha, Áustria, Bélgica, Dinamarca, Espanha, Finlândia, França, Grécia, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Países Baixos, Portugal, Reino Unido e Suécia) movimenta cerca de € 44 bilhões ao ano, sendo que as peças *must match* representam 25% desse mercado, o que equivale a mais de € 10 bilhões na UE-15, ou cerca de € 12 a € 13 bilhões na UE-25 (ECAR, 2006).

Com efeito, diante desse mercado significativo e das restrições decorrentes dos registros de desenhos industriais, muitas fabricantes independentes se viram prejudicadas ao atuar no *aftermarket* do continente. Na Itália, a Fiat pleiteou, há mais de 20 anos, junto ao Tribunal de Bologna, a apreensão do molde para produzir o para-lama anterior do veículo Fiat Uno, bem como toda a produção da referida peça existente no depósito da empresa RHIBA (ECAR, 2006).

Diante de casos semelhantes no país, em 1990, uma associação italiana de produtores independentes, denominada CICRA, iniciou uma

contraofensiva às manobras judiciais das montadoras Fiat, Ford e Renault junto aos tribunais italianos, com o escopo de anular uma grande quantidade de registros de desenho industrial e, conseqüentemente, impedir o fechamento de diversas fábricas no país.

Em sessão plenária realizada em 1997, na cidade de Estrasburgo, o Parlamento Europeu deu parecer favorável à liberalização do mercado de reposição na Itália. Além disso, foi concedido aos FIAPs italianos o direito de utilização, em suas peças, de logotipos das montadoras, uma vez que a ausência desses componentes comprometia o *design* de algumas peças *must match*.

No bojo das discussões dos rumos a serem tomados no mercado de reposição europeu, foram criadas duas formas de representação. A primeira delas é a European Campaign for the Freedom of the Automotive Parts and Repair Market (ECAR), fundada em 1993, sendo uma aliança de dez organizações independentes¹⁸ da União Europeia, representando diversos membros da cadeia de reparação independente, cujo principal objetivo é proteger e promover a livre concorrência no *aftermarket* europeu. A segunda representante é a Fédération Internationale des Grossistes, Importateurs & Exportateurs en Fournitures Automobiles / International Federation of Automotive Distributors (FIGIEFA), federação internacional com sede em Bruxelas, fundada em 1956, e que congrega 26 associações nacionais de comércio de 23 países (União Europeia – Registro Transparência, 2014) de todo o mundo, representando varejistas e atacadistas de peças de reposição automotiva. A principal função da entidade é monitorar e acompanhar processos legislativos do setor na Europa, a fim de manter uma concorrência efetiva no mercado de reposição.

Acerca do avanço normativo no continente, a propriedade industrial na Europa encontra-se protegida pela Diretiva 98/71/EC, adotada em 13 de outubro de 1998, com o objetivo de proteger o desenho industrial, aplicando-se a qualquer setor que envolva a substituição e o reparo de componentes. De acordo com a disposição normativa supracitada, a proteção poderia ser concedida tanto à criação de um produto inteiro, como à criação de uma parte

¹⁸ A ECAR reúne associações e empresas europeias renomadas no mercado de reposição, sendo elas: AIRC (Association Internationale des Réparateurs en Carrosserie), CEA (Comité Européen des Assurances), EAPA (European Automotive Panel Association), FIA (The Eurocouncil of the Fédération Internationale de l'Automotive), FIEA (Fédération Internationale des Experts em Automobile), FIGIEFA (European Federation of Independent Distributors of Automotive Spare Parts), Glass of Europe (Europe's manufactures of building, automotive & transport glass), InterAutoGlass (International Automotive Glass Federation), UEAPME (Union Européenne de l'Artisanat et des Petites et Moyennes Entreprises), UEMV (European Glaziers Association) e AGE (Automotive Glazing Europe).

componente desse produto complexo (ANFAPE, 2007, p. 16.)

A Diretiva dispunha que os Estados-Membros deveriam manter suas leis atuais de proteção do desenho industrial com relação às peças de reposição, podendo alterar tais provisões somente com o intuito de abrir mais o mercado de reposição de peças, permitindo que os fornecedores, além dos produtores de peças de reposição original, ofereçam substituições (BARBOSA, 2013). Sobre essa possibilidade assim dispõe a Diretiva:

Artigo 14 - Disposição transitória - Até que alterações à presente Diretiva sejam tomadas sob proposta da Comissão, em conformidade com as disposições do artigo 18, os Estados-Membros devem manter em vigor as respectivas disposições legais em vigor relativas à utilização do desenho de um componente usado com a finalidade de reparação de um produto complexo, de modo a restaurar a sua aparência original, e devem introduzir alterações a essas disposições apenas se o objetivo for a liberalização do mercado para tais peças. (BARBOSA, 2013, p. 22)¹⁹

Entretanto, durante as negociações da Diretiva, não se chegou a um acordo quanto ao papel da proteção de desenhos e modelos das peças *must match* para produtos complexos.

A própria Diretiva foi precedida da publicação de um “Livro Verde sobre a Proteção Jurídica dos Desenhos Industriais”, o qual continha uma disposição denominada “cláusula de reparação” (“repair clause”). Inicialmente, essa cláusula dispunha que

os direitos exclusivos sobre desenhos protegidos não podiam ser exercidos contra terceiros que, passados três anos após a primeira colocação no mercado de um produto “complexo” em que um determinado desenho ou modelo tivesse sido incorporado, copiassem esse desenho, desde que o desenho ou modelo em questão “dependesse” da “aparência” do produto complexo de modo a restituir-lhe a sua aparência original. (GRAU-KUNTZ, 2014a, p. 44)

¹⁹ No original: “Article 14 - Transitional provision - Until such time as amendments to this Directive are adopted on a proposal from the Commission in accordance with the provisions of Article 18, Member States shall maintain in force their existing legal provisions relating to the use of the design of a component part used for the purpose of the repair of a complex product so as to restore its original appearance and shall introduce changes to those provisions only if the purpose is to liberalize the market for such parts”.

Portanto, conforme atesta Grau-Kuntz (2014a), a ideia principal dessa cláusula era justamente evitar que se estabelecesse um monopólio no mercado de peças sobressalentes, já considerando que a proteção jurídica dessas peças no mercado secundário, via registro de desenho industrial, geraria a exclusão de qualquer possibilidade de concorrência.

Barbosa (2013) explica que, na proteção dos desenhos industriais, a:

Cláusula de Reparação proporciona aos fabricantes de veículos uma proteção total sobre o desenho de seus automóveis. Esta cláusula simplesmente garante que esta proteção não se amplie às correspondentes peças de reposição. Assim, os consumidores têm a liberdade de poder reparar seu veículo onde queiram e com as peças de reposição que queiram. Por outro lado, a cláusula garante os direitos, dos fabricantes independentes de peças de reposição, de fornecer suas peças aos consumidores de todos os Estados Membros. A criação da cláusula abriu espaço para que a integração de uma solução legislativa.

Ocorre que, inicialmente, a cláusula sofreu diversas críticas do setor industrial, principalmente dos FIAPs, que questionavam o prazo de três anos previsto na redação da mesma. Posteriormente, a Comissão Europeia propôs uma nova abordagem, ao estipular que os terceiros interessados poderiam copiar o desenho de um produto complexo para fins de reparação de forma imediata, mediante uma remuneração equitativa e razoável. Essa proposta também não foi aceita, nem pelos fabricantes independentes, tampouco pelas montadoras (GRAU-KUNTZ, 2014a).²⁰

Portanto, face à divisão de consensos e divergências profundas, optou-se por renunciar, na prática, à harmonização das legislações nacionais dos Estados-Membros nessa matéria, demonstrando que a implementação da Diretiva foi apenas parcialmente bem-sucedida. A solução definitiva para o problema em nível continental foi deixada para mais tarde com uma nova proposta de liberalização, como será abordado adiante.

A Diretiva determinou que, até outubro de 2004, fosse apresentado um estudo explicitando as consequências dessa situação para os diversos agentes atuantes no mercado automobilístico. Determinou ainda, após a apresentação desse estudo, a propositura ao Parlamento e ao Conselho Europeu das alterações à Diretiva necessárias para regular de forma definitiva o mercado interno da comunidade.

²⁰ Segunda a autora, essa segunda proposta de cláusula de reparação com cláusula de remuneração não foi aceita porque levantaria problemas em relação à determinação da titularidade dos direitos, à adequação da compensação e, por último, à disponibilidade de terceiros para pagarem efetivamente essa remuneração.

A diferença de regime jurídico entre os Estados-Membros será abordada em detalhes a seguir, quando será apresentada a fragmentação do mercado europeu.

No continente europeu, nem todos os Estados-Membros incorporaram a Diretiva 98/71EC à legislação de seu país. Áustria, Dinamarca, Finlândia, França, Alemanha, Portugal e Suécia ainda mantêm a proteção de desenhos e modelos para peças sobressalentes. Bélgica, Irlanda, Itália, Luxemburgo, Holanda, Espanha e Reino Unido preveem uma cláusula de reparos, concedendo proteção de desenhos e modelos para produtos novos, mas deixando a possibilidade de peças alternativas nos casos de reparos e substituições no pós-venda. A Grécia prevê uma cláusula de reparos combinada a um prazo de proteção de cinco anos e a uma remuneração justa e razoável. No que se refere aos novos Estados-Membros, Chipre, República Tcheca, Estônia, Lituânia, Malta, Polônia, Eslováquia e Eslovênia não adotaram nenhuma disposição especial com relação a peças *must match*, assim, eles desfrutam de proteção *de iure*. Hungria e Letônia incluíram uma “cláusula de reparos” em suas respectivas legislações.

A FIG. 3 ilustra o panorama europeu, nos principais mercados: O "mercado" da UE-27 de peças sobressalentes visíveis integrado de corpo, após a transposição da Directiva 98/71/CE, e o acesso de novos Estados-Membros.

Legenda:

Azul: Estados-membro com uma Cláusula de reparos e, assim, com livre concorrência no mercado secundário. Vermelho escuro: França - nenhuma regra de reparação e implementação rígida do projeto de proteção.

Vermelho claro: Estados-Membro sem uma Cláusula de reparação onde os órgãos ainda não se posicionaram acerca das diretrizes no que tange às peças de reposição

Vermelho/azul tracejado: Alemanha - Garantia das montadoras ao Governo alemão para não usar (possível) projeto proteção para dificultar a concorrência nas peças de reposição no mercado até que a questão de peças de reposição é resolvida em nível da EU.

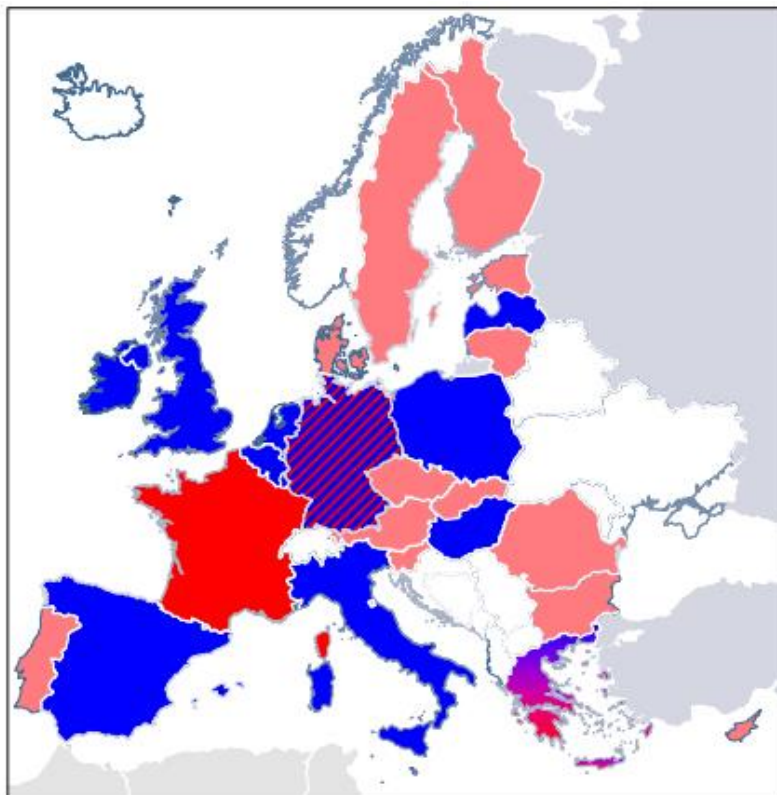


Fig. 3 - O mercado de peças *must match* da UE-27 após a transposição da Directiva 98/71/CE e do acesso de novos Estados-Membros

Fonte: ECAR (2011, p. 8, tradução nossa)

Ocorre que essa situação de regimes diferentes e opostos de proteção de desenhos e modelos para peças sobressalentes, em que alguns Estados-Membros optaram pela liberalização e outros estenderam a proteção de desenhos e modelos às referidas peças, mostrou-se prejudicial ao mercado interno da Comunidade Europeia.

Um dos efeitos observados no mercado foi a disparidade observada nos preços das peças de reposição. A análise de preços de onze peças sobressalentes de vinte modelos de carros em nove Estados-Membros e na Noruega, sendo que seis desses países concedem adoção à proteção de desenhos e modelos para essas peças e quatro não; revelou que os preços de dez dessas peças são significativamente mais altos nos Estados-Membros com a proteção em questão do que nos Estados-Membros sem ela. Assim, observa-se que, nos Estados-Membros que adotam a proteção, os fabricantes de veículos, como detentores dos direitos, exercem força considerável sobre o mercado em

detrimento do consumidor (ECAR, 2004, p. 5).

Consequentemente, a coexistência de regimes distintos de proteção gerou distorções no mercado interno da União Europeia: os recursos e a produção não são alocados dentro da comunidade com base na concorrência, ou seja, as empresas com capacidade têm que produzir produtos de alta qualidade de forma mais eficiente e a preços mais baixos no mercado secundário. A produção não é determinada pelos mecanismos de mercado e sim pelas decisões de gerenciamento das empresas. Os preços se tornam distorcidos e há obstáculos para a comercialização dos produtos.

Um estudo realizado no mercado de peças alemão demonstra as diferenças dos preços de peças fornecidas pelas montadoras e pelas fabricantes independentes, ao nível de varejo, no ano de 2003 (TAB. 1).

Tabela 1 – Diferenças de Preços na Alemanha, em 2013, no varejo, sem imposto de valor agregado (IVA ou VAT)

	Preço (em Euro)		Aumento de preço para os consumidores	
	Fabricante do veículo	Mercado livre	Euro	%
BMW 316i (E36)				
Para-lama dianteiro direito	130,00	40,20	+ 89,80	+ 233%
Capô do motor	236,00	116,95	+ 199,05	+ 102%
Farol esquerdo	268,00	225,90	+ 42,10	+ 19%
Fiat Punto (176)				
Para-lama dianteiro direito	75,00	50,73	+ 4,27%	+ 48%
Capô do motor	225,00	124,57	+ 100,43	+ 81%
Farol direito	116,09	90,95	+ 25,14	+ 28%
Ford Mondeo Kombi				
Para-choque	215,15	160,00, aproximadamente	+ 55,15	+ 34%
Mercedes Benz (T 202) C-Klasse (T-Modell)				
Para-lama dianteiro direito	115,00	0,84	+ 64,16	+ 126%
Capô do motor	287,44	204,73	+ 82,71	+ 39%
Farol esquerdo	205,62	194,40	+ 11,22	+ 6%
Opel				
Retrovisor Vectra	158,75	109,04	+ 49,71	+ 46%
Farol dianteiro Vectra	211,56	173,00	+ 38,56	+ 22%
VW Golf III (1H1)				
Para-lama dianteiro direito	90,70	9,05	+ 61,65	+ 212%
Capô do motor	196,50	108,87	+ 87,63	+ 80%
Farol esquerdo	95,70	81,00	+ 14,70	+ 18%

Fonte: pesquisa GVA / junho de 2003

Fonte: Adaptado de ECAR (2004, p. 25-26).

Assim, o cenário se mostrou repleto de incertezas para governos, empresas e consumidores, em que uma parte dos Estados-Membros possui mercados protegidos e a outra parte, liberalizados, por meio da provisão de uma cláusula de reparação, nos termos da Diretiva. Diante desse contexto, com vistas a abolir a fragmentação do mercado europeu e alterar a Diretiva de Desenhos e Modelos, objetivando também uma maior competição e o surgimento de mais fornecedores; a Comissão, subsequente à Diretiva de Desenhos e Modelos 98/71/EC, adotou o Regulamento (EC) 1400/2002.²¹ Um

²¹ Sobre a aplicação do Artigo 81(3) do tratado de categorias de contratos verticais e

de seus objetivos básicos foi salvaguardar a concorrência no mercado de pós-venda automotivo, incluindo a produção e a distribuição de peças sobressalentes. O Regulamento²² é dotado de dispositivos que

[...] estabelecem como condutas graves as restrições verticais (a) relativas à venda de veículos novos, serviços de reparação e manutenção ou peças de reposição; (b) relativas apenas à venda de veículos novos; e, por fim, (c) relativas à venda de serviços de reparação e manutenção e de peças de reposição. (BARBOSA, 2013)

Esse novo regime regulatório resolveu algumas questões práticas com relação à distribuição de peças sobressalentes, em especial o objetivo de proteger a concorrência em vigor no mercado para serviços de reparos e manutenção, permitindo, entre outras coisas, que os usuários escolham entre peças sobressalentes concorrentes e não permitindo que os fabricantes de veículos impeçam seus fornecedores de atuar diretamente no mercado de pós-venda, incluindo peças sobressalentes de qualidade igualável fabricadas por terceiros.

Diante desses impactos da proteção do desenho industrial das peças de reposição na Europa, a já discutida proposta de “cláusula de reparação” foi reformulada após a conclusão dos estudos:

Dessa forma, em 2004, o Parlamento Europeu elaborou uma Proposta de Diretiva, com o escopo de alterar a Diretiva 98/71/EC, abolindo a fragmentação do Mercado Europeu, com a implementação da “Cláusula de Reparação”, consolidando, assim, a liberalização dos mercados europeus e fazendo aplicar a concorrência ampla no mercado de reparação nos Estados Membros. (BARBOSA, 2013)

Consoante a proposta, a cláusula de reparação, já discutida quando do momento da publicação da Diretiva, voltaria a ser a melhor maneira de solucionar o problema das peças *must match*. Ocorre que, agora, após os estudos realizados, o regime que acompanharia a cláusula seria de liberalização completa, imediata e gratuita.

De acordo com Grau-Kuntz (2014a), a Comissão Europeia optou pela liberalização imediata ao argumento de que um período de proteção conferido às peças, ainda que reduzido, poderia implicar a possibilidade de que, durante esse período, os titulares dos direitos aumentassem os preços.

A opção pela liberalização gratuita encontrou sua justificativa no argumento de que um sistema de remuneração levanta uma série de problemas,

práticas concernentes na indústria de veículos motores (Regulamentação de Isenção em Bloco). Ver União Europeia (2002).

²² O Tratado apresenta ainda outras propostas, como informadas em ECAR (2004).

principalmente sobre a adequação da compensação, disponibilidade dos terceiros em pagar efetivamente essa remuneração e em relação à determinação de titularidade dos direitos, conforme já discutido, quando a cláusula sofreu a segunda alteração, em meados da década de 1990.

Em dezembro de 2005, a Comissão Europeia publicou um Roteiro de Discussão para a realização de uma consulta pública. O objetivo do roteiro foi promover o debate sobre como os mercados europeus poderiam ser protegidos de forma mais eficaz das condutas abusivas das empresas que possuem posição dominante, condutas essas que arriscam enfraquecer a competição no mercado e, em consequência, prejudicar os consumidores. Entre os temas abordados, o *aftermarket* automotivo recebeu atenção especial (BARBOSA, 2013).

Ao final da Consulta Pública, a Comissão solicitou que fossem enviados ao Diretório Geral de Concorrência os comentários sobre o Roteiro de Discussões, cumprindo destacar o teor das respostas das duas principais representações: FIGIEFA e ECAR (BARBOSA, 2013).

Em sua manifestação, a FIGIEFA apontou que os 250 milhões de motoristas consumidores europeus se tornariam “prisioneiros” das montadoras, se a competição no mercado secundário for suprimida. Apontou ainda que muitas montadoras e importadoras de veículos se valem de um “pacote de acordos”, com intuito de “fidelizar” cada vez mais os consumidores à rede de oficinas autorizadas das montadoras, já que o consumidor necessitará recorrer a um reparador autorizado, em vez de uma oficina independente, fortalecendo ainda mais a posição dominante já desfrutada pelas montadoras no mercado de manutenção.²³

A ECAR, em sua manifestação, apontou as diferenças entre os mercados primário e secundário automotivo, esclarecendo que são mercados distintos e que a substituíbilidade de peças no *aftermarket* inexistente com o registro de desenho industrial dos produtos de reparação. Apontou ainda que têm se tornado mais comuns os problemas de “dominação” e de abuso decorrentes da legislação de propriedade intelectual.

Barbosa (2013) aponta que a ECAR cita um exemplo dessa tendência de prática abusiva, se referindo ao caso BMW/Deenik:

²³ “Tais acordos podem também requerer que o reparador autorizado use somente as peças fornecidas pelo fabricante do veículo para qualquer trabalho empreendido em relação ao “pacote de acordos”, pelo qual o consumidor já pagou. O reparador autorizado é privado do direito de acesso às peças de reposição de um distribuidor e fornecedor independente de sua escolha. Por conseguinte, como uma consequência do “pacote de acordos”, a posição dominante já desfrutada pela maioria dos fabricantes de veículo no mercado de reposição de peças é fortalecida.” (BARBOSA, 2013).

Deenik é uma oficina de reparação independente holandesa, que ofereceu seus serviços em anúncios como sendo especializada em BMWs. A BMW processou a oficina, argumentando que Deenik, ao usar a marca registrada BMW, estaria infringindo os direitos que ela detinha sobre a mesma. A Corte Europeia de Justiça rejeitou este argumento e decidiu com base no art. 6º, 1, c, da Lei de Marca Registrada 89/104/EEC que Deenik tem direito de fazer o uso da marca da forma que o fez.

A razão de ser é que sem tal anúncio a competição eficaz no mercado secundário de reparação seria prejudicada ou eliminada e, os serviços para os carros BMW seriam concentrados nos postos de venda da própria BMW, ou nas oficinas autorizadas.

Acrescentou ainda que, o ponto crucial da tendência de se migrar o foco da discussão da Lei Antitruste para a Lei de Propriedade Industrial, em casos como esse, é que os direitos de Propriedade Intelectual são concedidos a favor de um trabalho preliminar elaborado para um produto perfeitamente finalizado, no mercado primário: Aqui é protegida e incentivada a inovação, mas não há interferência na competição entre produtos. Se, entretanto, os mesmos direitos de Propriedade Intelectual forem estendidos tal e qual ao mercado secundário, eles tipicamente irão resultar ou em uma eliminação completa da concorrência, ou, pelo menos, irão seriamente obstruir o funcionamento de uma competição eficiente naquele mercado.²⁴

Após o recebimento dos comentários do público e das partes interessadas, a Comissão de Concorrência da União Europeia estudou todos os argumentos apresentados no Roteiro de Discussões de modo a determinar a melhor forma de se proceder com a questão (BARBOSA, 2013).

Em dezembro de 2007, durante sessão plenária, o Parlamento Europeu votou a favor da Cláusula de Reparação. Como concessão à indústria

²⁴ Barbosa (2013) cita outro exemplo da tendência de práticas abusivas: “Um exemplo que pode ilustrar essa tendência é a decisão a seguir mencionada que, apesar de versar sobre marcas registradas, aborda a questão da preservação da existência de competição do *aftermarket*, como o caso “FIAT - ISAM”. Uma mesma postura foi adotada pela Corte *di Cassazione*, no que diz respeito às peças de reposição. O ISAM, um produtor independente de partes automotivas, lançou no mercado uma grade do radiador para Fiat “Uno”. A grade do ISAM, como a grade original do “UNO”, tinha como um elemento integral e de suporte a marca figurativa e embutida da Fiat, que consiste em 5 barras equidistantes – inclinadas à direita – paralelas entre si. A Corte decidiu que se tratava de um uso legítimo da marca registrada da Fiat, com fundamento no fato de que, caso contrário a ISAM não seria capaz de vender suas peças independentes de reposição e o mercado secundário de sobressalentes da Fiat seria monopolizado a favor desta montadora”.

automobilística, o Parlamento decidiu instituir um período de transição de cinco anos para a implementação da cláusula naqueles países-membros cujo mercado de reparação ainda é protegido. No início de 2008, a discussão seguiu para o Conselho de Ministros da Comunidade Europeia (REVISTA COBERTURA, 2008).

Portanto, como atesta Silva, citado por Barbosa (2013), “o compromisso que vingou na Diretiva consiste num misto de justiça salomônica e *non liquet*”. De um lado, alguns Estados-Membros adotaram uma política de liberalização, de outro, o forte *lobby* das montadoras impede a liberalização do mercado secundário de outros países. Enquanto isso, a discussão política e legislativa segue no continente europeu, e representantes, como a FIGIEFA e a ECAR, dentre outros, propõem uma mudança em nível regional, em prol da implementação de uma cláusula de reparação em todos os Estados-Membros da União Europeia, apontando os malefícios de um mercado europeu fragmentado e os inúmeros benefícios para os consumidores com a liberalização do *aftermarket*.

3.2 A regulação do setor nos Estados Unidos

Nos Estados Unidos, por mais de 60 anos os consumidores se beneficiaram com a disponibilidade de peças alternativas de reparação para os seus veículos danificados. O *aftermarket* é muito importante para a economia do país e emprega cerca de 4,2 milhões de pessoas. Em média, a concorrência no setor de peças de colisão representa uma economia aos consumidores de aproximadamente US\$ 1,5 bilhão por ano (TAB. 2).

Tabela 2 – Comparação de Preços – Mercado Norte-Americano

		Para-choque		Capô do motor		Para-lama	
		OEM	Não OEM	OEM	Não OEM	OEM	Não OEM
95	Buick Century	112,00	93,00	238,00	174,00	136,00	108,00
94	Chevy Corsica	320,00	127,00	192,00	138,00	99,00	65,00
94	Ranger Pickup	261,18	206,00	247,78	176,00	168,37	120,00
95	Ford Taurus	385,00	294,00	400,12	202,60	214,53	89,00
95	Honda Accord	181,13	148,00	305,34	170,00	145,00	66,00
96	Mazda 626	446,35	370,00	286,75	198,00	248,55	122,00
95	Nissan Altima	143,25	80,00	336,89	186,00	180,04	124,00
95	Pont. Grand AM	322,00	238,00	307,00	154,00	216,00	59,00
95	Toyota Corolla	114,84	88,00	250,00	136,00	110,26	55,00
95	Plym. Acclaim	225,00	168,00	250,00	195,00	245,00	65,00
94	Jeep Cherokee	140,00	103,00	310,00	141,00	187,00	72,00
96	Dodge Intrepid	460,00	288,00	315,00	220,00	174,00	146,00
96	Toyota Camry	234,70	180,00	383,51	149,00	143,88	60,00
95	Chevy S10 Blazer	304,00	128,00	337,00	132,00	296,00	141,00
96	Ford Explorer	370,07	278,00	214,58	180,00	110,02	86,00
	Média	267,97	185,93	291,60	170,11	178,24	91,87
	Diferença	82,03	44%	121,49	71%	86,38	94%

Fonte: NAI, cálculos próprios

Legenda: OEM: peças dos fabricantes originais. Não-OEM: peças dos fabricantes independentes.

Fonte: Adaptado de ECAR (2004, p. 27).

Nesse contexto, a criação de uma associação encarregada de certificar a qualidade das autopeças produzidas pelos FIAPs norte-americanos intensificou o antagonismo entre montadoras e fabricantes independentes no país, ainda no final da década de 1980.

A Certified Automotive Parts Association (CAPA), organização sem fins lucrativos, criada em 1987, desenvolve e supervisiona programas de testes que visam garantir a adequação e a qualidade de peças automotivas. Os serviços prestados por essa associação “ajudaram a consolidar a reputação dos FIAPs como ofertantes de peças que combinam durabilidade e modicidade de preços” (ARAÚJO JR., 2006, p. 6).

Com investimentos em certificação de qualidade, estudos no setor automotivo mostraram que

os bens oferecidos pelos FIAPs são, em geral, mais confiáveis do que as autopeças originais. Em julho de 2002, a CAPA testou a qualidade de 1.907 autopeças originais disponíveis no mercado americano, e descobriu que a metade delas não atendia às especificações da entidade. Por outro lado, um estudo realizado pela Alliance of American Insurers em 1999 revelou que o preço médio das autopeças originais era cerca de 60% mais elevado do que as congêneres produzidas pelos FIAPs. (ARAÚJO JR., 2006)

“Com estes resultados, os FIAPs ganharam um aliado importante

naquele país: as empresas seguradoras” (ARAÚJO JR., 2006). O mercado de seguros é de suma importância para a economia norte-americana: “os seguros de vida, contra acidentes e principalmente de responsabilidade civil – representam mais de 8% da economia americana. Um em cada 12 dólares gastos no país por americanos vai para alguma forma de seguro” (GRADILONE, 2014). Ademais, 47 estados americanos exigem que o condutor tenha pelo menos algum tipo de seguro de carro (KLEIN, 2014).²⁵

No caso norte-americano, ressalte-se que as seguradoras possuíam um vínculo com os FIAPs para reparar os danos cobertos por elas, porquanto as peças dos FIAPs eram mais baratas, tornando-os mais competitivos no mercado secundário. Frente a essa realidade, as principais montadoras em atividade nos Estados Unidos começaram a pleitear, no início da década de 1990, junto ao Congresso, um projeto de lei visando proteger peças sobressalentes, não para a proteção importante e legítima da concepção global de seus veículos, mas para evitar concorrência, quando se trata de os consumidores obterem peças para a reparação dos veículos. De início, o Congresso não atendeu ao pedido das montadoras.

Em 2004, a Ford abriu um processo na International Trade Commission (ITC) alegando violação de patentes de *design* em peças para a Pick-up F-150. Embora certo número de patentes apresentadas pela montadora tenha sido simplesmente descartado como inválido, sete registros foram considerados válidos pelo ITC. Como resultado, os proprietários da F-150 não tiveram escolha a não ser recorrer à própria fabricante Ford, quando se trata de substituir um farol ou qualquer uma das outras seis partes (QUALITY PARTS COALITION, 2014b).

Junto ao caso supracitado, o número de patentes de *design* concedidas às grandes empresas de automóveis em peças de reparos de colisões tem aumentado. Como o GRÁF. 1 a seguir ilustra, o número de patentes de *design* detidas pelas empresas de automóveis mais do que dobrou desde 2005. Ao impor patentes de *design* em sete peças de reposição de colisão em 2004 sobre

²⁵ “Em 2002, segundo o National Safety Council, foram registrados mais de 18 milhões de acidentes automobilísticos nos Estados Unidos, que geraram danos da ordem de US\$ 243 bilhões, dos quais cerca de US\$ 112 bilhões foram cobertos pelas seguradoras. A fim de reduzir o montante das indenizações e os prêmios dos seguros, várias empresas atualmente só autorizam a reparação dos veículos acidentados em oficinas que usam autopeças fabricadas por FIAPs. Este procedimento deu origem a inúmeras ações judiciais por parte de segurados descontentes, que preferiram usar autopeças originais. Contudo, em cerca de 20 estados onde aquelas ações já foram encerradas, os juízes decidiram que a conduta das seguradoras beneficia o consumidor porque, além de reduzir os custos de reparação, não afeta o valor do veículo” (ARAÚJO JR., 2006, p. 7).

peças do Ford F-150 por meio de uma queixa no ITC, a Ford eliminou temporariamente toda a concorrência do mercado de reposição do modelo F-150. Isso permitiu que a montadora elevasse os preços da maioria dessas partes, em detrimento do consumidor. Em maio de 2008, a Ford iniciou outra ação de execução de patente de *design* no ITC contra os seus concorrentes de reposição, desta vez para as peças do modelo Mustang.

O aumento dos registros por parte das principais montadoras atuantes no mercado norte-americano está representado no GRÁF. 1:

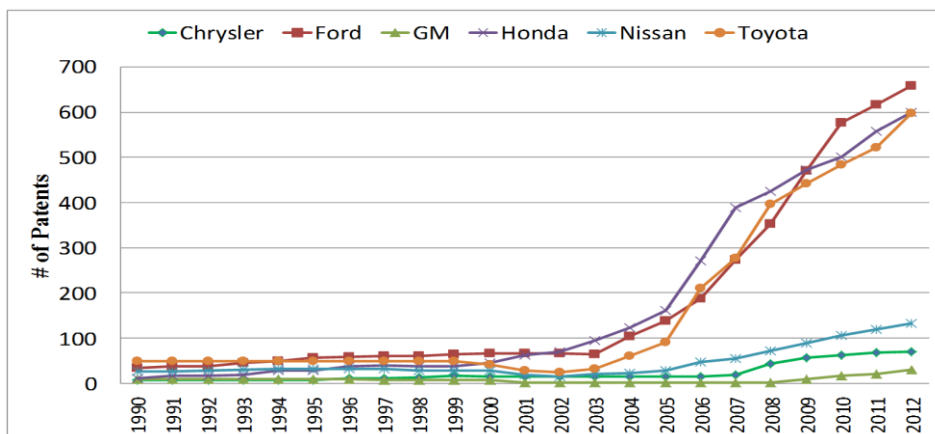


Gráfico 1 – Registros de design de peças automotivas must match (em números) das maiores montadoras norte-americanas desde 1990

Fonte: Quality Parts Coalition (2013).

Nos Estados Unidos, a proteção de desenhos ou modelos é regulada pelo U.S. Patent Act²⁶ e confere a seus detentores uso exclusivo de quatorze anos (QUALITY PARTS COALITION, 2014c). Aqueles que procuram usar desenhos protegidos são geralmente sujeitos às mesmas proibições e punições contra a violação da proteção das patentes de invenções de utilidade, que possuem validade de vinte anos. Em abril de 2013, os membros do Comitê Judiciário da Câmara e do Comitê Judiciário do Senado apresentaram um projeto de lei bipartidário que iria expandir a escolha do consumidor por peças de reparação de automóveis, cortar custos pagos pelas seguradoras e motoristas, e garantir a concorrência no mercado de peças de reposição “*must match*”.

O denominado Parts Act visa estabelecer uma exceção à proteção conferida às peças de reparação *must match* de produtos complexos, bem como

²⁶ 35 U.S. C. §§ 1, et seq. (2007).

propor uma redução do prazo de proteção dada a uma patente de *design*.²⁷

Os objetivos em comento são extraídos do texto do referido projeto de lei, o qual dispõe:

No que diz respeito a uma patente de design que reivindica uma parte componente de um veículo a motor, originalmente fabricado:

(A) não deve ser um ato de violação de tal projeto de patente para fazer ou oferecer a venda dentro dos Estados Unidos, ou importar para os Estados Unidos, qualquer artigo de fabricação que é semelhante ou o mesmo na aparência ao componente que é reivindicado em tal patente de design, se o propósito de tal artigo de fabricação é para a reparação de um veículo a motor, de modo a restaurar esse veículo à sua aparência, como originalmente fabricado; e

(B) após o decurso de um período de 30 meses, a partir do primeiro dia em que tal componente é oferecida pela primeira vez ao público para venda, como parte de um veículo a motor, em qualquer país, não deve ser um ato de violação de tal patente de design para usar ou vender nos Estados Unidos qualquer artigo de fabricação que é semelhante ou o mesmo na aparência ao componente que é reivindicada nessa patente de design, se o propósito de tal artigo de fabricação é para a reparação de um veículo a motor, de modo a restaurar tal veículo à sua aparência, como originalmente fabricado. (UNITED STATES OF AMERICA, 2013, p. 2-3, tradução nossa)²⁸

Portanto, essa disposição prevê uma exceção de violação de patentes de *design*, permitindo que essas peças sejam fabricadas e comercializadas apenas quando objetivarem restaurar a aparência original de um produto

²⁷ Cumpre destacar que o sistema norte-americano protege o desenho industrial como patente.

²⁸ No original: “With respect to a design patent that claims a component part of a motor vehicle as originally manufactured:

(A) it shall not be an act of infringement of such design patent to make or offer to sell within the United States, or import into the United States, any article of manufacture that is similar or the same in appearance to the component part that is claimed in such design patent if the purpose of such article of manufacture is for the repair of a motor vehicle so as to restore such vehicle to its appearance as originally manufactured; and

(B) after the expiration of a period of 30 months beginning on the first day on which any such component part is first offered to the public for sale as part of a motor vehicle in any country, it shall not be an act of infringement of such design patent to use or sell within the United States any article of manufacture that is similar or the same in appearance to the component part that is claimed in such design patent if the purpose of such article of manufacture is for the repair of a motor vehicle so as to restore such vehicle to its appearance as originally manufactured”.

complexo. Peças fabricadas para qualquer outra finalidade, incluindo a réplica do produto ou a restauração funcional do seu desempenho, não estariam abarcadas por essa isenção (HAWKER, 2010).

Ademais, cumpre destacar que o projeto de lei nesta disposição se assemelha com a proposta aprovada pelo Parlamento Europeu e já discutida no item anterior, em que a cláusula de reparação dispõe que não haverá extensão da proteção de desenhos industriais às peças de reposição *must match*, sob pena de eliminar a concorrência no mercado secundário.

A segunda disposição desse projeto de lei diz respeito à alteração da lei de patentes de *design* dos EUA para reduzir o período de exclusividade das montadoras de usar as patentes de *design* para peças de reparação de quatorze anos para trinta meses (ou dois anos e meio), durante os quais outros fornecedores poderiam testar a pesquisa e desenvolver as peças. A disposição em epígrafe parece uma questão referente tão somente ao prazo de decaimento do *design*, visto que o escopo dessa segunda disposição se confunde com o da primeira. O projeto conta com o apoio de importantes associações estadunidenses, como a Autocare Association²⁹ e a Quality Parts Coalition.

O projeto de lei, que no Senado norte-americano recebeu a denominação “S.780”, conta com significativo apoio popular, 86% da população nativa, conforme apontam pesquisas (UNITED STATES OF AMERICA, 2014b)³⁰ e ainda se encontra pendente de votação no referido órgão.

3.3 A proposta australiana

O sistema de registro de desenho industrial na Austrália foi regulamentado pelo Designs Act, de 1906. Essa lei concedia aos proprietários de um desenho industrial uma exclusividade de usar, licenciar e vender o desenho industrial por um período máximo de dezesseis anos (BARBOSA, 2013).

Embora a lei regulasse a proteção do desenho industrial, continha lacunas que permitiam às montadoras a realização de condutas abusivas no sentido de inibir a concorrência no *aftermarket* australiano. Basicamente, a disputa era entre os interesses dos principais fabricantes automotivos (que

²⁹ Atualmente denominada Autocare Association, a Aftermarket Industry Association foi fundada em julho de 1999 em Bethesda, Maryland (EUA) (AUTOCARE ASSOCIATION, 2014).

³⁰ Pesquisa encontrada no site da POPVOX, cuja finalidade é estabelecer uma ponte entre a população e o Congresso.

buscavam proteger sua propriedade intelectual no desenho industrial das peças de reposição), e a redução de preços e o ganho de eficiências, resultantes de um *aftermarket* livre e competitivo.

Assim, em dezembro de 2002, foi proposto, na Casa dos Representantes, um Projeto de Lei de Proteção ao Desenho Industrial, denominado Design Bill, a fim de propor um novo sistema para a proteção do desenho industrial. O memorando explicativo do Design Bill indica que a razão política da defesa do direito de reparação é assegurar competição eficaz no mercado de reposição de peças automotivas e tentar descobrir um equilíbrio entre fornecer um incentivo para a atividade de criação do desenho industrial (para veículos novos) e permitir a competição no mercado de peças de reposição, posição corroborada pela Comissão Australiana da Concorrência e do Consumidor.

Após a realização de uma consulta pública, o Comitê de Legislação Econômica do Senado, em março de 2003, recomendou o imediato encaminhamento do Projeto de Lei aos seus cuidados, recomendação essa que foi acatada pelo Senado, submetendo o Projeto para relatório. Dentre outros temas, foram apontadas, para consideração, as implicações da provisão de peças de reposição para os consumidores, seguradoras e fabricantes de carros.

Um dos principais objetivos do Projeto de Lei de Proteção do Desenho Industrial era fornecer uma exceção à conduta infratora, na qual o desenho industrial registrado pudesse ser usado com a finalidade de reparação de um produto complexo e usado com relação a uma parte componente do produto.

A cláusula 72 do Projeto de Lei traz a defesa do direito de reparação. Ela estabelece, entre outras coisas, que uma pessoa não infringirá um desenho industrial registrado quando ele for uma parte componente de um produto complexo e a finalidade do uso ou autorização for para a reparação de um produto complexo, cabendo ao detentor dos direitos sobre o desenho industrial registrado arcar com a responsabilidade de provar que tal pessoa sabia ou deveria saber que o uso ou autorização tinha finalidade diversa da de reparação de um produto complexo.

A Associação de Consumidores Australianos argumentou que a proteção do desenho industrial de peças de reposição é economicamente desfavorável para os consumidores. A Associação Australiana de Peças de Reposição Automotiva acrescentou que a proteção do desenho industrial de peças de reposição é economicamente desfavorável para o comércio varejista local e para os negócios de fabricação.

Na opinião da Comissão Australiana da Concorrência e do Consumidor, as empresas que detivessem poder de mercado no mercado

primário de equipamento original, e passassem a incorporar o desenho industrial de peças individuais, estariam aptas a influenciar o mercado de reposição de equipamentos originais. A Comissão acrescentou, ainda, que, se a concorrência fosse defendida, isso incentivaria as firmas pequenas e inovadoras a ingressarem no mercado das peças de reposição.

O Insurance Australia Group (IAG) argumentou que os direitos de monopólio não deveriam ser aplicáveis às peças de reposição, porque nenhuma inovação do desenho industrial é possível nelas, uma vez que devem encaixar e combinar com as outras partes dos bens complexos fabricados. Ademais, a defesa do direito de reparação não afetaria desfavoravelmente os investimentos na inovação do desenho industrial australiano.

O Comitê de Legislação Econômica do Senado considera que, ao se abranger a defesa do direito de reparação, tem-se como consequência um equilíbrio adequado entre o incentivo de um nível economicamente ótimo do desenho industrial na Austrália e o impacto do preço e da escolha dos consumidores, bem como a oportunidade de outros fornecedores ingressarem no mercado.

Ouvidos e discutidos os argumentos de cada instituição mencionada, a Comissão Australiana de Reforma da Lei recomendou a aprovação da Lei de Proteção do Desenho Industrial de 2003, que passou a ser conhecida como Designs Act 2003. Esta recebeu a Aprovação Real em 17 de dezembro de 2003, e entrou em vigência em 17 de junho de 2004.

A revisão da legislação lançada pelo governo australiano em 2006 concluiu que

a provisão de direito à reparação estabelece um equilíbrio adequado entre os objetivos políticos do Governo para incentivar a inovação, protegendo fornecedores de componentes no mercado primário, [para] abrir o peças aftermarket para uma maior concorrência, e [para] operar um registro de desenho acessível sistema que atinja o equilíbrio adequado entre os benefícios para o consumidor, os custos de conformidade para os custos das empresas e da indústria e administrativas para o Governo. (HAWKER, 2010, p. 9)

De acordo com estudos realizados (METCALFE, 2005, p. 13), as autopeças vendidas pelos FIAPs no mercado australiano representaram um desconto de aproximadamente 30 %, economia que poderia ser traduzida em uma redução de 7% nos prêmios de seguro.

4. Aplicação ao caso brasileiro

A análise do problema sintomático objeto deste estudo demonstrou

de forma inequívoca que os FIAPs são importantes agentes atuantes no mercado automobilístico mundial. Não são meras empresas que praticam pirataria por engenharia reversa. São firmas idôneas, pagadoras de tributos e que estão estabelecidas no mercado há décadas, auxiliando as montadoras a suprir uma demanda de reposição que elas próprias não são capazes de suprir (conforme já demonstrado no item 2.4 deste trabalho).

Dos estudos realizados, observa-se que não existe concorrência nos mercados secundários, cujas peças são protegidas por registros de desenho industrial: o consumidor que necessita reparar seu veículo deve sempre recorrer às concessionárias das montadoras para adquirir uma peça sobressalente que necessita de substituição.

A experiência norte-americana demonstrou que os FIAPs podem concorrer em nível qualitativo com os produtos ofertados pelas montadoras, rejeitando, dessa forma, o argumento destas de que apenas seus produtos são dotados da qualidade necessária para a correta reparação. A criação de uma entidade como a CAPA nos Estados Unidos demonstra que muitos FIAPs buscam ofertar produtos de qualidade no mercado, combinando durabilidade e modicidade nos preços.

Ademais, a concorrência entre montadoras e FIAPs aqui discutida não significa tão somente concorrência em nível de preços, pois outros fatores também devem ser considerados, como o serviço ou a qualidade e a reputação do produto. A experiência de certificação já conhecida nos Estados Unidos foi recentemente discutida na CPI que investigou condutas anticompetitivas no mercado de autopeças³¹ (SÃO PAULO, 2013b).

Portanto, pode-se extrair da experiência norte-americana que investimentos em certificações, além de associação com seguradoras, foram medidas de suma relevância para aumentar a reputação dos fabricantes independentes e tornar o mercado competitivo naquele país. Alguns produtos de origem FIAP possuem até qualidade superior aos produtos originais oferecidos pelas montadoras.³²

Quando se discute a concorrência em nível de preços das peças

³¹ “A Comissão Parlamentar de Inquérito ouviu o presidente do Sindicato do Comércio Varejista de Peças e Acessórios para Veículos no Estado de São Paulo (Sincopeças), Francisco Wagner de La Torre, que defendeu o estabelecimento de um selo de certificação, fornecido pelo Inmetro, para as peças de fabricantes independentes. Isso daria segurança ao mercado varejista, que recebe também peças importadas sem garantia de qualidade.” (SÃO PAULO. v. 123. n. 231 p. 5)

³² “Em julho de 2002, a CAPA testou a qualidade de 1.907 autopeças originais disponíveis no mercado americano, e descobriu que a metade delas não atendia às especificações da entidade.” (ARAÚJO JR., 2006, p. 6-7)

ofertadas pelas montadoras e FIAPs, constata-se a disparidade observada no mercado nacional,³³ que já foi objeto de inúmeros estudos realizados por associações europeias, como a ECAR e a FIGIEFA (item 3.1). Os estudos europeus há muito já demonstraram que as peças são significativamente mais caras nos países onde é concedida a elas a proteção como desenho industrial.

Como salientado no item 3.1, o mercado na União Europeia apresenta-se bastante fragmentado quanto à proteção de peças sobressalentes. Entretanto, os casos enfrentados ao longo dos anos, bem como os estudos realizados a pedido do Parlamento Europeu foram orientados a ir além da coleta de estatísticas para buscar medidas voltadas a viabilizar a aproximação das legislações dos Estados-Membros. Nesse sentido, foi proposta uma “cláusula de reparação”, cuja ideia principal era justamente evitar o estabelecimento de monopólio no mercado de peças sobressalentes, considerando que a proteção conferida às peças *must match* no mercado secundário geraria a exclusão de qualquer possibilidade de concorrência.

A Diretiva 98/71/CE continha uma proposta clara de viabilizar uma coexistência pacífica entre montadoras e FIAPs por meio da adoção dessa cláusula de reparação. De acordo com Grau-Kuntz (2014a, p. 29), a disposição referente a essa cláusula dispunha que

os direitos exclusivos sobre desenhos protegidos não podiam ser exercidos contra terceiros que, passados três anos após a primeira colocação no mercado de um produto "complexo" em que um determinado desenho ou modelo tivesse sido incorporado, copiassem esse desenho, desde que o desenho ou modelo em questão "dependesse" da "aparência" do produto complexo de modo a restituir-lhe a sua aparência original.

Ocorre que a propositura da cláusula em epígrafe gerou diversas

³³ Disparidade esta discutida na CPI, quando o deputado Fernando Capez presidiu uma sessão que contou com a participação do economista Pedro Scazufca: “[...] um slide interessante, um levantamento que a gente fez com a ajuda da ANFAPE, dois tipos de carro, Gol geração três e Ford Fiesta, um sem DI e o outro com DI. E a gente comparou o preço com relação à independente para capô e para para-lama. E o que acontece? Quando tem, o carro tem essa proteção de DI, ou seja, quando, no lado, vamos dizer no Gol a gente tem uma concorrência e no Ford Fiesta você teria um monopólio. O que acontece? Aí é que a tendência é que o preço seja maior do produto. Então por exemplo, a gente vê que no capô enquanto do Gol no independente seria R\$ 300, no Gol geração três onde tem concorrência, no mercado autorizado seria R\$ 544 e o Ford Fiesta aonde não tem concorrência, aonde há um monopólio seria em torno de R\$ 1.098. Isso é o preço de 2010, a gente não pode, não é uma comparação exata, são dois carros diferentes, mas só para a gente ter uma ideia, que quando você tem um monopólio, a tendência é que o preço seja muito mais alto”. (SÃO PAULO, 2013b, p. 27)

reinvidicações por parte da indústria automobilística do continente, tanto das montadoras, quanto dos próprios FIAPs (que questionaram o prazo de proteção e posteriormente uma possível remuneração equitativa e razoável), conforme já apontado no item 3.1. Após alterações nas propostas, predominou o posicionamento de que um regime de liberalização completa, imediata e gratuita seria mais adequado.³⁴

De acordo com Grau-Kuntz (2014b), “A controvérsia que a questão gerou e ainda gera na União Europeia e o longo caminho percorrido em busca de uma solução para a questão polêmica serve como exemplo das dimensões do problema levado pela ANFAPE à apreciação pelo CADE”.

Destarte, a proposta europeia de alteração legislativa referente às peças *must match* mostra-se bastante interessante para a persecução de uma solução satisfatória do problema enfrentado no Brasil pelo caso ANFAPE. Ademais, cumpre ressaltar que a proposta de lei norte-americana (representada pelo Projeto de Lei S.780) de permitir a livre fabricação e comercialização de peças sobressalentes, teve influência da proposta europeia.

Outra questão enfrentada pela proposta legislativa norte-americana foi uma possível redução do tempo de duração da exclusividade sobre desenhos industriais, que pode iniciar uma importante discussão sobre a duração dos registros de desenho industrial no Brasil. De acordo com o item 2.2 deste trabalho, um registro de desenho industrial em nosso ordenamento poderá ter um prazo total de proteção de 25 anos, superior, inclusive, aos concedidos aos titulares de patentes de invenção (vinte anos) e de modelos de utilidade (quinze anos).

Isso posto, poder-se-ia discutir se esse prazo não é muito longo, ainda mais quando se analisa um mercado tão dinâmico como o automobilístico, em que a busca por novos modelos e desenhos é uma constante. Montadoras lançam anualmente modelos mais modernos para atrair mais consumidores. Muitas vezes, há alterações substanciais de *design*, tornando o modelo (ou geração) anterior de um dado veículo fora dos novos padrões da “estética automobilística”. Por conseguinte, grande parte das peças *must match* de um dado modelo anterior simplesmente não se aplica a novos modelos e, tendo em vista que as montadoras têm mais interesse em vender carros novos do que reparar modelos ultrapassados, se poderia questionar a duração do tempo desses registros.

De acordo com o que dispõe Melo (2011, p. 60),

o lançamento, pelo mesmo fabricante, de um novo produto com design

³⁴ Os motivos por esta opção são elencados por Grau-Kuntz e também se encontram no item 3.1 deste trabalho.

distinto do anterior não torna livre o acesso à cópia dos registros de desenhos industriais antigos, caso o prazo de proteção ainda esteja vigente. Os privilégios se mantêm mesmo nessa hipótese, devendo eventuais terceiros não autorizados que desejarem utilizar o design aguardar o decurso de tempo necessário para que aquele desenho entre em domínio público ou a ocorrência de alguma outra hipótese de extinção do registro. Não é possível alegar a mudança de modelo do produto, visando à utilização, sem autorização dos titulares, dos desenhos industriais protegidos e anteriores.

Portanto, conforme afirma Melo, a ocorrência de *design* superveniente não é causa de exclusão do registro de desenho industrial. O autor afirma ainda que, no caso dos desenhos industriais, inexistente previsão de extinção do registro por caducidade motivada por abuso ou desuso da matéria protegida, ao contrário das patentes.

Sendo assim, questiona-se a duração do prazo de proteção legal, podendo-se pensar se, na impossibilidade de uma liberalização do mercado (conforme proposta europeia), uma proposta semelhante à norte-americana de redução da proteção legal (de 14 anos para 30 meses) pode ser interessante para aplicação no caso das peças de reparação *must match*. A própria dinâmica do mercado automobilístico torna os modelos de automóveis e suas partes ultrapassados.

Entretanto, a discussão sobre uma eventual inadequação do prazo deve passar por alguns questionamentos:

- (i) Uma proposta de redução do prazo de desenho industrial alcançaria todos os tipos de *design* (inclusive vários que não sofrem questionamento quanto a um suposto abuso). Seria a solução para o caso das autopeças uma medida que afetaria desenhos de outras espécies?;
- (ii) A definição desses prazos é, de certa forma, arbitrária, porque cada desenho ou tecnologia tem uma vida econômica própria. A teoria de Schumpeter acerca dos ciclos econômicos explica essa assertiva. Uma inovação (como um *design* superveniente) pode simplesmente retirar toda a importância econômica de uma criação protegida e torná-la obsoleta, ainda que o prazo de proteção desta última não tenha vencido;
- (iii) Existe uma dificuldade de se propor prazos distintos de acordo com o tipo de *design* ou de criação, porque (a): cada produto tem uma vida útil econômica diferente; e (b): o próprio mercado é dinâmico, de modo que qualquer cálculo que defina um tempo "justo" de proteção terá que ser

constantemente revisto, pois as condições que o embasaram mudam o tempo todo;

- (iv) Há tratados internacionais que definem prazos mínimos de proteção para a propriedade intelectual. Qualquer proposta de redução de tempo de proteção terá que levar em conta esses limites. No caso, o acordo TRIPs estabelece que o prazo mínimo exigido para desenhos industriais seja de 10 anos.³⁵

Por conseguinte, a análise da redução do prazo de proteção não se mostra tão simples, devendo superar todas essas questões supramencionadas para ser aceita no bojo das discussões que este trabalho propõe apresentar.

Por fim, foi analisada a contribuição da proposta australiana. Conforme já apontado no item 3.3 deste trabalho, a proposta da Austrália foi buscar a alteração na própria Lei de Propriedade Industrial vigente. De início, a lei de *design* desse país diminuiu o prazo do registro de um desenho industrial para o período máximo de 10 anos, adequando ao prazo mínimo exigido pelo acordo TRIPs.

Todavia, a mudança mais significativa encontra-se no art. 72 da lei, a qual traz a defesa do direito de reparação, muito semelhante à proposta europeia já discutida e que estabelece, entre outras coisas, que não haverá infração a um desenho industrial registrado quando ele for uma parte componente de um produto complexo e a finalidade do uso ou autorização for para a reparação de um produto complexo, cabendo ao detentor dos direitos sobre o desenho industrial registrado arcar com a responsabilidade de provar que tal empresa sabia ou deveria saber que o uso ou autorização tinha finalidade diversa da de reparação de um produto complexo.

Portanto, pode-se concluir que as três propostas apresentadas possuem um ponto de convergência, qual seja: uma mudança legislativa que proporcione aos FIAPs a concorrência no mercado secundário, por meio de uma

³⁵ O Acordo TRIPs (do inglês Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, cuja tradução é: Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio) é um Tratado Internacional, integrante do conjunto de acordos assinados em 1994 que encerrou a Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial do Comércio. O objetivo desse acordo foi reduzir distorções e obstáculos ao comércio internacional, levando em consideração a necessidade de promover uma proteção eficaz e adequada dos direitos de propriedade intelectual e assegurar que as medidas e procedimentos destinados a fazê-los respeitar não se tornem, por sua vez, obstáculos ao comércio legítimo. Além dos direitos relativos à propriedade industrial (patentes, marcas, indicações geográficas, desenhos industriais), o TRIPs trata dos direitos de autor e conexos, topografias de circuitos integrados, proteção do segredo de negócio e controle da concorrência desleal. (BRASIL, 1994)

garantia legal de que os direitos de propriedade industrial referente às peças *must match* não serão exercidos no *aftermarket* automotivo.

4.1 Uma proposta de solução para o caso brasileiro

Conforme aponta Barbosa (2013, p. 24), o sensível problema das peças de reposição *must match* exige uma solução de direito, seja legislativa, regulatória, seja por via da aplicação das limitações razoáveis já constantes em nosso ordenamento.³⁶ Nesse sentido, discute-se, neste item, as implicações de cada via na solução de direito.

Até o presente momento, este trabalho procurou demonstrar que a busca dessa solução não passa pelo questionamento acerca da validade da obtenção do registro dos desenhos industriais perante o INPI, uma vez que tal registro foi concedido em respeito aos procedimentos específicos previstos na Lei de Propriedade Industrial. Com isso, afirmou-se que é legítimo o exercício desse direito por parte das montadoras no mercado automobilístico primário, conferindo a elas um diferencial competitivo em face dos modelos lançados pelas concorrentes.

A conduta abusiva observada por parte das montadoras que figuram na controvérsia em epígrafe corresponde a uma ofensa ao art. 36, inc. I, II e IV, e ao art. 36, § 3º, inc. III e IV, da Lei nº 12.529/11.³⁷

³⁶ O autor aqui faz uma analogia às limitações que dizem respeito aos impedimentos do uso exclusivo de marcas para impedir o acesso à informação necessária. Afirma que as restrições às peças de reposição *must match* importam restrição de acesso a conteúdo informativo necessário. Explica que as limitações contidas no art. 132, inc. I e II, da Lei de Propriedade Industrial, referente às marcas, respondem a interesses derivados de valores constitucionais, em especial o de promover a competição e favorecer o consumidor e que, por isso, podem ter aplicação ao caso das peças *must match*.

³⁷ “CAPÍTULO II - DAS INFRAÇÕES

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto

Na esteira do voto proferido pelo conselheiro Carlos Ragazzo (CADE, 2010, p. 67), a solução de direito mais adequada para eliminar os efeitos nocivos à ordem econômica passa por determinar às montadoras a não imposição, às FIAPs, dos registros de desenho industrial em questão. Essa solução poderia se dar por via legislativa ou regulatória.

A opção por uma medida legislativa, a qual consolidasse a abertura do mercado secundário às FIAPs (no molde das propostas europeia, estadunidense e australiana), seria uma opção plenamente possível e interessante, pacificando a matéria e trazendo segurança jurídica aos agentes envolvidos.

Barbosa apresenta, em sua proposta de alteração legislativa da Lei de Propriedade Industrial, um dispositivo referente à vedação da aquisição da propriedade do desenho industrial que abarca a questão das peças *must match*:

Art. 109 – A – O dispositivo no caput do artigo anterior não se aplica:

[...]

III – aos fabricantes de acessórios, implementos e peças de reposição de bens de consumo durável, que utilizem o objeto do desenho protegido exclusivamente para suprir a reposição, no interesse do consumidor, de parte integrante de produto já vendido, desde que obedecidas às práticas leais de concorrência e mantidas as especificações de qualidade do elemento original. (BARBOSA, 2013)

Ocorre que a espera por um posicionamento legislativo pode se mostrar prejudicial às partes envolvidas na discussão. Conforme atesta o Conselheiro Ragazzo (CADE, 2010, p. 75),

[...] uma demora demasiada na solução do presente conflito poderia

no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

[...]

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;" (BRASIL, 2011)

implicar a exclusão de agentes e uma série de danos ao mercado e aos consumidores. (...) O conflito poderia ficar sem resposta indefinidamente. Inúmeros são os casos, aliás, no qual o Judiciário, por exemplo, tem de atuar justamente porque não uma definição legislativa sobre a matéria.

Mesmo diante das dificuldades e desvantagens de uma medida dessa natureza, nada impede que o Poder Legislativo pátrio possa regulamentar o tema, assim como ocorreu nos outros países considerados neste estudo. Nesse sentido, as informações oriundas da CPI das autopeças, utilizadas neste estudo, são de suma relevância para dar suporte a uma eventual lei pacificando a controvérsia em nosso ordenamento.

Uma solução de direito pela via regulatória mostra-se bastante interessante, tendo em vista que intervenções administrativas possuem uma série de vantagens, conforme atesta Ragazzo (CADE, 2010, p. 75): “visualizar os efeitos da decisão de modo mais tangível, ouvir os envolvidos de modo mais direto, investigar as questões que levaram à controvérsia, dentre outras”.

O CADE, como órgão competente para avaliar abusos de poder econômico, no caso em debate, decorrente dos direitos de propriedade industrial, dispõe de instrumentos para uma solução administrativa da controvérsia, amparada nos ditames da Lei nº 12.529/11. Dentre eles, o art. 38 da referida lei estatui que o órgão pode dispor de “qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica” (BRASIL, 2011).

Um importante questionamento se faz acerca da expressão “qualquer outro ato”. O CADE, por estar adstrito ao princípio da legalidade, só poderia aplicar medidas expressamente previstas em lei. Portanto, a aplicação de algumas medidas na controvérsia, como a licença compulsória³⁸ de desenho industrial, não poderia ser feita, por falta de previsão legal específica.

Em seu voto, o conselheiro Ragazzo (CADE, 2010, p. 64) também afirma que, por não se tratar de patentes, “a solução para a controvérsia não necessariamente contempla o licenciamento compulsório do direito”. Se a Lei de Propriedade Industrial tivesse uma previsão de licenciamento compulsório para desenhos industriais, o problema provavelmente teria uma solução mais

³⁸ Licenciamento compulsório é uma flexibilização prevista no art. 31 do acordo TRIPS, que permite a utilização de um produto patenteado, mesmo que um detentor não autorize, em casos muito específicos, quando prevalece o interesse público. No ordenamento brasileiro está previsto nos arts. 68 a 74 da Lei nº 9.279/96, que preveem o uso da licença compulsória em algumas situações, não contemplando os registros de desenho industrial.

rápida, uma vez que este instituto é aplicado diretamente como medida de prevenção do abuso de direitos de propriedade intelectual.

Haja vista a impossibilidade de o CADE aplicar medidas em desconformidade com a lei, investiga-se qual medida seria a mais adequada para a solução administrativa da controvérsia. Uma medida possível seria a assinatura de um Termo de Compromisso de Cessação (TCC)³⁹ entre as partes. Isso porque, segundo argumenta Forgioni (2013, p. 150):

Não são raros os casos em que pairam dúvidas sobre eventual ilicitude da prática analisada. Ademais, a coleta de provas pode ser longa e dispendiosa para a Administração. À empresa não interessa o desgaste à imagem que decorre do processo investigativo, a necessidade de provisão de eventual multa, despesas com advogados, assessores etc. Os executivos desviam-se de suas atividades administrativas para se preocuparem com elaboração de estratégias de defesa, em detrimento do bom fluxo dos negócios. Sobretudo, há sempre o risco da condenação, ainda mais diante dos amplos termos empregados pela Lei antitruste e da mutabilidade das decisões ao longo do tempo.

Assim, o TCC poderia se constituir em via alternativa de solução ou, talvez, resposta consensual ao problema, porquanto agilizaria o processo e evitaria que o CADE impusesse multas de elevados valores em caso de condenação, além de encontrar respaldo legal no art. 85 e parágrafos da Lei nº 12.529/11.

Pelo fato de o compromisso de cessação consistir num ajuste de vontades, no qual, em termos negociados, o(s) investigado(s) compromete(m)-se a fazer cessar prática suspeita, e o CADE a suspender o processo administrativo instaurado; há logicamente prestações recíprocas entre os pactuários.

Na controvérsia objeto deste estudo, a realização do compromisso geraria às empresas investigadas uma obrigação principal de fazer cessar a suposta prática anticoncorrencial sob investigação – bem como os efeitos nocivos já discutidos ao longo do estudo no mercado secundário de peças *must match*. Quanto à autoridade econômica, além da obrigação de fazer (suspensão do procedimento administrativo em curso), exsurge também o dever de fiscalização da adequada execução do termo firmado por parte das empresas.

³⁹ Em termos gerais, o compromisso de cessação é uma transação jurídica, de perfil publicista e composição bilateral, realizada no âmbito do processo administrativo e deflagrado para a verificação de infração à ordem econômica. Em seus polos, em regra, figuram a empresa ou empresas sob investigação e a autoridade econômica nacional competente, que no Brasil é o CADE.

Essa obrigação derivada, diga-se, vem sendo efetivada e melhor operacionalizada pela inserção de cláusula específica no termo de compromisso, que obriga os compromissários a apresentar relatórios periódicos das medidas adotadas.^{40 41}

Cumprе ressaltar que o firmamento do termo de compromisso não resulta, por si só, na assunção de culpa por parte das empresas investigadas, muito embora o adimplimento do termo tenha o condão de arquivar o processo administrativo investigatório. Note-se, aqui se fala em encerramento tão somente do processo administrativo, fato que não constitui óbice ao surgimento e regular desenvolvimento de processos judiciais, que, inclusive, podem versar sobre os fatos que foram objeto de investigação administrativa.

Portanto, está-se diante de uma medida restritiva de direito, que poderia decretar, via decisão administrativa, a impossibilidade de utilizar a proteção conferida às montadoras pelo desenho industrial em face das FIAPs.

Embora uma solução via TCC pudesse resolver o problema, é muito pouco provável que ela ocorra, pelo fato de que as montadoras somente firmarão o acordo se entenderem que a punição pode ser severa demais e não reversível no Judiciário. Diante do atual cenário, inclusive internacional, é remota a probabilidade de realização de acordo entre as partes, já que a questão ainda não está pacificada nos mercados (tanto estrangeiros quanto nacional).

Por outro lado, caso as partes envolvidas não cheguem a um acordo, obrigando o órgão administrativo a buscar uma solução coercitiva, questiona-se se seria possível ao CADE impor uma restrição ao registro com efeito “erga omnes” somente no mercado secundário, da mesma forma que ele impõe restrições à propriedade industrial (marcas, por exemplo) quando decide um ato de concentração.

Nesse sentido, questiona-se se o CADE não poderia adotar, dentro dos parâmetros legais, uma postura proativa em eventual condenação, ou seja, além de impor uma multa, determinar também uma solução estrutural (como

⁴⁰ Embora o dever de fiscalização continue com a autarquia, atualmente é executado por órgão específico, a Comissão de Acompanhamento de Decisões do CADE (CAD-CADE).

⁴¹ A Lei Antitruste elencou, no § 1º de seu art. 85, alguns elementos que “deverão constar” do Termo de Compromisso. Pela compreensão literal do dispositivo, conclui-se que todos são indispensáveis, mas não é menos verdade que nem sempre os três estarão presentes no termo. Diga-se, dos três incisos⁴¹ ali versados, apenas o I e o II deverão estar contidos nos Termos de Compromisso, pois constituem pressupostos lógicos de sua existência. O inciso III tem aplicação casuística, pois, a contribuição pecuniária ali prevista será exigida apenas em processos que versem sobre práticas cartelistas ou com elas se relacionem.

sanção na conduta), como fez recentemente na punição do cartel das cimenteiras, quando o órgão aplicou remédios que julgou capazes de interromper a infração e restaurar o ambiente competitivo. Na decisão em comento o CADE:

[...] condenou o chamado “cartel do cimento”, aplicando multas a seis empresas, seis pessoas físicas e três associações que, somadas, atingem R\$ 3,1 bilhões.

Entretanto, chama a atenção o ineditismo da decisão ao aplicar as penalidades. Além das elevadas multas, o Conselho determinou ainda a venda de fábricas e impedimentos de realizar operações no ramo de cimento e de concreto até 2019.

Destaca-se, no caso, a determinação de vendas de ativos como penalidade pela prática de uma conduta anticompetitiva. Segundo o CADE, o objetivo, ao aplicar esta pena, foi de diminuir a barreira à entrada de concorrentes e viabilizar rivalidade nos setores. Embora prevista na lei, “quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público geral”, essa espécie de penalidade nunca havia sido aplicada em um caso de conduta anticompetitiva até então. O que era comum consistia na determinação de medidas comportamentais aos praticantes de uma conduta anticoncorrencial. A decisão proferida no cartel do cimento, no entanto, além de impor medidas comportamentais, a elas agregou uma medida “estrutural”, por representar alteração na estrutura do mercado.

Trata-se, portanto, de mais uma demonstração da prioridade que o controle de condutas anticompetitivas tem merecido na nova política antitruste nacional e da relevância e gravidade com que o CADE tem atuado nessas questões. (OLIVEIRA, 2014)

Observa-se que uma atuação meramente repressiva dos órgãos de defesa do mercado muitas vezes não surte os efeitos desejados, já que não repara, de fato, os danos; no máximo, indeniza-os. Portanto, no caso ANFAPE, questiona-se se o órgão antitruste não poderia inovar – com base legal – como fez no caso das cimenteiras, indo além da determinação de multas, buscando efetivamente impedir a utilização da proteção do desenho industrial no mercado secundário, a fim de tornar competitivo o *aftermarket* automotivo. Caso o CADE utilizasse, como analogia, uma espécie de licença compulsória (medida estrutural) no mercado secundário, o próprio órgão antitruste estaria impedido, tendo em vista não existir na lei essa possibilidade; tampouco ele poderia criá-la.

Assim, o que se indica como o caminho mais sensato, considerando-se a obediência aos ditames constitucionais da liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores, bem

como da repressão ao abuso do poder econômico; é a determinação pelo CADE de uma sanção comportamental, qual seja: impedir o registro de desenho industrial no *aftermarket* automotivo, tornando-o competitivo como era até meados de 2000.

5. Conclusão

Por meio dos efeitos observados no mercado de reposição automotiva, este trabalho quis demonstrar que a busca pela eficiência econômica nos mercados de inovação, em momento algum, pode desrespeitar os ditames da ordem institucional do direito antitruste. Assim como exposto por Silva (2012) em sua tese, os custos sociais advindos do monopólio legal de uma inovação não podem se furtar ao controle estatal. É importante que exista um equilíbrio entre os direitos constitucionalmente previstos, sem qualquer relação de hierarquia entre si, ainda que potencialmente conflitantes.

Porém, esse equilíbrio não tem sido observado no *aftermarket* automotivo de peças sobressalentes, tanto no Brasil, quanto nos mercados estrangeiros analisados neste trabalho, uma vez que as montadoras buscam, através dos registros de desenho industrial dessas peças, eliminar a atuação dos FIAPs e monopolizar esse mercado, demonstrando que o objetivo da utilização do registro no *aftermarket* nada mais é que uma estratégia de negócio para que possam auferir mais lucros.

Por conseguinte, toda a cadeia de distribuição de produtos de reparação sofre com os danos que o monopólio das montadoras pode causar ao mercado de reposição, refletindo em danos ao consumidor e à concorrência, na forma de maiores preços, menos opções de produtos e piores condições de venda, conforme demonstrado ao longo deste estudo.

Restou demonstrado que uma solução de direito se faz necessária, e as propostas apresentadas, sejam legislativas ou regulatórias, se mostram interessantes e caminham em um mesmo sentido: determinar às montadoras a não imposição, aos FIAPs, dos registros de desenho industrial.

Porém, acima de tudo, reconhecendo que existe um direito de registro dos desenhos, que é legitimamente utilizado no mercado primário e que pode se mostrar abusivo no mercado de reparação, como uma estratégia; questiona-se se, para as montadoras, não seria mais interessante a adoção de uma “estratégia” diferente.

Questiona-se se o uso dos registros de desenho industrial é realmente viável e eficiente para as montadoras. Isso porque, em um mercado tão dinâmico, qualquer mudança em uma determinada peça gera novo registro de desenho industrial, que, conseqüentemente, implicaria novos custos envolvidos nos registros dos desenhos e na sua tentativa de proteção.

Uma segunda observação diz respeito ao papel das montadoras no mercado de reparação. Se essas empresas adotassem uma postura diferente no mercado, definindo como prioridade a certificação de seus produtos, o desenvolvimento de peças com o melhor padrão de qualidade possível, bem como oferecimento dos produtos no mercado em uma quantidade que atenda à demanda e à preços competitivos; elas poderiam se sobressair de forma muito mais eficiente no *aftermarket*. Assim, não necessitariam buscar na legislação meios de eliminar a concorrência ou de fazer uma escolha que cabe ao consumidor, qual seja, optar pela peça que deseja utilizar na reparação de seu veículo, de fazer valer sua liberdade de opção em um mercado já naturalmente limitado pelo efeito *lock in*.

Referências

ANDRADE, Gustavo Piva de. A Interface entre a Propriedade Intelectual e o Direito Antitruste. **Revista da ABPI**, 1º nov. 2007. Disponível em: <http://www.dannemann.com.br/dsbim/Biblioteca_Detalhe.aspx?&ID=107&pp=1&pi=2>. Acesso em: 20 mar. 2014.

ANFAPE. Notícias. **CADE comparece à CPI que avalia a formação de cartel no mercado de autopeças**. Publicado em 15/08/2013. Disponível em: <http://www.anfape.org.br/noticias_ler.asp?cod=75>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ANFAPE. Notícias. **CPI comprova que Ford, Fiat e Volkswagen pretendem dominar o mercado de reposição**. Publicado em 10/10/2013. Disponível em: <http://www.anfape.org.br/noticias_ler.asp?cod=79>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ANFAPE. Notícias. **ECAR entrega carta de apoio a ANFAPE**. Publicado em 11/09/2013 Disponível em: <http://www.anfape.org.br/noticias_ler.asp?cod=77>. Acesso em: 10 fev. 2014.

ANFAPE. Notícias. **Procon apresentará estatísticas que comprovam o desabastecimento de peças**. Publicado em 02/09/2013. Disponível em: <http://www.anfape.org.br/noticias_ler.asp?cod=76>. Acesso em: 11 fev. 2014.

ANFAPE. **Representação**. Repte: Associação Nacional de Fabricantes de Autopeças - ANFAPE. Repdos: Volkswagen do Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda, Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda. 4 abr. 2007. Disponível em:

<<http://www.anfape.org.br/imagens/Representacao-CADE-04-04-07.pdf>>.
Acesso em: 30 jan. 2014.

ARAÚJO JR., José Tavares de. **Restrições Verticais no Mercado Brasileiro de Autopeças: Impactos Anticompetitivos**. Dez. 2006. Disponível em: <http://www.ecostrat.net/files/Autopecas-Nota_tecnica_Jose_Tavares.pdf>.
Acesso em: 5 fev. 2014.

AUTOCARE ASSOCIATION. **Who we are**. Disponível em: <<http://www.autocare.org/who-we-are/>>. Acesso em: 6 jun. 2014.

BARBOSA, Denis Borges. Corrigindo as potenciais disfunções do sistema de proteção de desenho industrial. 2013. Disponível em: <http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/corrigindo_potenciais_disfuncoes_di.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2014.

BARBOSA, Denis Borges. **Da nossa proposta de mudança das normas brasileiras relativas aos desenhos industriais**. 2010. Disponível em: <http://denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/proposta_mudanca_normas_brasileiras_di.pdf>. Acesso em: 21 jan. 2014.

BARBOSA, Denis Borges. **Proteção das marcas: uma perspectiva semiológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRANCHER, Paulo. Mercados de inovação na análise antitruste. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (orgs.). **Desafios atuais do direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2008. p. 273-290.

BRASIL. Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (Acordo TRIPS ou Acordo ADPIC). **Diário Oficial da União**, 31 de dezembro de 1994. Disponível em: <http://www2.cultura.gov.br/site/wp-content/uploads/2008/02/ac_trips.pdf>.
Acesso em: 12 abr. 2014.

BRASIL. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011**. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 20 maio 2014.

CADE – CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Averiguação Preliminar nº 08012.002673/2007-51**. Repte: Associação Nacional de Fabricantes de Autopeças - ANFAPE. Repdos: Volkswagen do

Brasil Indústria de Veículos Automotivos Ltda, Fiat Automóveis S.A. e Ford Motor Company Brasil Ltda. Rel.: Cons. Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo. J.: 15/12/2010. Disponível em: <<http://www.anfape.org.br/imagens/Voto-Conselheiro-Carlos-E-J-Ragazzo15-12-10.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2014.

CAPEZ, Fernando. Capez preside conclusão de CPI das Autopeças. **Youtube**. Publicado em 10/12/2013. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=-PSnAGlmrKs>>. Acesso em: 7 out. 2013.

COSENTINO, Marcelo. Caçadores da peça perdida: Falta de componentes de reposição atinge até carros nacionais 0km. **O Globo Economia**, 19/02/13. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/cacadores-da-peca-perdida-7626238>>. Acesso em: 5 mar. 2014.

ECAR. **Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council Amending Directive 98/71/EC on the Legal Protection of Designs**. Brussels, 14/09/2004. Disponível em: <<http://www.ecar-eu.com/documents/Design%20Directive%20-%20Extended%20Impact%20Assessment.pdf>>. Acesso em: 10 mar. 2014.

ECAR. **Why a few Member States should no longer block the liberalisation of the vehicle spare parts market**. July 2011. Disponível em: <http://www.ecar-eu.com/documents/ECARExtendedPosition-Analysis_1July2011doc.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2014.

FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GRADILONE, Cláudio. As diferenças entre Brasil e EUA - Nos Estados Unidos, o motorista interessa às seguradoras mais que os automóveis – e Britney Spears paga mais caro. **Quatro Rodas**. Disponível em: <<http://quatorodas.abril.com.br/autoservico/seguros/cobertura.shtml>>. Acesso em: 5 mar. 2014.

GRAU-KUNTZ, Karin. O desenho industrial como instrumento de controle econômico do mercado secundário de peças de reposição de automóveis. **Revista Eletrônica do IBPI**, São Paulo, Revel, Especial, Artigos publicados na plataforma IBPI. Disponível em: <<http://ibpibrasil.org/ojs/index.php/Revel/article/view/30/29>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

GRAU-KUNTZ, Karin. Sobre a disputa pelo mercado de reposição de peças para automóveis. **Cruzeiro/Newmarc Propriedade Intelectual**. Disponível em: <<http://www.newmarc.com.br/novo/pt/visualizarArtigo.asp?id=35>>. Acesso em: 12 abr. 2014.

GRAU-KUNTZ, Karin. Sobre o desenho industrial e a proteção das peças de reposição de automóveis. **Migalhas**, 30 jul. 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/mostra_noticia_articuladas.aspx?cod=89666>. Acesso em: 12 abr. 2014.

HAWKER, Norman. The Automobile Aftermarket: crash parts, design patents, and the escape from competition. **The American Antitrust Institute**, March 22, 2010. Disponível em: <http://www.antitrustinstitute.org/sites/default/files/aa_i%20collision%20repai_r%20parts%20commentary_032220101350.pdf>. Acesso em: 20 abr. 2014.

INSURANCE AUSTRALIA GROUP. **About IAG**. Disponível em: <<https://www.iag.com.au/about/index.shtml>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

KLEIN, Allison. Como funciona o seguro de carros nos Estados Unidos. **Como tudo funciona**. Disponível em: <<http://carros.hsw.uol.com.br/seguro-de-carros-nos-estados-unidos.htm>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

LAGUNA, Eduardo. Fabricante de faróis vence Ford na justiça. **IBRAC**, Notícias, 8 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.ibrac.org.br/Noticias.aspx?id=1661>>. Acesso em: 10 fev. 2014.

MANSUR, Carolina. Oficinas viram garagens por falta de peças – Com produção e venda de modelos zero aquecidas, veículos ficam parados por até 90 dias. **Estado de Minas** [Online], 16 jan. 2013. Disponível em: <http://www.em.com.br/app/noticia/economia/2013/01/16/internas_economia_343671/oficinas-viram-garagem-por-falta-de-pecas.shtml>. Acesso em: 10 abr. 2014.

MELO, Renato Dolabella. Aspectos Básicos do Desenho Industrial. **Estado de Minas**, Belo Horizonte, Caderno Direito & Justiça, 26 jan. 2009. Disponível em: <<http://www.dolabella.com.br/downloads/Aspectos%20Basicos%20do%20Desenho%20Industrial.pdf>>. Acesso em: 13 abr. 2014.

MELO, Renato Dolabella. Defesa da concorrência: o exercício dos direitos de desenho industrial sob a ótica da Lei 8.884/94 (O Caso das Autopeças). **Revista do IBRAC**, v. 15, p. 141-162, 2008.

MELO, Renato Dolabella. **Patentes e desenhos industriais**: instrumentos legais para coibir os abusos. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011.

METCALFE, John. **Design registration and the ‘right to repair’ in Australia**. Budapest: Australian Automobile Association, 15 June 2005. Disponível em: <http://www.fiaregion1.com/download/Region_1/Legal_and_consumer/Budapest/Presentations/52stroeck.pdf>. Acesso em: 20 maio 2014.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Decisão inédita do CADE multa empresas e pessoas físicas em 3,1 bilhões de reais**. Publicado em 02/06/2014. Disponível em: <<http://melocampos.planb.net.br/artigo/decisao-inedita-do-cade-multas-presas-e-pessoas-fisicas-em-31-bilhoes-de-reais/>>. Acesso em: 10 jun. 2014.

OLIVEIRA, Gesner; PRADO, Lucas; SCAZUFCA, Pedro. Aspectos concorrenciais do mercado de peças de reposição de automóveis. **Migalhas**, 9 de junho de 2009. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20090928-03.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2014.

QUALITY PARTS COALITION. **About us**. Disponível em: <<http://www.keepautopartsaffordable.org/about/nuabout.html>>. Acesso em: 15 abr. 2014.

QUALITY PARTS COALITION. **Patent Change Brochure**. April 2013. Disponível em: <http://www.keepautopartsaffordable.org/quality_parts/Patent_Change_Brochure_April%202013.pdf>. Acesso em: 15 abr. 2014.

QUALITY PARTS COALITION. **The looming threat**. Disponível em: <http://www.keepautopartsaffordable.org/quality_parts/nulooming_threat.html>. Acesso em: 15 abr. 2014.

QUALITY PARTS COALITION. **Write Congress**. Disponível em: <http://www.keepautopartsaffordable.org/quality_parts/nubillsupport.html>. Acesso em: 15 abr. 2014.

REVISTA COBERTURA. **ANFAPE segue exemplos de outros países**. Publicado em 16/08/2007. Disponível em: <http://www.revistacobertura.com.br/lormais_materias.php?cd_materias=52696&friurl=-ANFAPE-SEGUE-EXEMPLOS-DE-OUTROS-PAISES-:>. Acesso em: 16 mar. 2014.

REVISTA COBERTURA. **Parlamento europeu aprova cláusula de reparação**. Publicado em 10/01/2008. Disponível em: <http://www.revistacobertura.com.br/lormais_materias.php?cd_materias=56428>. Acesso em: 5 abr. 2014.

ROSENBERG, Bárbara. Considerações sobre direito da concorrência e os direitos de propriedade intelectual. In: ZANOTTA, Pedro; BRANCHER, Paulo (orgs.). **Desafios atuais do direito da concorrência**. São Paulo: Singular, 2008. p. 169-189.

SÃO PAULO. Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo. Agência de Notícias. **CPI das Autopeças realiza primeira reunião**. Objetivo do órgão é impedir formação de cartel no mercado de reposição. Publicado em 26/03/2013.

Disponível em: <<http://www.al.sp.gov.br/noticia/?id=333847>>. Acesso em: 15 fev. 2014.

SÃO PAULO. Diário Oficial do Estado de São Paulo. **CPI Sobre a cartelização do mercado de autopeças de reposição**. v. 123. n. 231. São Paulo, 10 de dez. 2013. Disponível em: <<http://www.sindifupi.org.br/webapps/imagefile/arquivos/relatorio%20cpi%20auto%20pe%C3%A7as.pdf>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

SCUDELER, Marcelo Augusto. **Patentes e sua função social**. 2007. 254 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Metodista de Piracicaba, Piracicaba, 2007. Disponível em: <<https://www.unimep.br/phpg/bibdig/pdfs/2006/DGLMYBODTUVVC.pdf>>. Acesso em: 1º mar. 2014.

SILVA, Alberto Luís Camelier. **Desenho industrial: abuso de direito e o reflexo na concorrência do mercado de reposição**. 2012. Tese (Doutorado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo – USP, São Paulo, 2012.

SILVEIRA, Newton. O abuso das montadoras face às fabricantes independentes de autopeças. Partes isoladas do desenho industrial de um produto seguem sendo um desenho industrial? **Revista Eletrônica do IBPI-Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual**. [Online]. São Paulo, Edição Especial – Sobre a questão das peças de reposição must-match, p. 83-117, jan. 2010. Disponível em: <<http://ibpibrasil.org/ojs/index.php/Revel/article/download/20/20>>. Acesso em: 12 mar. 2014.

TRIBUNA DE MINAS. **Falta de peças provoca espera por conserto: Indústria direciona produção para novos veículos; em JF, cliente aguarda solução há cinco meses**. Publicado em 28/02/2013. Disponível em: <<http://www.tribunademinas.com.br/economia/falta-de-pecas-provoca-esperapor-conserto-1.1237182>>. Acesso em: 10 abr. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. Distribuição e assistência aos veículos a motor na União Europeia. **Regulamento (CE) nº 1400/2002** da Comissão de 31 de julho de 2002. Relativo à aplicação do nº 3 do artigo 81º do tratado a certas categorias de acordos verticais e práticas concertadas no sector automóvel. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/sectors/motor_vehicles/legislation/explanatory_brochure_pt.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2014.

UNIÃO EUROPEIA. **Relatório de Transparência**. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/consultation/displaylobbyist.do?id=69678928900-56&locale=pt>>. Acesso em: 19 abr. 2014.

UNITED STATES OF AMERICA. **S. 780**. April, 23, 2013. Disponível em: <<http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/BILLS-113s780is/pdf/BILLS-113s780is.pdf>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

UNITED STATES OF AMERICA. What's your position on the Parts Act – S. 780. **PopVox**. Disponível em: <<https://www.popvox.com/bills/us/113/s780>>. Acesso em: 20 abr. 2014.

ANEXOS

Anexo I do artigo “O conceito de consumidor pessoa jurídica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” p. 148

Anexo I

(ementário (“fichamento”) de cada acórdão produzido especialmente para esse trabalho)

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 236.130 - SP	
Data do julgamento: 03.09.2015	Relator: MIN. ANTONIO CARLOS FERREIRA
Natureza do caso: Trata-se de agravo nos próprios autos interposto contra decisão que inadmitiu o especial em virtude da incidência da Súmula n. 7 do STJ e da ausência de demonstração das violações legais apontadas no recurso.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: A agravante não trouxe nenhum argumento capaz de afastar os termos da decisão agravada, razão pela qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos. Conforme ressaltado na decisão agravada, nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte Superior, consumidor é aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Não se considera destinatário final aquele que adquire o produto para utilização em seu processo produtivo. Súmula n. 83 e 7do STJ.	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 1162649/SP; REsp 1321614/SP; AgRg no AREsp 185.221/SP; AgRg no Ag 958.160/MG.	
Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR. CONCEITO. PESSOA JURÍDICA. AQUISIÇÃO DO MATERIAL PARA CADEIA PRODUTIVA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 7 E 83 DO STJ. VULNERABILIDADE NÃO ANALISADA PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECISÃO MANTIDA.	
<ol style="list-style-type: none"> 1. A consonância entre a decisão recorrida e a jurisprudência do STJ obsta o conhecimento do recurso especial, nos termos da Súmula n. 83 do STJ. 2. Na espécie, o posicionamento adotado na decisão recorrida coincide com a orientação desta Corte Superior, no sentido de que, em regra, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. 3. O recurso especial não comporta o exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, a teor do que dispõe a Súmula n. 7 do STJ. 4. No caso concreto, o Tribunal de origem, com base nos elementos de prova dos autos, concluiu que a recorrente adquiriu os materiais da agravada para utilizá-los como insumo de sua cadeia produtiva, o que impede a caracterização de relação de consumo. Alterar esse entendimento demandaria o reexame de provas, o que é inviável em recurso especial, ante o óbice das referidas súmulas. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. 	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: QUARTA TURMA	
Observações: PJ CONSUMIDOR: Não há relação de consumo, uma vez que a agravante utilizou os materiais adquiridos como insumo de sua cadeia produtiva.	

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 492.130 - MG (2014/0065225-1)	
Data do julgamento: 19.03.2015	Relator: MIN. RAUL ARAÚJO
Natureza do caso: Trata-se de agravo regimental interposto por COMERCIAL MUNDIAL LTDA e OUTRO contra decisão monocrática que negou provimento a agravo em recurso especial sob o fundamento de que não ficou caracterizada a suscitada ofensa ao art. 535 do CPC. Afirmam que, uma vez reconhecida a aplicabilidade da legislação consumerista ao caso em comento, faz-se necessária a redução da multa contratual para o percentual de 2%, nos termos do art. 52, § 1º, da Lei 8.078/90.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: A jurisprudência da Corte está pacificada no sentido de que o conceito de destinatário final pode alcançar pessoa jurídica, desde que os bens ou serviços adquiridos não integrem a sua cadeia produtiva. Desse modo, não estando os recorridos inseridos no conceito de destinatário final do bem, o que afasta a incidência da Lei 8.078/90, não há como reduzir a multa de mora para 2%. Nega-se provimento ao agravo regimental.	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 218.505/MG; AgRg no REsp 1.386.938/DF; AgRg no Ag 900.563/PR; REsp 541.867/BA	
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA-CORRENTE FIRMADO COM PESSOA JURÍDICA. CAPITAL DE GIRO. APLICAÇÃO DO CDC AFASTADA. PRECEDENTES. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O acórdão ora embargado tratou expressamente acerca da questão suscitada, malgrado não tenha acolhido os argumentos suscitados pela recorrente, o que não inquina a decisão recorrida do vício de omissão. 2. "Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo." (REsp 218.505/MG, Relator o Min. BARROS MONTEIRO, DJ de 14/2/2000) 3. Agravo regimental a que se nega provimento.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Quarta Turma.	
Observações: PJ CONSUMIDORA: o contrato de empréstimo foi celebrado com o objetivo de incrementar a atividade-fim da pessoa jurídica contratante, não se aplicando, portanto, a esta o conceito de destinatária final.	

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 543.639 - SP	
Data do julgamento: 02.10.2014	Relator: MIN. LUIS FELIPE SALOMAO
Natureza do caso: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão pela qual se negou provimento a agravo em recurso especial. Nas razões do recurso especial, a parte recorrente apontou, além de dissídio jurisprudencial, ofensa ao disposto no art. 535 do CPC e nos arts. 6º, VII e VIII, e 51, § 1º, inciso III, ambos do CDC. Sustentou, em síntese, que o foro competente para o julgamento da ação é o da Comarca de Manaus/AM.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Tribunal a quo não reconheceu expressamente a existência de uma relação de consumo, razão pela qual se mostra insubsistente a alegação de ofensa aos artigos do CDC. Só o fato de um dos polos contratuais ser ocupado por instituição financeira não é o bastante para a caracterização de uma relação consumerista, haja vista as diversas situações reiteradamente apontadas pela jurisprudência que não se ajustam às normas do CDC, sobretudo quando na outra ponta se encontra uma pessoa jurídica empresária, como no caso em apreço. Nega-se provimento ao agravo regimental.	
Acórdãos do STJ mencionadas: Não há.	
Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. SITUAÇÃO DE CONSUMIDOR NÃO RECONHECIDA. FORO COMPETENTE.	

SITUAÇÃO DA COISA.
<p>1. Tendo em vista que o Tribunal a quo não reconheceu expressamente a existência de uma relação de consumo, mostra-se insubsistente a alegação de ofensa aos artigos do CDC, bem como inadequado o dissídio jurisprudencial apontado, haja vista que todos os acórdãos paradigmáticos estão alicerçados em bases fáticas distintas, todos eles referentes a relações jurídicas reguladas pelo CDC.</p> <p>2. O só fato de um dos polos contratuais ser ocupado por instituição financeira não é o bastante para a caracterização de uma relação consumerista, haja vista as diversas situações reiteradamente apontadas pela jurisprudência que não se ajustam às normas do CDC, sobretudo quando na outra ponta se encontra uma pessoa jurídica empresária, como no caso em apreço.</p> <p>3. Agravo regimental não provido.</p>
Voto Divergente: Não houve.
Órgão julgador: QUARTA TURMA
Observações: PJ CONSUMIDORA: O fato de um dos polos contratuais ser ocupado por instituição financeira não é o bastante para a caracterização de uma relação consumerista.

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 694.717 - RJ	
Data do julgamento: 24.11.2015	Relator: MIN. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
<p>Natureza do caso: Trata-se de agravo regimental interposto por MAN LATIN AMERICA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA. contra decisão que negou seguimento a agravo em recurso especial por considerá-lo intempestivo, diante da não comprovação do feriado local e por entender que o caso esbarrava no óbice da Súmula n. 115/STJ. A agravante alega que houve comprovação do feriado e a respectiva suspensão do prazo para interposição do recurso. Dessa forma foram reconhecidas a tempestividade do agravo em recurso especial e a correta comprovação da cadeia de substabelecimentos e procurações, sendo determinada a redistribuição dos autos.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Incidência da Súmula n. 7/STJ quanto aos arts. 186, 927, 402 e 403 do CC.</p> <p>I - Art. 535 do CPC</p> <p>A culpa foi comprovada, na medida em que incidiu ao caso a responsabilidade objetiva solidária, decorrente do art. 7º, p.u., do CDC, o que foi devidamente sustentado pela parte recorrida diante dos laudos produzidos.</p> <p>II - Art. 2º do CDC</p> <p>Há necessidade de reconhecer a condição de vulnerabilidade da pessoa física ou jurídica em relação ao fornecedor de produtos ou serviços, mesmo que não seja destinatária final do produto. Incide, pois, ao caso, a Súmula n. 83/STJ, tornando assim, inviável rever o entendimento do Tribunal de origem, que reconheceu, diante das peculiaridades do caso, a presença dos requisitos ensejadores da vulnerabilidade da parte recorrida.</p> <p>III - Arts. 334, II, do CPC, 402 e 403 do CC</p> <p>A parte recorrente não logrou êxito em comprovar a quebra da regra de garantia, na medida em que não houve prova que autorizasse a conclusão de que os reparos do veículo tivessem sido realizados fora da rede autorizada. Quanto aos lucros cessantes, concluiu a Corte de origem que os documentos produzidos comprovam que o "bem era utilizado na prestação de serviço de transporte para supermercados e desta forma, a paralisação do veículo, por certo, ocasionou perda de lucros à parte autora, devendo as rés indenizá-la nos valores que deixou de aferir face a indisponibilidade do bem".</p> <p>IV - Arts. 186 e 927 do CC</p> <p>O relator do acórdão concluiu ser fato incontroverso a ocorrência de defeito no veículo, cuja responsabilidade recai sobre a recorrente. Ademais, os laudos comprovaram a inexistência de qualquer excludente de responsabilidade, motivo pelo qual, nos termos da legislação consumerista, deve a parte recorrente indenizar a recorrida.</p> <p>- Nega-se provimento.</p>	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp n. 716.877/SP; AgRg no AREsp n. 426.563/PR; AgRg no REsp	

n. 1.149.195/PR.
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. INCIDÊNCIA DO CDC. DESTINATÁRIO FINAL. SÚMULA N. 83 E 7/STJ. QUEBRA DA REGRA DE GARANTIA. LUCROS CESSANTES. OCORRÊNCIA DE ATO ILÍCITO. SÚMULA N. 7/STJ
1. Não viola o art. 535 do CPC o acórdão que, integrado pelo julgado proferido nos embargos de declaração, dirime, de forma expressa, congruente e motivada, as questões suscitadas nas razões recursais.
2. É possível a aplicação das normas de proteção ao consumidor à pessoa física ou jurídica que, mesmo não sendo destinatária final do produto ou serviço, tenha reconhecida sua situação de vulnerabilidade.
3. A condição de vulnerabilidade firmada a partir dos elementos de convicção constantes dos autos não pode ser revista em sede de recurso especial por demandar a necessária incursão ao acervo fático-probatório dos autos.
4. Inviável rever o entendimento firmado pela instância de origem se sua análise reclamar a revisão do conjunto instrutório dos autos.
5. Agravo regimental desprovido.
Voto Divergente: Não houve
Órgão julgador: TERCEIRA TURMA.
Observações: PJ CONSUMIDORA: Reconhecida a condição de consumidor, pois mesmo não sendo destinatária final do produto, é provada a situação de vulnerabilidade.

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 735.249 - SC	
Data do julgamento: 15.12.2015	Relator: MIN. RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA
Natureza do caso: Trata-se de agravo regimental interposto por COPEX IMPORTACAO E COMERCIO LTDA. a agravante traz detalhado resumo da controvérsia e aduz que, ao contrário do que concluiu a decisão impugnada, não há relação de consumo, devendo ser mantida a cláusula de foro de eleição. Reitera, ainda, que a pessoa jurídica agravada utiliza o bem adquirido na sua atividade produtiva, circunstância que impede o acolhimento da relação de consumo, sob pena de violação da teoria finalista.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Se aplica o Código de Defesa do Consumidor, em razão da vulnerabilidade das agravadas, “Ambas as prestadoras de serviço demandantes, nem ao menos possuem sítio eletrônico, o que se denota sua hipossuficiência em relação às demandadas.” O STJ, utilizando o conceito de consumidor por equiparação, previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado.	
Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no AREsp 426.563/PR; REsp 1027165/ES; AgRg no AREsp 676.025/RJ; (AgRg no AREsp 520.340/PR.	
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO E REPARAÇÃO DE DANOS. AQUISIÇÃO DE CONCHABRITADORA. HIPOSSUFICIÊNCIA E DESPROPORÇÃO DE FORÇAS ENTRE AS PARTES. RECONHECIMENTO NA ORIGEM. INVERSÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO AO REEXAME PROBATÓRIO. ENUNCIADO Nº 7 DA SÚMULA DO STJ. INCIDÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. COMPETÊNCIA DO FORO DO DOMICÍLIO DO CONSUMIDOR. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE.	
1. A pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora (art. 29 do CDC), por ostentar, frente ao fornecedor, alguma vulnerabilidade que, frise-se, é o princípio-motor da política nacional das relações de consumo (art. 4º, I, do CDC). Aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, processo denominado pela doutrina como finalismo aprofundado - Precedentes.	
2. Consignada no acórdão a hipossuficiência e a desproporção de forças entre as partes, fica evidenciada a existência de relação de consumo, exigindo a inversão do julgado o vedado reexame do acervo fático-	

<p>probatório. Incidência do enunciado nº 7 da Súmula do STJ, óbice aplicável por ambas as alíneas do inc. III do art. 105 da Constituição Federal.</p> <p>3. No caso, o foro do domicílio do consumidor é o competente para a discussão judicial das questões a ele vinculadas, pois evita a imposição dos ônus a que ficaria obrigado com o deslocamento para demandar no foro de eleição.</p> <p>4. Agravo regimental não provido.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve</p>
<p>Órgão julgador: TERCEIRA TURMA</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: Fica consignada no acórdão a hipossuficiência e a desproporção de forças entre as partes, portanto, evidenciada a existência de relação de consumo.</p>

<p>RECURSO ESPECIAL Nº 1.176.019 - RS</p>	
<p>Data do julgamento: 20.10.2015</p>	<p>Relator: LUIS FELIPE SALOMÃO</p>
<p>Natureza do caso: Ação ressarcitória em face de Itaú Seguros S.A. postulando, em regresso, o reembolso dos valores pagos em razão de sentença condenatória proferida nos autos de ação indenizatória. Foi interposto recurso especial no qual se alega violação aos arts. 2º e 51, caput e incs. I, IV, § 1º, II, III, do CDC e 421 e 424 do CC, além de dissídio jurisprudencial. A autora sustenta que se enquadra no conceito de consumidor, uma vez que é destinatária final do contrato de seguro.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O art. 2º do CDC abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, não havendo, portanto, critério pessoal de definição de tal conceito. No caso em questão, o relevante foi saber se a pessoa, física ou jurídica, é "destinatária final" do produto ou serviço. Essa análise, é obtida mediante aplicação da teoria finalista, pela qual, num viés restritivo, considera como consumidor final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço (aquele que retira o bem do mercado de consumo e encerra a cadeia de produção e encerrando sua função econômica, para satisfação de interesse próprio). No caso posto em julgamento, a autora - pessoa jurídica atuante no ramo de transporte rodoviário de cargas - contratou os serviços securitários da ré, ora recorrida, com o escopo de proteger sua frota de veículos e contra danos causados a terceiros. Para Flávio Tartuce, o contrato de transporte é aquele pelo qual "alguém se obriga, mediante uma determinada remuneração, a transportar de um local para outro pessoas ou coisas, por meio terrestre (rodoviário e ferroviário), aquático (marítimo, fluvial e lacustre) ou aéreo" (TARTUCE, Flávio. Direito civil - teoria geral dos contratos e contratos em espécie. Rio de Janeiro: Forense - São Paulo: Método, p. 632). Ademais, o transporte rodoviário de cargas, realizado em vias públicas e dentro do território nacional, por conta de terceiros e mediante remuneração, tem regulamentação específica na Lei n. 11.442/2007. A própria lei também faz a distinção entre seguro referente à carga transportada e o seguro contra danos a terceiros, aspectos essenciais ao deslinde da questão. Dessa forma, a atividade do transportador se inclui na teoria do risco-proveito, segundo a qual, nos dizeres de Conceição de Maria Freire Leite, "o transportador auferir um grande benefício, o lucro, para operar um serviço cujo risco é única e exclusivamente seu, posto que o exercício da atividade econômica de transporte [...] naturalmente enseja riscos para a sociedade, para o meio ambiente, e para terceiro, se o conteúdo da carga for pertencente a um terceiro-consumidor" (LEITE, Conceição de Maria Freire. Responsabilidade civil no transporte rodoviário de coisas. Curitiba: Juruá, 2012, p. 128-129). Assim, a segunda hipótese, que trata de seguro contra danos a terceiros e para a proteção de sua frota, a transportadora ocupa posição jurídica de destinatária final do seguro. O serviço, em realidade, tem destinação pessoal para a contratante e não para os seus clientes, circunstância que caracteriza, de fato, a recorrente como consumidora. Portanto deve-se partir da premissa de ser a parte recorrente, consumidora, uma vez que é destinatária final dos serviços oferecidos pela recorrida e, por tal razão, "afigura-se legítima a recusa da ré em pagar o valor postulado da inicial". Nega-se provimento ao recurso especial, mantendo o acórdão por fundamento diverso.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no AREsp 399.977/SP; REsp 541.867/BA; REsp 1195642/RJ; REsp 963.852/PR; RMS 27.512/BA</p>	
<p>Ementa: RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REGRESSIVA. SEGURO. PESSOA JURÍDICA. TRANSPORTADORA QUE CONTRATA SEGURO PARA PROTEÇÃO DE SUA FROTA E</p>	

CONTRA DANOS CAUSADOS A TERCEIROS. DESTINATÁRIA FINAL DO PRODUTO. APLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NECESSIDADE DE ANÁLISE CONJUNTA DO CRITÉRIO DA VULNERABILIDADE. CLÁUSULA LIMITATIVA DE COBERTURA. CASO CONCRETO. VALIDADE. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O art. 2º do Código de Defesa do Consumidor abarca expressamente a possibilidade de as pessoas jurídicas figurarem como consumidores, não havendo, portanto, critério pessoal de definição de tal conceito.
2. A caracterização do consumidor deve partir da premissa de ser a pessoa jurídica destinatária final do produto ou serviço, sem deixar de ser apreciada a questão da vulnerabilidade.
3. É sempre a situação do caso em concreto que será hábil a demonstrar se existe ou não relação de consumo, sendo o emprego final do produto determinante para conferir à pessoa jurídica a qualidade de consumidora, tendo como parâmetro, além da utilização de insumo imprescindível à atividade, também a sua vulnerabilidade.
4. Se o transportador contrata seguro visando à proteção da carga pertencente a terceiro, em regra, não pode ser considerado consumidor, uma vez que utiliza os serviços securitários como instrumento dentro do processo de prestação de serviços e com a finalidade lucrativa.
5. O transportador que contrata seguro objetivando a proteção de sua frota veicular ou contra danos causados a terceiros, em regra, enquadra-se no conceito de consumidor, pois é destinatário final do produto.
6. A moldura fática entregue pelo Tribunal permite concluir que o esclarecimento contido no contrato acerca da abrangência da cobertura securitária satisfaz o comando normativo segundo o qual as cláusulas limitadoras devem ser claras aos olhos dos seus destinatários.
7. A análise mais aprofundada de cláusulas contratuais, fora dos parâmetros fixados na sentença de piso e pelo Tribunal de origem, encontra óbice nos enunciados das Súmulas 5 e 7/STJ.
8. A recorrente não cumpriu o disposto no § 2º do art. 255 do RISTJ, pois a demonstração da divergência não se satisfaz com a simples transcrição de ementas, mas com o confronto entre trechos do acórdão recorrido e das decisões apontadas como divergentes, mencionando-se as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.
9. Recurso especial não provido.

Voto Divergente: Não houve

Órgão julgador: QUARTA TURMA

Observações: PJ CONSUMIDORA: A empresa transportadora é consumidora em relação à contratação do seguro, quando esse for relativo à proteção de sua frota. No entanto, quando a proteção recai sobre o produto transportado, não há relação de consumo com o segurador.

REsp 1.203.109

Data do julgamento: 05.05.2015

Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze Oliveira

Natureza do caso: Cuida-se de recurso especial interposto por Telefônica Brasil S.A. com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional. Compulsando os autos, verifica-se que a recorrente propôs ação de cobrança de multa contratual contra Leonardo Rodrigo Seabra Pedrosa – Microempresa, em razão do descumprimento da cláusula de exclusividade firmada com vigência de 6 (seis) meses após a extinção do vínculo contratual. No recurso especial, alega-se violação dos arts. 422 do CC/02; 128 do CPC; e 51, IV, do CDC; bem como dissídio jurisprudencial.

Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Da leitura da sentença e acórdão fica evidente a existência da cláusula, bem como sua interpretação inequívoca. Da mesma forma, é incontroverso nos autos o descumprimento por parte do recorrido da condição estabelecida pela referida cláusula. Assim, a lide posta encontra-se jungida ao debate acerca da validade e proporcionalidade da limitação contratual imposta ao parceiro recorrido, questão estritamente de direito.

1. Julgamento extra petita. Alegação de violação do art. 128 do CPC.

Não houve por qualquer das partes a menção ou a pretensão de aplicação do CDC à hipótese dos autos.

No entanto, quanto à causa de pedir, o direito brasileiro adotou a teoria da substanciação, de modo a vincular a atividade jurisdicional aos fatos narrados na inicial, permitindo por consequência a aplicação da lei que entender adequada à resolução da lide, mesmo que não apontada pelo autor.

2. Nulidade da cláusula contratual. Alegação de violação do art. 422 do CC e 51 do CDC.

O debate refere-se à relação comercial desenvolvida em típico contrato de parceria com o objetivo de colocar no mercado bens e serviços à disposição de terceiros, esses sim consumidores. Assim, a despeito da flexibilização da teoria finalista (ou subjetiva), nos termos do precedente mencionado em fundamentação ao acórdão (REsp n. 476.428/SC, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 09/05/2005, p. 390), por meio da qual se admitiu excepcionalmente a qualidade de consumidor a pessoas jurídicas, as circunstâncias fáticas delineadas nestes autos não dão suporte à sua aplicação.

Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem passou ao largo da necessidade de justificativa para abrandamento da aplicação da teoria finalista. Segundo o acórdão recorrido, o fato tão somente de haver cláusula abusiva no contrato já seria suficiente para fazer incidir o CDC. E, nesse ponto, o acórdão chega a tangenciar a teratologia, diante da circularidade do argumento – aplica-se o CDC porque há abusividade de cláusula contratual, e há abusividade da cláusula porque incide o CDC. Por consequência, não sendo o recorrido o destinatário final econômico dos bens transacionados entre as partes, não seria aplicável a legislação consumerista, mas o Código Civil, por onde a relação se estabeleceu e desenrolou validamente entre as partes contratantes.

O contrato firmado entre as partes pode ser enquadrado no âmbito dos contratos de intermediação, aproximando-se sobremaneira dos típicos contratos de representação ou agência, nos termos do art. 710 do CC. Em decorrência desse ajuste eminentemente associativo, determina o mesmo Código, o dever de ambas as partes de não estabelecerem entre si concorrência. É o que se depreende do art. 711. O potencial lesivo é facilmente perceptível, porquanto a continuidade do exercício da atividade de intermediação no mesmo endereço, porém sob novo contrato de intermediação com empresa concorrente, implicaria o acesso aos clientes que eventualmente se dirigissem ao estabelecimento por saber que ali funcionava um ponto de atendimento da recorrente, facilitando sua captação agora para a nova empresa representada. Recurso especial conhecido, a fim de dar-lhe provimento e restabelecer integralmente a sentença.

Acórdãos do STJ mencionadas: REsp n. 1.089.570/SP; REsp 1130307/RJ.

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CONTRATO EMPRESARIAL ASSOCIATIVO. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. AFASTADA. PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. TEORIA DA SUBSTANCIAÇÃO. JULGAMENTO EXTRA PETITA. NÃO CARACTERIZADO. EXTINÇÃO DO VÍNCULO CONTRATUAL. CLÁUSULA DE NÃO CONCORRÊNCIA. LIMITE TEMPORAL E ESPACIAL. ABUSIVIDADE. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Demanda em que se debate a validade e eficácia de cláusula contratual de não-concorrência, inserida em contrato comercial eminentemente associativo.

2. A aplicação do direito ao caso concreto, ainda que com fundamentos jurídicos diversos, não caracteriza julgamento extra petita.

3. Pela teoria finalista, só pode ser considerado consumidor aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

4. A jurisprudência do STJ admite a flexibilização da teoria finalista, em caráter excepcional, desde que demonstrada situação de vulnerabilidade de uma das partes, o que não se vislumbra no caso dos autos.

5. A funcionalização dos contratos, positivada no art. 421 do Código Civil, impõe aos contratantes o dever de conduta proba que se estende para além da vigência contratual, vinculando as partes ao atendimento da finalidade contratada de forma plena.

6. São válidas as cláusulas contratuais de não-concorrência, desde que limitadas espacial e temporalmente, porquanto adequadas à proteção da concorrência e dos efeitos danosos decorrentes de potencial desvio de clientela - valores jurídicos reconhecidos constitucionalmente.

7. Recurso especial provido.

Voto Divergente: Não houve.

Órgão julgador: TERCEIRA TURMA

Observações: PJ CONSUMIDORA: A abusividade de cláusula contratual não é suficiente para caracterizar a relação de consumo.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.299.116 - SP	
Data do julgamento: 01.03.2016	Relator: MIN. MARCO BUZZI
Natureza do caso: Cuida-se de agravo regimental interposto por IBÉRICA CENTRO DE DIAGNÓSTICOS S/C LTDA contra decisão monocrática que conheceu parcialmente do agravo de instrumento interposto pela GENERAL ELECTRICA DO BRASIL S/A e, nessa extensão, deu-lhe provimento para, afastando a incidência do CDC à hipótese em exame.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Merece reforma o v. acórdão recorrido, porque, como a pessoa jurídica não ostenta a condição de consumidora final - na hipótese, cuida-se de um laboratório clínico que adquiriu os produtos para insumo de sua atividade comercial (fl. 23 da inicial) - nem se apresenta em situação de vulnerabilidade, não incidem as regras do Direito do Consumidor. nega-se provimento ao agravo regimental.	
Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no AREsp 133253/SP; AgRg no AREsp 560463/GO; AgRg no REsp 1331112/SP; EDcl no AREsp n. 265.845/SP; REsp 1417293/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe de 02/09/2014; EDcl no Ag n. 1.371.143/PR, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 17/4/2013; REsp n. 1.297.956/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 27/2/2013.	
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - BEM MÓVEL. INDENIZAÇÃO. PLEITO DE EXCLUSÃO DA CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEFEITO DE FABRICAÇÃO - DELIBERAÇÃO MONOCRÁTICA CONFERINDO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. IRRESIGNAÇÃO DA AUTORA. 1. Consoante precedentes desta eg. Corte Superior, se a pessoa jurídica não ostenta a condição de consumidora final - na hipótese, cuida-se de um laboratório clínico que adquiriu os produtos para insumo de sua atividade comercial (fl. 23 da inicial) - nem se apresenta em situação de vulnerabilidade, não incidem as regras do Direito do Consumidor. Precedentes do STJ: AgRg no AREsp 133253/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe de 09/10/2014; AgRg no AREsp 560463/GO, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, DJe de 23/09/2014; REsp 1417293/PR, Rel. Min. Nancy Andrichi, DJe de 02/09/2014; EDcl no Ag n. 1.371.143/PR, Rel. Min. Raul Araújo, DJe de 17/4/2013; REsp n. 1.297.956/RJ, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, DJe de 27/2/2013. 2. Agravo regimental desprovido.	
Voto Divergente: Não há	
Órgão julgador: QUARTA TURMA	
Observações: PJ CONSUMIDORA: Não há relação de consumo na medida em que o laboratório não é considerado consumidor final do produto.	

AgRg nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.331.112 - SP	
Data do julgamento: 03.12.2014	Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN
Natureza do caso: A agravante sustenta, em síntese, que a divergência se encontra demonstrada, sobretudo porque "em face dos serviços conceituados como essenciais sempre haverá vulnerabilidade, e, assim, seja o destinatário do serviço, intermediário ou finalista, é de aplicar-se a legislação protetora do consumidor.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Não há divergência entre os acórdãos comparados, pois todos aplicam a teoria finalista mitigada, que admite a incidência do CDC, ainda que a pessoa, física ou jurídica, não seja tecnicamente destinatária final do produto ou do serviço, quando esteja em situação de vulnerabilidade diante do fornecedor. Nega-se provimento ao Agravo Regimental.	
Acórdãos do STJ mencionadas: EAgr 1.298.040/RS	
Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CONCEITO DE CONSUMIDOR. INCIDÊNCIA DO CDC. PESSOA JURÍDICA. FINALISMO MITIGADO. VULNERABILIDADE.	

AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS.	
<p>1. Hipótese em que, em verdade, não há divergência entre os acórdãos comparados, pois todos aplicam a teoria finalista mitigada, que admite a incidência do CDC, ainda que a pessoa física ou jurídica não sejam tecnicamente destinatárias finais do produto ou do serviço, quando estejam em situação de vulnerabilidade diante do fornecedor.</p> <p>2. Entretanto, no acórdão embargado, a Primeira Turma afirmou que a hipótese é de "ausência de demonstração de vulnerabilidade" da pessoa jurídica agravante (fls. 1.446-1.447). A reforma dessa conclusão pressupõe novo julgamento do Recurso Especial, com análise detida do acórdão recorrido, o que não pode ser obtido por esta via.</p> <p>3. Haveria divergência se os paradigmas indicados afirmassem que, para a incidência do regime protetivo do CDC, seria dispensável a análise da situação de vulnerabilidade da pessoa jurídica sempre que se tratar de serviço público essencial. Em nenhum deles, contudo, está assentada essa tese.</p> <p>4. Agravo Regimental não provido.</p>	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: CORTE ESPECIAL	

RECURSO ESPECIAL Nº 1.473.828 - RJ	
Data do julgamento: 06.10.2015	Relator: Ministro MOURA RIBEIRO
<p>Natureza do caso: Trata-se de recurso especial interposto por SUL AMÉRICA COMPANHIA NACIONAL DE SEGUROS com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que julgando em conjunto a ação de cobrança contra ela movida e a consignatória que manejou contra a ora recorrida SCOPO, negou provimento aos recursos de apelação por aquela interpostos nos dois processos. A seguradora alega violação dos arts. 458, II e 535, II, ambos do CPC; arts. 113, 422, 765, 781 e 884, todos do CC/02 e arts. 2º, 3º, e 51, estes do CDC.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: -Do afastamento das normas do CDC: Em relação ao argumento de que deve ser afastada a incidência do CDC ao caso, há que se ressaltar que a relação estabelecida entre a segurada e a seguradora é sim, de consumo. No caso em questão a segurada foi a destinatária final do seguro fornecido pela seguradora na medida em que este não integra a cadeia produtiva daquela, ou seja, não se torna objeto de revenda ou de transformação por meio de beneficiamento ou montagem, uma vez que a finalidade do ajuste é unicamente de proteção do próprio patrimônio.</p> <p>- Da necessidade da indenização reparar somente aquilo que foi realmente perdido pelo segurado: Apesar da ocorrência da perda total, para fins de pagamento da indenização, deve ser observado o efetivo prejuízo suportado pela segurada. Com o CC/02, passou a ser observado, para os casos de pagamento de indenização em seguro de dano, o chamado princípio indenitário previsto pelo seu art. 781, que é claro ao dispor que "a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro, e, em hipótese alguma, o limite máximo da garantia fixado na apólice, salvo em caso de mora do segurador." Ou seja, a quantia atribuída ao bem segurado no momento da contratação é considerada, salvo expressa disposição em sentido contrário, como o valor máximo a ser indenizado. Foi dado PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso.</p>	
Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no AREsp 370.396/ES; REsp 1352419/SP; REsp 32.557/SP	
<p>Ementa: PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE COBRANÇA. INDENIZAÇÃO. SEGURO EMPRESARIAL. INCÊNDIO. PERDA TOTAL. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS ELENCADOS NO ART. 535 DO CPC. INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS QUE CONCLUÍRAM QUE O SINISTRO OCASIONOU A PERDA TOTAL DOS BENS SEGURADOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DO PLEITO DE MODIFICAÇÃO DA EXTENSÃO DO DANO. REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7 DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DO CDC AO CASO CONCRETO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INDENIZAÇÃO QUE DEVE CORRESPONDER AO VALOR DO EFETIVO PREJUÍZO NO MOMENTO DO SINISTRO. APLICAÇÃO DO ART. 781 DO CC/02. SUCUMBÊNCIA FIXADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.</p>	
<p>1. Não há violação do disposto no art. 535 do CPC quando o aresto recorrido adota fundamentação</p>	

<p>suficiente para dirimir a controvérsia, sendo desnecessária a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados, até poque o pleito de que os danos suportados pela segurada foram parciais demanda inevitável revolvimento do arcabouço fático-probatório, o que é vedado em sede de recurso especial nos termos da Súmula nº 7 desta Corte, mormente em face da conclusão judicial de perda total dos bens segurados.</p> <p>2. A pessoa jurídica que firma contrato de seguro visando a proteção de seu próprio patrimônio é considerada destinatária final dos serviços securitários, incidindo, assim, em seu favor, as normas do Código de Defesa do Consumidor.</p> <p>3. Nos termos do art. 781 do CC/02, a indenização não pode ultrapassar o valor do interesse segurado no momento do sinistro.Ou seja, a quantia atribuída ao bem segurado no momento da contratação é considerada, salvo expressa disposição em sentido contrário, como o valor máximo a ser indenizado ao segurado.</p> <p>4. Levando em consideração o real prejuízo no momento do sinistro segundo os valores de mercado dos bens (maquinário e imóvel) e os apurados pelos peritos judiciais, deve a indenização ser fixada em R\$ 1.364.626,33, corrigidos monetariamente desde o evento danoso e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês, a partir da citação, até o pagamento, nos termos do art. 406 do CC/02.</p> <p>5. Recurso parcialmente provido.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: há relação de consumo pois ficou provado a parte como destinatária-final do seguro fornecido.</p>

<p>AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.541.849 - DF</p>	
<p>Data do julgamento: 15.10.2015</p>	<p>Relator: Ministro RAUL ARAÚJO</p>
<p>Natureza do caso: Trata-se de agravo interno interposto por GOLDEN CROSS ASSISTÊNCIA INTERNACIONAL DE SAÚDE LTDA contra decisão monocrática da lavra deste Relator que negou provimento ao recurso especial por ela interposto. Nas razões recursais, alega ofensa aos seguintes dispositivos: 1) arts. 2º e 3º do CDC, uma vez que seria incabível a aplicação do CDC ao caso dos autos, por não se enquadrar a recorrida na condição de consumidora; 2) art. 13, parágrafo único, e art. 16 da Lei 9.656/98, defendendo que a decisão recorrida não indica de que forma a conduta da agravada teria ido em contrariedade aos princípios da boa-fé e razoabilidade. Defende que o art. 13, parágrafo único, II, da Lei 9.656/98 só tem aplicação aos contratos individuais e que a conduta da Golden Cross foi perfeitamente lícita, pois obedeceu fielmente a todas as exigências legais e contratuais para denunciar o contrato unilateralmente.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Primeiramente, manifestou-se, o Tribunal de Origem quando a incidência do CDC: "Evidente se tratar de relação de consumo entre fornecedor e consumidor, para fornecimento de serviço de saúde, nos termos dos artigos 2º e 3º da Lei Nº 8.078/90". No caso em questão, se tratando de contrato entre operadora de plano de saúde e empresa em benefício de seus empregados, não seria aplicável o CDC. Contudo, o caso dos autos possui algumas peculiaridades, no que se vê o acórdão recorrido: "O contrato com o plano de saúde reúne somente três usuários de uma família e dois deles estão submetidos a tratamento médico-hospitalar permanente de doença grave." Diante de tal realidade, o Tribunal de origem consignou que a recorrida, embora se trate de pessoa jurídica, por sua hipossuficiência, está enquadrada na figura de consumidor.</p> <p>O acórdão recorrido, além de concluir pela ilegalidade da não renovação do contrato com base na aplicação do art. 13 da Lei 9.656/98, adotou como fundamento também o fato de estarem dois dos três beneficiários do plano submetidos a tratamento médico-hospitalar, razão pela qual não poderia haver descontinuidade do tratamento, por observância dos princípios constitucionais da boa-fé, da função social do contrato e da razoabilidade, in verbis. Nega-se provimento ao agravo interno.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 1.102.848/SP; REsp1.417.293/PR; AgRg no AREsp 539.288/SP; AgRg nos EDcl no REsp 1.315.587/SP; AgRg no REsp 1.457.539/SP; REsp 889.406/RJ; AgRg no AREsp 293.137/MS; AgRg no AREsp 69.414/SP</p>	

<p>Ementa: AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. PLANO DE SAÚDE. CONTRATO COLETIVO QUE BENEFICIA APENAS FAMÍLIA DO SÓCIO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. BENEFICIÁRIOS ACOMETIDOS DE DOENÇAS GRAVES. RESCISÃO UNILATERAL DO CONTRATO. IMPOSSIBILIDADE. QUEBRA DA BOA-FÉ OBJETIVA, OFENSA À FUNÇÃO SOCIAL DO CONTRATO E AO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.</p> <p>1. O STJ excepcionalmente admite a incidência do CDC nos contratos celebrados entre pessoas jurídicas, quando evidente que uma delas, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, apresenta-se em situação de vulnerabilidade em relação à outra.</p> <p>2. No caso dos autos, embora se trate de contrato firmado por pessoa jurídica, o contrato coletivo de plano de saúde possui como beneficiários apenas três pessoas, familiares do sócio, estando demonstrada sua hipossuficiência, que justifica seu enquadramento na figura de consumidor.</p> <p>3. A ausência de impugnação dos fundamentos do aresto recorrido enseja o não conhecimento do recurso, incidindo, por analogia, o enunciado das Súmulas 283 e 284 do Supremo Tribunal Federal.</p> <p>4. "É inadmissível recurso especial, quando o acórdão recorrido assenta em fundamentos constitucional e infraconstitucional, qualquer deles suficiente, por si só, para mantê-lo, e a parte vencida não manifesta recurso extraordinário" (Súmula 126/STJ).</p> <p>5. Agravo interno não provido.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve</p>
<p>Órgão julgador: QUARTA TURMA</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: Nos casos onde há contrato entre operadora de plano de saúde e empresa em benefício de seus empregados, não é aplicável o CDC. No entanto, no presente caso há relação de consumo devido a hipossuficiência de uma das partes em relação a outra.</p>

<p>AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.321.083 - PR</p>	
<p>Data do julgamento: 09.09.2014</p>	<p>Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO</p>
<p>Natureza do caso: Trata-se de agravo regimental interposto por LÍDER TÁXI AÉREO S/A - AIR BRASIL, a parte agravante reitera a alegação de inexistência de relação de consumo.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ, adotando o conceito de consumidor da teoria finalista mitigada, considera que a pessoa jurídica pode ser consumidora quando adquirir o produto ou serviço como destinatária final, utilizando-o para atender a uma necessidade sua, não de seus clientes. No presente caso, conforme restou consignado no acórdão recorrido, a aeronave foi adquirida para atender a uma necessidade da própria pessoa jurídica (deslocamento de sócios e funcionários), portanto, há a relação de consumo.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 1.195.642/R, REsp733.560/RJ</p>	
<p>Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CIVIL. DIREITO DO CONSUMIDOR. COMPRA DE AERONAVE POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE IMÓVEIS. AQUISIÇÃO COMO DESTINATÁRIA FINAL. EXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO.</p> <p>1. Controvérsia acerca da existência de relação de consumo na aquisição de aeronave por empresa administradora de imóveis.</p> <p>2. Produto adquirido para atender a uma necessidade própria da pessoa jurídica, não se incorporando ao serviço prestado aos clientes.</p> <p>3. Existência de relação de consumo, à luz da teoria finalista mitigada. Precedentes.</p> <p>4. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.</p>	
<p>Voto Divergente: Não há (Voto-Vista de acordo com o voto do relator)</p>	
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>	
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: Há nesse caso relação de consumo, uma vez que a empresa foi o destinatário final do bem adquirido.</p>	

RECURSO ESPECIAL Nº 963.852 - PR	
Data do julgamento: 21.08.2014	Relator: MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA
<p>Natureza do caso: Trata-se, na origem, de ação monitória proposta por EXPORT-IMPORT BANK OF DE UNITED STATES – EXIMBANK, ora recorrido, contra MARTIAÇO INDÚSTRIA DE ARTEFATOS METÁLICOS LTDA., MAURO MARTINS, MARCOS MARTINS e MARCELO MARTINS, ora recorrentes, tendo o Juiz de Direito julgado improcedentes os respectivos "embargos à ação monitória, para constituir em título executivo judicial o contrato de crédito a prazo fixo de fls. 12/47 e respectiva nota promissória, nos termos do art. 1102c, § 3º, do CPC, para pagamento de importância monetária. Os recorrentes alegam que "o contrato de financiamento para aquisição do maquinário importado foi firmado entre as partes por provocação da empresa Recorrente, interessada em adquirir o referido bem móvel, no desenvolvimento de suas atividades comerciais". Por outro lado, "embora o contrato tenha sido firmado nos Estados Unidos da América, a legislação civil brasileira expressamente determina que se apliquem as leis do país onde se constituiu a obrigação e que esta se considera constituída no local em que residir o proponente, conforme consignado no artigo 9º, parágrafo segundo, da Lei de Introdução ao Código Civil", ora violado. Além disso, o D. Tribunal recorrido manifestou-se sobre a eventualidade de se acolher as normas impositivas do CDC, entendendo que a relação contratual questionada não se subsume as regras previstas neste diploma legal.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O recurso especial não merece acolhimento.</p> <p>1) ARTS. 9º, § 6º, E 17 da LINDBB: Segundo os recorrentes, aplica-se ao contrato a legislação brasileira, no caso o CDC. No entanto, conforme extraído do acórdão recorrido, o que se tem é que o contrato de financiamento foi celebrado nos Estados Unidos da América e a importância respectiva seria repassada diretamente à empresa estrangeira exportadora do equipamento para o Brasil, ou seja, o contrato de financiamento foi celebrado no exterior e para lá ser cumprido. Inexistindo esclarecimentos a respeito de como e onde foram realizadas as tratativas iniciais, não há como afastar a conclusão de que a proposta e as negociações foram igualmente apresentadas e concluídas no exterior, onde finalizado o contrato, ocorrerá a aplicação da legislação estrangeira, aliás, na forma imposta no próprio contrato. Com isso, na melhor interpretação do art. 9º, § 2º, da LICC, não há como deixar de aplicar a legislação estrangeira na relação contratual, estando evidente que a cláusula contratual que impôs a incidência das leis de Nova York apenas confirmou a orientação contida no referido diploma legal, sendo irrelevante discutir se pode, ou não, a parte abrir mão, contratualmente, da legislação brasileira.</p> <p>2) ART. 3º, PARÁGRAFO 2º, DA LEI Nº 8.078/90: Os recorrentes alegam que, "ainda que não se vislumbrasse a vinculação do maquinário ao contrato de concessão de crédito, o V. Acórdão recorrido também negou vigência ao artigo 3º, parágrafo 2º, da Lei nº 8.078/90, pois o D. Juízo 'a quo' reconheceu que os serviços foram prestados por Instituição Financeira, que se enquadra no conceito de fornecedora. No caso em questão, a relação contratual é disciplinada pela legislação norte-americana. Em segundo lugar, não se está diante de uma relação de consumo, tendo em vista que os recorrentes não são considerados consumidores. O STJ tem afastado a lei protetiva nos casos de financiamento bancário ou de aplicação financeira com o propósito de ampliar capital de giro e de fomentar a atividade empresarial. É que o capital obtido da instituição financeira, evidentemente, destina-se, apenas, a fomentar a atividade industrial, comercial ou de serviços e, com isso, incrementar os negócios e o lucro recorrente. A empresa obteve financiamento internacional para a aquisição de equipamento denominado "Laser para Corte de Metal", objetivando fomentar a sua atividade industrial. Tal situação, na linha da jurisprudência referida, afasta a incidência do CDC. Além disso, a teoria finalista mitigada não pode ser aplicada no presente caso, pois, uma indústria que adquire e importa equipamento com valor superior a US\$ 261.485,00 (duzentos e sessenta e um mil, quatrocentos e oitenta e cinco dólares americanos) não revela vulnerabilidade ou hipossuficiência, na forma da jurisprudência do STJ, para efeito de conceder-lhe os mesmos benefícios previstos no CDC em favor, do consumidor.</p> <p>3) ARTS. 1º DO CDC, 5º, XXXII E LV, E 170, V, DA CF: art. 1º do CDC, não é aplicável na presente demanda pelas razões já expostas – incidência da legislação estrangeira e descaracterização de relação de consumo.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no AREsp n. 386.182/AP; AgRg no AREsp n. 71.538/SP; AgRg</p>	

no REsp n. 1.193.293/SP; REsp n. 938.979/DF; Edcl no REsp n. 1.171.343/DF; AgRg no AREsp n. 328.043/GO; Edcl no AREsp n. 265.845/S; AgRg no REsp n. 1.149.195/PR; Edcl no Ag n. 1.371.143/PR; REsp n. 423.680/PR; REsp n. 694.791/RS

Ementa: DIREITO CIVIL. LICC. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA. OBRIGAÇÃO DECORRENTE DE CONTRATO DE FINANCIAMENTO BANCÁRIO DESTINADO A IMPORTAÇÃO DE EQUIPAMENTO INDUSTRIAL. CDC AFASTADO. ART. 535 DO CPC. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. DISPOSITIVO INAPLICÁVEL E IMPERTINENTE. TAXA DE JUROS. LIMITAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE EM RECURSO ESPECIAL.

1. A norma do art. 9º, § 2º, da LICC (atual Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), não se refere a domicílio, mas a simples "residência", revelando caráter temporário, vinculado ao local onde se encontrava o proponente no momento de propor a realização do negócio jurídico.

2. No caso concreto, conforme consta do acórdão recorrido, o que se tem é que o contrato de financiamento foi celebrado nos Estados Unidos da América e a importância respectiva seria repassada pela instituição bancária estrangeira diretamente à empresa americana exportadora do equipamento, da qual a empresa nacional recorrente adquiriu o equipamento de corte de metais. Ou seja, o contrato de financiamento foi celebrado no exterior e lá deveria ser cumprido, inexistindo esclarecimentos a respeito de como e onde foram realizadas as tratativas iniciais. Com isso, presume-se que a proposta foi realizada também no exterior e, na melhor interpretação do art. 9º, § 2º, da LICC, não há como deixar de aplicar a legislação estrangeira na relação contratual examinada nestes autos, ficando afastada a incidência do CDC.

3. A propósito da tese de que o contrato vincularia o mutuante ao produto defeituoso, os recorrentes não apontam qual artigo de lei federal teria sido violado, cingindo-se a concluir que o Tribunal de origem decidiu de forma contrária aos "termos do próprio contrato" e da "carta de crédito emitida pela Instituição Financeira". Nessa parte, incide as vedações contidas nos enunciados n. 284 da Súmula do STF e 5 e 7 da Súmula do STJ.

4. Ademais, segundo orientação desta Corte Superior, não incide o CDC por ausência da figura do consumidor (art. 2º do CDC) nos casos de financiamento bancário ou de aplicação financeira com o propósito de ampliar capital de giro e a atividade empresarial. É que o capital obtido da instituição financeira destina-se, apenas, a fomentar a atividade industrial, comercial ou de serviços e, com isso, incrementar os negócios e o lucro.

5. A indústria que adquire e importa equipamento com valor superior a US\$ 261.485,00 (duzentos e sessenta e um mil, quatrocentos e oitenta e cinco dólares americanos) não revela vulnerabilidade ou hipossuficiência, na forma da jurisprudência desta Corte, para efeito de conceder-lhe a tutela protetiva prevista no CDC em favor, exclusivamente, do destinatário final do produto ou serviço.

6. Omissões e violação do art. 535 do CPC não configuradas no acórdão Recorrido

7. O art. 1º do CDC, além de não ser aplicável à presente demanda em virtude da incidência da legislação estrangeira e da descaracterização de relação de consumo, é impertinente para impor o reconhecimento de cerceamento do direito de defesa, tendo em vista que o acórdão recorrido encontra-se fundamentado no fato de que as partes, devidamente representadas por seus advogados, teriam dispensado a produção de outras provas e no entendimento de que as provas requeridas seriam inúteis diante do contexto fático-jurídico apresentado.

8. Descabe enfrentar em recurso especial a eventual contrariedade a dispositivo constitucional e a auto-aplicabilidade do § 3º do art. 192 da CF.

9. Recurso especial conhecido parcialmente e, nessa parte, desprovido.

Voto Divergente: Não houve.

Órgão julgador: Quarta Turma

Observações: PJ CONSUMIDORA: Neste caso, a relação de consumo é afastada pois a recorrente, obteve financiamento internacional para a aquisição de equipamento denominado "Laser para Corte de Metal", objetivando fomentar a sua atividade industrial e aumentar seu lucro, descaracterizando a figura de consumidor final.

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.381.181	
Data do julgamento: 03.06.2014	Relator: MINISTRO PAULO DE TARSO SANSEVERINO
<p>Natureza do caso: O agravante alega, essencialmente, que (a) é destinatário final do produto, pois adquiriu e utilizou o fungicida integralmente na sua lavoura; (b) se enquadra, ainda, no conceito de consumidor-equiparado; (c) O STJ enfrentou questões idênticas a dos autos e entendeu ser aplicável o CDC ao caso; (d) o Tribunal considerou que, mesmo não sendo as réis responsabilizadas com base na legislação consumerista, a sua responsabilidade seria objetiva, por força do art. 927, parágrafo único, do CC/02, analisando, também, com base na legislação comum.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O agravo regimental não merece prosperar.</p> <p>A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o produtor rural não é considerado destinatário final na compra de insumos agrícolas. No presente caso, verifica-se que o autor é empresário no ramo do agronegócio, sendo considerado profissional da agricultura, contando, inclusive, com engenheiros agrônomos em seus quadros.</p> <p>De qualquer forma, embora não seja aplicável o CDC no caso dos autos, nada impede o prosseguimento da ação com vista a se verificar a existência de eventual violação legal ou contratual com fundamento da reparação, com base na legislação comum. Portanto, afastada a aplicação do CDC, novo julgamento deve ser proferido pelas instâncias de origem.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no AREsp 86.914/GO, AgRg no AREsp nº155.702/MS, AgRg no AREsp nº 86.914/GO; REsp nº 914.384/MT.</p>	
<p>Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CIVIL EPROCESSUAL CIVIL. PRODUTOR RURAL DE GRANDE PORTE. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. COMPRA E VENDA DE DEFENSIVO AGRÍCOLA. QUEBRA DE SAFRA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO APLICAÇÃO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.</p>	
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>	
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>	
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: Não existe relação de consumo, pois a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que o produtor rural não é considerado destinatário final na compra de insumos agrícolas.</p>	

RECURSO ESPECIAL Nº 1.162.649 - SP	
Data do julgamento: 13.05.2014	Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
<p>Natureza do caso: Indiana Seguros S.A. ajuizou ação de indenização em face de Federal Express Corporation - FedEx, narrando que celebrou contrato de seguro com a Sociedade Beneficente de Senhoras - Hospital Sírio Libanês, de modo a cobrir os riscos decorrentes de importação de equipamento hospitalar (aparelho de raio X) da Alemanha, cujo transporte foi realizado por via aérea pela ré. Aduz que, quando da chegada da aeronave, foi constatada a danificação do equipamento. FedEx interpõe recurso especial, sob a alegação de afronta ao art. 178, § 6º, II, do Código Civil de 1916, artigo 449, II, do Código Comercial, art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil, art. 22, item 2, da Convenção de Varsóvia e artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Nesse caso, não é o transporte de uma mercadoria que vai ser revendida, mas é o transporte de um dos equipamentos utilizados pelo hospital para desenvolver o sua atividade prestando serviço ao destinatário final, que é, esse sim, o consumidor, o paciente. Tepedino “Diverso, contudo, afigura-se o transporte de carga. Neste caso, deve-se proceder a exame minucioso para verificar se o destinatário é o destinatário final do bem transportado. Não basta, portanto, que o transportador faça cessar a circulação física do bem. Para configurar relação de consumo, o bem não deverá ser posteriormente utilizado como insumo ou instrumento de produção”. No caso, esse equipamento médico é instrumento da atividade econômica desenvolvida pelo hospital e, portanto, não deve ser considerada uma relação de consumo a travada entre o hospital e a transportadora. Além disso, o risco do transporte foi assumido pela seguradora, portanto,</p>	

<p>não há como nem aplicar a regra do CDC e nem considerar que a seguradora teria mais direito do que a própria segurada contra a empresa transportadora, direito esse que, em razão de opção feita pelo próprio hospital, estaria limitado às regras tarifárias da Convenção de Varsóvia, porque ela não quis declarar o valor da carga a ser transportada.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 102.339/RJ, REsp n. 88.745/PE; REsp 191.162/DF; EDcl no REsp n. 257.833/SP; AgRg no Ag n. 957.245/RJ; AgRg no REsp n. 773.250/RJ; REsp n. 705.148/PR; REsp n. 982.492/SP, Edcl no Ag n. 1.371.143/PR, AgRg no REsp n. 1.149.195/PR; Edcl no AREsp n. 265.845/SP; AgRg no AREsp n. 328.043/GO; AgRg no REsp n. 1.169.418/RJ.</p>
<p>Ementa: DIREITO EMPRESARIAL. IMPORTAÇÃO. TRANSPORTE AÉREO INTERNACIONAL. DANO EM EQUIPAMENTO HOSPITALAR. RAIOS X. SEGURADORA. RESSARCIMENTO. AÇÃO REGRESSIVA. SUB-ROGAÇÃO. AUSÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. CONVENÇÃO DE VARSÓVIA. PRESCRIÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA DO STJ. INDENIZAÇÃO TARIFADA.</p> <p>1. Não se aplica a prescrição anual disciplinada nos arts. 178, § 6º, II, do CC/1916 e 449, II, do Código Comercial à ação proposta pela seguradora, como sub-rogada, contra a empresa de transporte aéreo causadora do dano ao segurado.</p> <p>2. Comprovado nas instâncias ordinárias que o equipamento hospitalar importado, danificado durante o transporte aéreo, era destinado à segurada, o pretendido reconhecimento da ilegitimidade ativa da seguradora sub-rogada, no caso concreto, esbarra na vedação contida no enunciado n. 7 da Súmula do STJ.</p> <p>3. A expressão "destinatário final" contida no art. 2º, caput, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização.</p> <p>4. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de aparelho de raios X por entidade hospitalar, não hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade, ampliar a gama de serviços e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional de respectivo equipamento, por representar mera etapa do ato complexo de importar.</p> <p>5. Afastado o CDC no caso concreto, incide a Convenção de Varsóvia e seus aditivos ao transporte aéreo internacional, que impõem a indenização tarifada equivalente a 17 (dezesete) Direitos Especiais de Saque (DES) para efeito de reparar os danos causados à mercadoria transportada. Afasta-se a indenização tarifada quando efetuada declaração especial de valor mediante o pagamento de eventual taxa suplementar (Protocolo Adicional n. 4, art. 22, item 2, "b"), o que não é a hipótese destes autos.</p> <p>6. A jurisprudência do STJ confere à seguradora sub-rogada os mesmos direitos, ações e privilégios do segurado a quem indenizou nos termos do art. 988 do CC/1916, em vigor na época dos fatos deste processo. Concretamente, portanto, o direito da seguradora sub-rogada restringe-se à indenização tarifada disciplinada na Convenção de Varsóvia e seus aditivos.</p> <p>7. Recurso especial parcialmente provido.</p>
<p>Voto Divergente: Sim, há votos vencidos (Ministro Luis Felipe Salomão, Relator e o Ministro Marco Buzzi).</p>
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: Descaracterizada na medida em que esse equipamento médico é instrumento da atividade econômica desenvolvida pelo hospital ao destinatário final, que é, esse sim, o consumidor, o paciente.</p>

RECURSO ESPECIAL Nº 567.192 - SP	
Data do julgamento: 05.09.2013	Relator: MINISTRO RAUL ARAÚJO
Natureza do caso: Cuidam os autos de ação de cobrança ajuizada por XEROX DO BRASIL LTDA contra M DE LIMA COSTA BAZAR - ME, objetivando a condenação da ré no valor principal (alugueres	

atrasados), acrescido de juros, correção monetária e multa contratual, decorrentes de rescisão, em razão de inadimplemento de contrato de locação de máquina copiadora, entabulado entre as partes no ano de 1995.

A r. sentença julgou procedente o pedido.

Interposta apelação pela ré por unanimidade de votos, negou-lhe provimento, afastando a aplicabilidade do CDC, por entender inexistir relação de consumo no caso.

Inconformada, M DE LIMA COSTA BAZAR - ME interpôs recurso especial com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, alegando ofensa ao art. 2º da Lei 8.078/90, invocando, igualmente, dissídio jurisprudencial. Sustenta a aplicabilidade da Lei Consumerista segundo a consideração de ser a locatária também destinatária final.

Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Foram dois os fundamentos adotados para afastar-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor à espécie, quais sejam: o de que a ora recorrente não seria destinatária final, não se caracterizando como consumidora, nos termos do art. 2º da Lei 8.078/90; e o de que ela não poderia ser havida como hipossuficiente vulnerável, conforme o art. 4º, I, do mesmo diploma legal. Na hipótese, a recorrente era locatária de máquina copiadora produzida e alugada pela locadora, ora recorrida, utilizando tal equipamento para incrementar suas atividades comerciais, vendendo cópias à sua clientela. Nesse passo, o CDC veda a relação de consumo quando há obtenção de lucro em razão do ato de consumo, ou implemento de uma atividade negocial (teoria minimalista – finalista). Além disso, as instâncias ordinárias, após analisarem as provas documentais e testemunhais produzidas, recusaram a incidência do Código do Consumidor, por não haverem constatado a ocorrência de prática abusiva ou situação de vulnerabilidade na relação contratual examinada.

Acórdãos do STJ mencionadas: EDcl no AREsp 265.845/SP; REsp 1.358.231/SP; REsp 1.297.956/RJ

Ementa: RECURSO ESPECIAL. CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE MÁQUINA FOTOCOPIADORA COM SERVIÇO DE MANUTENÇÃO. INADIMPLEMENTO DA LOCATÁRIA PESSOA JURÍDICA. AÇÃO DE COBRANÇA DE ALUGUERES EM ATRASO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (ARTS. 2º E 4º, I). BEM E SERVIÇO QUE INTEGRAM CADEIA PRODUTIVA. TEORIA FINALISTA. MITIGAÇÃO (CDC, ART. 29). EQUIPARAÇÃO A CONSUMIDOR. PRÁTICA ABUSIVA OU SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE. NÃO RECONHECIMENTO PELA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. REVISÃO. INVIABILIDADE (SÚMULA 7/STJ). RECURSO DESPROVIDO.

1. "A jurisprudência desta Corte é no sentido de que o Código de Defesa do Consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo, podendo, no entanto ser mitigada a aplicação da teoria finalista quando ficar comprovada a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica. O Tribunal de origem asseverou não ser a insurgente destinatária final do serviço, tampouco hipossuficiente. Inviabilidade de reenfrentamento do acervo fático-probatório para concluir em sentido diverso, aplicando-se o óbice da súmula 7/STJ." (EDcl no AREsp 265.845/SP, Rel. Ministro MARCO BUZZI, DJe de 1º/8/2013)

2. Em situações excepcionais, esta Corte tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja propriamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade ou submetida a prática abusiva.

3. Na espécie, dada a desproporção entre as contratantes, é incontestável a natural posição de inferioridade da ré frente à autora e de supremacia desta ante aquela, o que, entretanto, por si só, não possibilita o reconhecimento de situação de vulnerabilidade provocada, a atrair a incidência da referida equiparação tratada no art. 29 do CDC. É que tal norma não prescinde da indicação de que, na hipótese sob exame, tenha sido constatada violação a um dos dispositivos previstos nos arts. 30 a 54 dos Capítulos V e VI do CDC. A norma do art. 29 não se aplica isoladamente.

4. As instâncias ordinárias, no presente caso, recusaram a incidência do Código do Consumidor, por não haverem constatado a ocorrência de prática abusiva ou situação de vulnerabilidade na relação contratual examinada, mostrando-se inviável o reexame do acervo fático-probatório para eventualmente chegar-se a conclusão inversa, ante a incidência do óbice da Súmula 7/STJ.

5. Recurso especial desprovido.
Voto Divergente: Não houve.
Órgão julgador: Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL Nº 1.196.951 - PI	
Data do julgamento: 14/02/2012	Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
<p>Natureza do caso: Dureino S/A – Derivados de Óleos Vegetais, Usina Livramento Indústria e Comércio Ltda., João de Almendra Freitas Filho e Betânia de Jesus e Silva de Almendra Freitas ajuizaram, em 21.5.1998, ação em face do Banco do Nordeste do Brasil S/A, pretendendo anulação de cláusulas do contrato de repasse de recursos externos, além de reconhecimento de erro de cálculo da dívida, cumulada com perdas e danos. Requereram a anulação das cláusulas abusivas do contrato de repasse de recursos externos, a extirpação da cobrança da TJLP e da capitalização de juros da Cédula de Crédito Industrial, além da condenação do banco em perdas e danos. o Banco do Nordeste do Brasil S/A - BNB interpôs o presente Resp alegando, além de dissídio jurisprudencial, violação dos artigos 20, § 4º, 21, 128, 135, inciso II, 165, 264, 458, 460 e 535, inciso II, do Código de Processo Civil; 2º do Código de Defesa do Consumidor; 4º, inciso IX, 9º, 17 e 18 da Lei nº 4.595/64; 1531, 1059, 1060 e 1061 do Código Civil de 1916; 402, 403, 404 e 940 do Código Civil de 2002 e das Súmulas 121, 159 e 596/STF e 288/STJ.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: No pertinente à apontada vulneração do Decreto 22.626/33 e das Súmulas 121 e 596/STF, ponto em que defende a legalidade dos juros e outros encargos pactuados nas Cédulas de Crédito, o recurso da instituição financeira não prospera pois a interposição de recurso especial não é cabível quando apontada violação de súmula, de dispositivo constitucional ou de qualquer ato normativo que não se enquadre no conceito de lei federal, conforme disposto no art. 105, III, "a" da CF/88. Ressalte-se que o STJ possui entendimento já sumulado no sentido de que a Taxa de Juros de Longo Prazo (TJLP) pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários, conforme enunciado da Súmula 288/STJ, porém, no presente caso, foi utilizada como índice de juros remuneratórios. Dessa forma, ainda que se pudesse ultrapassar os óbices antes enumerados, para o acolhimento da tese do recorrente de que a TJLP tenha sido cobrada como indexador de correção monetária, seria necessário revolver matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial.</p> <p>O STJ entende que a sanção do artigo 1.531 do Código Civil de 1916 somente pode ser aplicada se demonstrada a má-fé do credor .</p> <p>Merece prosperar a apontada inaplicabilidade do CDC aos contratos entabulados entre o Banco recorrente e a Dureino S.A. O dinamismo e a complexidade das relações sócioeconômicas levaram à necessidade de aprofundamento desses critérios, criando</p> <p>uma tendência nova na jurisprudência, concentrada não apenas na figura do consumidor final imediato, mas também na noção de vulnerabilidade, conforme o teor do art. 4º, I, do CDC. Verifica-se que o Tribunal de origem partiu de valoração jurídica equivocada para concluir pela aplicação do CDC ao caso, uma vez que a Dureino S.A. não se insere em situação de vulnerabilidade, porquanto não se apresenta como sujeito mais fraco, com necessidade de proteção estatal.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no Ag 685.087/RS; REsp 249.981/RJ; AgRg no REsp 1079690/ES; REsp 446.724/DF; REsp 836.823/PR; REsp 468.887/MG; (REsp 733.560/RJ; CC 92.519/SP; REsp 814.060/RJ; AgRg no Ag 1316667/RO; RMS 27.541/TO; REsp 684.613/SP; AgRg no Ag 1032259/MG</p>	
<p>Ementa: BANCÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ORDINÁRIA DE REVISÃO DE CONTRATO DE MÚTUO E DE CÉDULAS DE CRÉDITO INDUSTRIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. DEVOLUÇÃO EM DOBRO DE QUANTIA EXECUTADA INDEVIDAMENTE. ART. 1.531 CC. MÁ-FÉ CARACTERIZADA. INDENIZAÇÃO POR PERDAS E DANOS. CABIMENTO. REVISÃO. SÚMULA 7/STJ. NÃO EVIDENCIADA SUPERIORIDADE DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. AFASTADA A APLICAÇÃO DO CDC. LIMITAÇÃO DOS JUROS REMUNERATÓRIOS. LEI 1.521/51. INVIABILIDADE. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA EXCESSIVIDADE DE LUCRO NA INTERMEDIÇÃO. TAXA MÉDIA DE MERCADO. AUSÊNCIA DE DISCREPÂNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.</p> <p>1. O Tribunal local demonstrou de forma pormenorizada a má-fé da instituição financeira, condenando-a</p>	

à devolução em dobro da quantia indevidamente exigida em execução, encontrando-se em harmonia com o entendimento desta Corte Superior, no sentido de que a sanção do artigo 1.531 do Código Civil de 1916 somente pode ser aplicada se demonstrada a má-fé do credor.

2. A instituição financeira agiu illicitamente, atrasando, por quase um ano, o repasse dos recursos contratados, o que gerou efetivo prejuízo à empresa mutuária, sendo devida a indenização por perdas e danos. Rever esse entendimento da Corte de origem demandaria reexame de provas, o que é vedado em sede de recurso especial ante o óbice da Súmula 7/STJ.

3. Embora consagre o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência do STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor desse critério para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e sociedades-empresárias em que fique evidenciada a relação de consumo.

4. Afastada a aplicação do CDC, visto que não ficou caracterizada a superioridade técnica, jurídica, fática ou econômica da instituição financeira, a revelar a excepcionalidade do caso a fim de abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor.

5. Conquanto na regência da Lei n.º 4.595/64 não estejam os juros bancários limitados a 12% ao ano, as notas de crédito rural, comercial e industrial acham-se submetidas a regramento próprio (Lei n.º 6.840/80 e Decreto-Lei 413/69), que conferem ao Conselho Monetário Nacional o dever de fixar os juros a serem praticados. Diante da omissão desse órgão governamental, incide a limitação de 12% ao ano, prevista no Decreto n.º 22.626/33 (Lei da Usura).

6. Não se revela viável a redução dos juros nos contrato de mútuo financeiro com base na Lei n.º 1.521/51, sem uma demonstração cabal da excessividade do lucro da intermediação financeira, diante dos termos da Lei n.º 4.595/64 e da jurisprudência predominante, abrigada na Súmula n.º 596, do Supremo Tribunal Federal. Precedentes.

7. Devem ser mantidas as taxas de juros remuneratórios pactuadas nos contratos de repasses de recursos externos e contratos de abertura de crédito, uma vez que não há demonstração de lucro excessivo ou discrepância com a taxa média de mercado, nos termos em que exigido pela jurisprudência do STJ.

8. Recurso especial do Banco do Nordeste do Brasil S.A. parcialmente provido. Prejudicado o recurso adesivo.

Voto Divergente: Não houve.

Órgão julgador: Quarta Turma

Observações: PJ CONSUMIDORA: Conseqüentemente, as disposições do Código de Defesa do Consumidor devem ser aplicadas

sempre que frente a frente estiverem contratantes desequilibrados economicamente, ou em situações em que à vontade de um, em razão da fraqueza econômica do outro, prevaleça ditando condições contratuais iníquas.

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.196.951

Data do julgamento: 12.06.2012

Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO

Natureza do caso: Cuida-se de embargos de declaração opostos por INDÚSTRIAS DUREINO S/A E OUTROS em face do acórdão da 4ª Turma do STJ. Alega (i) omissão em relação à ilegalidade/imprestabilidade da Portaria TJPI nº 576/10, (ii) omissão em relação aos óbices levantados para o conhecimento do recurso especial no tocante à modificação dos juros remuneratórios dos contratos de mútuo, (iii) omissão em relação às demais causas de pedir concernentes aos encargos financeiros dos contratos de mútuo, haja vista que o acolhimento da tese de abusividade das taxas por aplicação do CDC e da Lei dos Crimes contra a Economia Popular, pelas instâncias ordinárias, tornaram prejudicados os demais pontos suscitados a respeito da ação revisional e nos embargos do devedor, (iv) omissão em relação aos óbices levantados para o conhecimento do recurso especial no tocante à suposta ocorrência de sucumbência recíproca, (v) erro de fato quanto ao grau estabelecido na vitória do embargado e à existência de condenação ou, alternativamente, incompatibilidade entre ela e a parcela reduzida da verba honorária, (vi) a verba honorária não refletir de forma adequada o grau de sucumbência sofrido pelas partes, dá ensejo ao pedido de integração via embargos declaratórios e (vii) supressão de instância na inversão, desde logo, dos encargos de sucumbência.

<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: (i) não há o que se discutir quanto à Portaria TJPI nº 576/10, uma vez que a parte comprovou a ocorrência de suspensão dos prazos processuais. (ii) não assiste razão à embargante No tocante à omissão em relação aos óbices levantados para o conhecimento do recurso especial referente à modificação dos juros remuneratórios dos contratos de mútuo, pois o juízo de admissibilidade é ato discricionário do relator, e além disso, todos os pontos suscitados giram em torno do reconhecimento da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos ou seja, da não utilização do escopo consumerista na hipótese, haja vista o critério finalista do conceito de consumidor e ausência do estado de vulnerabilidade. Além disso, nas razões dos aclaratórios, o embargante deduz argumentação de que houve omissão, sem pontuar, de forma específica, quais seriam e qual a sua relevância para solução da controvérsia, o que atrai, de forma inarredável, a exegese da Súmula 284/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia". Portanto, Com efeito, no caso dos autos, as alegações expostas nos aclaratórios visam atacar o mérito do recurso, conferindo-lhe efeito infringente o que, em princípio, desnatura as finalidades da impugnação. Edcl rejeitados.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: EDcl no AgRg no Ag 723.162/SP; EDcl no REsp 770746/RJ; AgRg no REsp 1159867/MG; AgRg no AREsp 136.756/MS; REsp 836.823/PR, REsp 468.887/MG; REsp 733.560/RJ, REsp 814.060/RJ; AgRg no Ag 1316667/RO; RMS 27.541/TO; REsp 684.613/SP; REsp 258.780/ES; AgRg no AgRg no REsp 1106266/DF; AgRg no Ag 804.347/GO</p>
<p>Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DOS VÍCIOS DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO E OBSCURIDADE. EFEITOS INFRINGENTES. DESCAMBAMENTO DOS EMBARGOS.</p> <p>1. Não ocorrentes as hipóteses insertas no art. 535 do CPC, tampouco omissão manifesta no julgado recorrido, não merecem acolhida os embargos que se apresentam com nítido caráter infringente, onde se objetiva rediscutir a causa já devidamente decidida.</p> <p>2. Embargos de declaração rejeitados.</p>
<p>Voto Divergente: não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>

<p>EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 910.799 - RS</p>	
<p>Data do julgamento: 03.05.2011</p>	<p>Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI</p>
<p>Natureza do caso: REDECARD S/A interpõe Embargos de Declaração contra Acórdão negou provimento ao Recurso Especial interposto em Ação de Repetição de Indébito ajuizada por SCA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA contra a recorrente, objetivando a restituição dos valores pagos a título de encargos financeiros referentes a pedidos de antecipação das importâncias a serem recebidas relativas a vendas efetuadas com cartões de crédito. Alega que o acórdão recorrido (i) deixou de considerar as peculiaridades que envolvem o sistema de recebimento antecipado de venda, (ii) não levou em conta que a limitação do desconto prestigia a má-fé e a deslealdade contratual da embargada e desequilibra a relação contratual, gerando um ônus excessivo e injustificado à embargante e o enriquecimento da embargada e (iii) feriu o disposto no art. 3º, I, da Constituição Federal, que prestigia o princípio da boa-fé objetiva.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Não procedem os Embargos.</p> <p>Os Edcl não demonstram a incongruência intrínseca do julgamento, necessária a patentear obscuridade, contradição ou omissão.</p> <p>Com relação à alegada ofensa ao disposto no art. 3º, I, da CF, que conforme mansa jurisprudência desta Corte, refoge à competência do STJ apreciar suposta ofensa a dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de invasão da competência do STF.</p> <p>Foi salientado pela própria embargante em suas razões recursais, que ela não é instituição financeira, pois não é emissora nem administradora de cartões de crédito, apenas funciona como intermediária entre a administradora e os estabelecimentos credenciados para a comercialização de produtos e serviços com cartões de crédito e débito. Diante disso, deve-se concluir que a embargante não pode operar no sistema</p>	

<p>financeiro, seja através de contratos de mútuo ou qualquer outra operação, cobrando juros ou outra espécie de encargo, como comissões ou taxas de desconto, acima de 12% ao ano. Portanto, como não é instituição financeira, a limitação de 12% ao ano deve prevalecer, pois somente as instituições financeiras, autorizadas a funcionar pelo Banco Central, não se sujeitam às limitações impostas pela Lei de Usura.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: EDcl no AgRg no Ag 723.162/SP; EDcl no REsp 770746/RJ; EDcl nos EREsp 318.242/SP, REsp 330.845/RS, REsp 1048341/RS, AgRg nos EDcl no Ag 887.676/SP; AgRg no REsp 1093000/MS.</p>
<p>EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE. ANÁLISE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE. EMBARGOS REJEITADOS.</p> <p>I - Os embargos de declaração são recurso de natureza particular, cujo objetivo é esclarecer o real sentido de decisão eivada de obscuridade, contradição ou omissão.</p> <p>II - Estando o Acórdão embargado devidamente fundamentado, sem defeitos intrínsecos, são inadmissíveis os embargos que pretendem reabrir a discussão da matéria.</p> <p>III - Refoge à competência do Superior Tribunal de Justiça apreciar suposta ofensa a dispositivos constitucionais, ainda que para fins de prequestionamento, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal.</p> <p>Embargos de Declaração rejeitados.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>

<p>RECURSO ESPECIAL Nº 1.114.049 - PE</p>	
<p>Data do julgamento: 07/04/2011</p>	<p>Relator: Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO</p>
<p>Natureza do caso: Banco Bradesco S/A, interpôs o competente recurso especial relatando que, em razão do não cumprimento do acordo constante do instrumento de dação em pagamento e confissão de dívida, notificou a empresa recorrida e deu por vencida a dívida em sua integralidade, ingressando com ação executiva, visando o recebimento da quantia de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais). Informa que a empresa recorrida, entendendo que os encargos deveriam ser pagos somente quando do vencimento da dívida, ingressou com ação de consignação em pagamento, depositando em juízo o montante que entendia correto e, com a presente ação revisional de contratos bancários, julgada procedente, passou de credor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) a devedor de mais de R\$20.000.000,00 (vinte milhões de reais).</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Princípio da livre convicção motivada do juiz: da mesma forma que o juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, inexistente empecilho para que ele o adote integralmente como razões de decidir, dispensando as outras provas produzidas, desde que dê a devida fundamentação, a teor do disposto no art. 436 do CPCP. Na hipótese vertente, não configura o cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a realização de audiência para a oitiva do perito e debate acerca das eventuais críticas promovidas pelos assistentes aos seus cálculos, pois o Tribunal de origem entendeu que o feito estava correta e extensamente instruído, com provas suficientes para o convencimento do magistrado. Rever os fundamentos que levaram a tal conclusão, demandaria o exame do conjunto probatório, o que é vedado na instância especial.</p> <p>Quanto a alegada falta de interesse de agir da autora, não merece ser acolhida, pois segundo exposto pelo Tribunal de origem (fls. 5158), "há pedido implícito, constante de todo arazoado da inicial, para que seja anulada a escritura em função do que foi anulado".</p> <p>No pertinente à alegada inaplicabilidade, ao caso, das disposições consumeristas, não merece prosperar, pois basta que, os bens ou serviços adquiridos sejam provenientes de um fornecedor e que a pessoa que os adquiriu seja "destinatário final". Portanto, para considerar-se consumidora, nos termos do art. 2.º do CDC, a pessoa, física ou jurídica, deve ser enquadrada na definição de "destinatário final". Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço: deve ser também o seu destinatário final econômico; isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o</p>	

bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta. Na hipótese, o Tribunal de origem entendeu pela existência de relação de consumo, o que atrai o disposto na súmula 297/STJ: "O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.". Dessa forma, em sendo aplicável o CDC, é permitida a revisão das cláusulas contratuais pactuadas, ante o fato de que o princípio do pacta sunt servanda, há muito, vêm sofrendo mitigações, mormente diante dos princípios da boa-fé objetiva, da função social dos contratos e do dirigismo contratual. Foi dado parcial provimento ao presente recurso especial para permitir a utilização da Taxa Referencial - TR como índice de atualização monetária da dívida, nos contratos em que expressamente pactuada, tudo a ser observado por ocasião da liquidação por arbitramento.

Acórdãos do STJ mencionados: REsp n.º 541.867/BA; AgRg no REsp 761.067/RS; REsp 681.638/PR; AgRg no REsp 705.187/SC; REsp 1001964/MA; AI 272911 AgR.

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. REVISÃO DE CONTRATOS DE MÚTUOS BANCÁRIOS CONSOLIDADOS EM ESCRITURA DE CONFISSÃO DE DÍVIDA E DAÇÃO EM PAGAMENTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 286/STJ. OMISSÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 284/STF. AUDIÊNCIA PARA OITIVA DE PERITO. NÃO REALIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DÚVIDAS A ESCLARECER. INUTILIDADE NA HIPÓTESE. DETERMINAÇÃO DE NOVA PERÍCIA. AUSÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICABILIDADE. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. SÚMULA 7/STJ. UTILIZAÇÃO DA TAXA REFERENCIAL - TR. POSSIBILIDADE. SÚMULA 295/STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Não há falar em violação ao art. 535 do CPC se o acórdão recorrido, julgando integralmente a causa, deu aos dispositivos de regência a interpretação que, sob sua ótica, se coaduna com a espécie, não caracterizando omissão ou ofensa à legislação infraconstitucional, resultado diferente do pretendido pela parte.

2. O recurso especial exige fundamentação vinculada e o seu efeito translativo se opera, tão-somente, nos termos do que foi impugnado. A ausência de indicação expressa de dispositivos legais tidos por vulnerados atrai a incidência da Súmula 284/STF.

3. Na presente hipótese, as instâncias ordinárias entenderam estar o feito correta e extensamente instruído, não havendo dúvidas a esclarecer, não configurando, assim, cerceamento de defesa o julgamento da causa sem a realização de audiência para a oitiva do perito. Ademais, determinada a liquidação da sentença, com realização de nova perícia nos termos dos parâmetros fixados pelo Tribunal Estadual e por este Superior Tribunal de Justiça, revela-se desprovida de utilidade a manifestação do expert sobre o laudo pericial já produzido, o que serviria, tão somente, à procrastinação do feito. 4. Havendo pedido implícito para que seja anulada a escritura de confissão de dívidas, não se vislumbra ausência de interesse de agir.

5. Constatou o acórdão recorrido que não se cuidava, na espécie, de novação mas de simples renegociação de dívida. A revisão deste entendimento demanda interpretação de cláusula contratual e reexame do conjunto fático-probatório, providências vedadas em sede especial, nos termos das súmulas 05 e 07 desta Corte.

6. No pertinente à revisão das cláusulas contratuais, a legislação consumerista, aplicável à espécie, permite a manifestação acerca da existência de eventuais cláusulas abusivas, o que acaba por relativizar o princípio do pacta sunt servanda. Assim, reiterada a jurisprudência desta Corte quanto à possibilidade de revisão dos contratos firmados com a instituição financeira desde a origem, de modo que a renegociação de mútuo bancário ou a confissão de dívida não seria óbice à discussão acerca de eventuais ilegalidades, nos termos da Súmula nº 286 deste Superior Tribunal de Justiça.

7. Em sede de recurso especial, descabe apreciar as razões que levaram as instâncias ordinárias a aplicar a multa por litigância de má-fé (art. 17 do CPC), porquanto seria necessário rever o suporte fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.

8. O Tribunal de origem, mesmo reconhecendo a pactuação, em alguns contratos, da Taxa Referencial - TR como índice de atualização monetária, afastou a sua utilização. Esse entendimento encontra-se dissonante da consolidada jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de sua aplicabilidade, quando pactuada, como índice de correção, nos termos da Súmula 295/STJ, merecendo reforma neste ponto.

9. Recurso especial parcialmente provido.

Voto Divergente: Não houve.

Órgão julgador: Quarta Turma
Observações: PJ CONSUMIDORA: O conceito de consumidor deve ser subjetivo, entendido como tal aquele que ocupa um nicho específico da estrutura de mercado – o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal.

AgRg no AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.118.846	
Data do julgamento: 05.04.2011	Relator: MINISTRO MASSAMI UYEDA
Natureza do caso: Cuida-se de agravos regimentais interpostos por EUSTÁQUIO DE PAULA MOREIRA e RURAL SEGURADORA S/A, EUSTÁQUIO DE PAULA MOREIRA, sustenta, em síntese, que o julgamento monocrático do recurso implicou em violação ao devido processo legal. Aduz, ainda, que o pagamento do porte de remessa e retorno efetuado por um dos recorrentes não supre a falta desse recolhimento no ato da interposição do recurso da parte contrária. A RURAL SEGURADORA S/A, alega, por sua vez, ser inaplicável o Código de Defesa do Consumidor ao caso, porquanto o seguro contratado pelo correspondente lotérico tem o intuito de implementar/incrementar a sua atividade.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O julgamento do recurso por decisão monocrática do relator não ofende os princípios do contraditório e da ampla defesa, se observados os requisitos recursais de admissibilidade, os enunciados de Súmulas e a jurisprudência dominante do STJ. As questões apreciadas na decisão, estão fundamentadas em precedentes e súmulas do STJ, preenchendo, portanto, os requisitos do artigo 544, § 3º e 557 do CPC. Quanto ao recolhimento do porte de remessa e retorno o STJ entende que deve ser afastada a deserção nos casos em que o recolhimento do porte de remessa e retorno feito por um dos recorrentes permite a dispensa do preparo pelo outro, visto que seu objetivo é assegurar o valor para devolução dos autos à origem. Quanto ao segundo agravo regimental, aplicando-se a teoria subjetiva (ou finalista), tem-se que a incidência do CDC às pessoas jurídicas depende, caso haja intuito de lucro, que o produto ou serviço adquirido não tenha conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica desenvolvida pela empresa. Observa-se que os serviços de seguro prestados pela RURAL SEGURADORA S/A não tem conexão, sequer indireta, com a atividade econômica desenvolvida pelo agente lotérico, razão pela qual ele é destinatário final do serviço de seguro oferecido pela seguradora. Portanto, há relação de consumo. Negou-se provimento aos agravos regimentais.	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp n.º 541.867/BA; REsp 192.727/RJ; REsp 294.530/RJ; AgRg no RMS 32.420/ES	
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – RECURSO APRESENTADO POR EUSTÁQUIO DE PAULA MOREIRA: JULGAMENTO MONOCRÁTICO - VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL - INEXISTÊNCIA - RECOLHIMENTO DO PORTE DE REMESSA E RETORNO POR UM DOS RECORRENTES – APROVEITAMENTO PELA PARTE EX ADVERSA-POSSIBILIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - VALOR IRRISÓRIO - NÃO-OCORRÊNCIA – RECURSO APRESENTADO PELA RURAL SEGURADORA S/A: CONTRATO DE SEGURO FIRMADO COM PESSOA JURÍDICA -DESVINCULAÇÃO COM A ATIVIDADE ECONOMICA DESENVOLVIDA PELA EMPRESA - RELAÇÃO DE CONSUMO - CARACTERIZAÇÃO – RECURSOS IMPROVIDOS.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma	
Observações: PJ CONSUMIDORA: Casa lotérica que contrata seguro de danos. O objeto do seguro que não integra de forma alguma a cadeia de produção da casa lotérica, não servindo, pois, de implemento à sua atividade comercial.	

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.316.667 - RO
--

Data do julgamento: 15/02/2011	Relator: MINISTRO VASCO DELLA GIUSTINA
Natureza do caso: Trata-se de agravo interno interposto por IVECO FIAT BRASIL LTDA contra a decisão que negou provimento ao agravo de instrumento. A agravante insurge-se contra a solução adotada na decisão impugnada, sustenta a inexistência de exceção legal à regra legal de que o consumidor é o destinatário final e que sua tese tem eco nesse Colendo Superior Tribunal.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: A interpretação do art. 2º do CDC sob a ótica da doutrina finalista tem sofrido mitigações, havendo presunção relativa de vulnerabilidade do consumidor, inclusive pessoa jurídica. E, no tocante ao dissídio jurisprudencial, aplica-se a Súmula 83 do STJ, segundo a qual "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Negou-se provimento ao agravo de instrumento.	
Acórdãos do STJ mencionadas: RMS 27.512/BA; REsp 660.026/RJ; REsp 575.469/RJ	
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL . AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. DESTINAÇÃO FINAL FÁTICA E ECONÔMICA DO PRODUTO OU SERVIÇO. ATIVIDADE EMPRESARIAL. MITIGAÇÃO DA REGRA. VULNERABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO RELATIVA. 1. O consumidor intermediário, ou seja, aquele que adquiriu o produto ou o serviço para utilizá-lo em sua atividade empresarial, poderá ser beneficiado com a aplicação do CDC quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma.	
Observações: PJ CONSUMIDORA: O consumidor intermediário, ou seja, aquele que adquiriu o produto ou o serviço para utilizá-lo em sua atividade empresarial, poderá ser beneficiado com a aplicação do CDC quando demonstrada sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica frente à outra parte.	

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.200.156 - RS	
Data do julgamento: 28.09.2016	Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI
Natureza do caso: MONSOY LTDA. interpõe Agravo Interno contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial, ao entendimento de que o agricultor que adquire sementes para a lavoura é consumidor e incidência da Súmula STJ/83. Pede a reforma da decisão hostilizada, sob a alegação de que deve ser afastada a incidência da Súmula STJ/83, pois entende que o agricultor que adquire adubo para a lavoura não é considerado consumidor.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: No caso dos autos, o autor propôs a ação no foro da comarca do respectivo domicílio. Diante disso, conclui-se que não há razões para negar-se a aplicação do CDC quanto à definição da competência territorial. Além disso, o STJ proclama que cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, como se extrai da decisão proferida em exceção de incompetência, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor. Nega-se provimento ao Agravo Regimental.	
Acórdãos do STJ mencionadas: CC 106.990/SC; CC 102.960/SP; REsp n. 541.867/BA	
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRODUTOR AGRÍCOLA. COMPRA DE SEMENTES. CDC. HIPOSSUFICIÊNCIA. DECISÃO AGRAVADA. MANUTENÇÃO. I. O produtor agrícola que compra sementes para plantio pode ser considerado consumidor diante do abrandamento na interpretação finalista em virtude de sua vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. II. Agravo Regimental improvido.	

Voto Divergente: Não houve.
Órgão julgador: Terceira Turma.
Observações: PJ CONSUMIDORA: A existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.130.999	
Data do julgamento: 16.09.2010	Relator: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
Natureza do caso: Piergo Indústria e Comércio de Aço Ltda interpõe agravo regimental alegando (i) não ter o tribunal analisado as respostas trazidas aos autos pelo perito judicial, que provam não ter havido pactuação anterior da taxa de juros, como foi praticada pela CSN. (ii) ter a agravada utilizado percentuais na sua atualização muito superiores a qualquer espécie de índice inflacionário, e (iii) ser incabível a multa aplicada no julgamento dos embargos de declaração, por não ter sido o recurso protelatório.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Quando uma empresa utiliza de mercadorias ou serviços de outra empresa para incremento de sua atividade empresarial principal, tem-se típica e autêntica relação comercial, entendida no sentido de mercancia, com intuito de lucro e sentido de habitualidade, sendo reguladas essas relações pela lei civil, afastada a consumerista. Merece reparos no tocante à taxa de juros, pois a legislação anterior ao atual CC permitia a estipulação expressa de juros de 12% ao ano. O limite de 6% previsto no Art. 1062 do antigo código incidiria, quando não fosse convencionada outra taxa, esta, sim, sujeita ao limite de 12% estabelecido no Decreto nº 22.262/33. No tocante aos juros capitalizados, baseou-se na perícia realizada que não deixou dúvida quanto à capitalização diária dos juros, não havendo a primeira Apelante oferecido razões aptas a infirmar a conclusão do laudo de modo que, nessa parte, prevalece a sentença. Em relação à multa aplicada do art. 538 do CPC, também não prospera a pretensão da parte, haja vista ter a matéria sido bem colocada no julgamento da apelação, mostrando-se de fato protelatório o recurso oposto de embargos de declaração.	
Acórdãos do STJ mencionadas: CC 40.451/SP; CC N. 46.747/SP; REsp n. 541.867/BA; REsp n. 861.027/PR.	
Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REVISÃO. CLÁUSULAS CONTRATUAIS. EMBARGOS DO DEVEDOR. ACÓRDÃO RECORRIDO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. ART. 535 DO CPC. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INOCORRÊNCIA. DESTINATÁRIO FINAL. NÃO CONFIGURADO. JUROS. CAPITALIZAÇÃO DIÁRIA. PERÍCIA. CONFIGURAÇÃO. EMBARGOS PROTETATÓRIOS. MULTA APLICADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Quarta Turma	

RECURSO ESPECIAL Nº 836.823 - PR	
Data do julgamento: 12.08.2010	Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI
Natureza do caso: Trata-se de Recurso Especial interposto por INTERMAQ - INTERAMERICANA DE MÁQUINAS LTDA contra VIAÇÃO SÃO CRISTÓVÃO LTDA. A recorrente alega violação dos arts. 2º, 29 e 101 do CDC. Argumenta que, para a definição de destinatário final, não importa o que será feito com o produto transportado ou por quem será utilizado, mas sim quem é o consumidor do serviço de transporte. Conclui tratarem os autos de relação de consumo, razão pela qual a ação de indenização poderia ser ajuizada no foro de seu domicílio, cuja competência havia sido alterada por ter sido	

desconsiderada, em sede de AI, a relação de consumo e incidência do CDC.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: A agravante alega que seria hipossuficiente em face da empresa agravada, pois não teria conhecimentos técnicos sobre transporte de equipamentos. Tal alegação, porém, não é coerente, pois inadmissível que uma empresa que atue no 'comércio de importação, exportação de máquinas e equipamentos, adquirindo-os diretamente dos fabricantes para revenda em todo território nacional' (como se afirmou ser sua atividade - na inicial) não possua conhecimentos técnicos sobre o transporte das máquinas e equipamentos que revende. No caso, não há considerável desproporção no porte econômico das partes, portanto, o abrandamento da teoria finalista não é aplicado. Nega-se provimento ao Recurso Especial.	
Acórdãos do STJ mencionadas: CC 92519/SP; CC 64524/MT; REsp 541.867/BA	
Ementa: DIREITO PROCESSUAL CIVIL. COMPETÊNCIA. INDENIZAÇÃO PRETENDIDA DE TRANSPORTADORA POR AVARIA DE GERADOR DIESEL A SER UTILIZADO PELA AUTORA. INEXISTÊNCIA DE HIPOSSUFICIÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. PREVALECIMENTO DO FORO DA SEDE DA PESSOA JURÍDICA DEMANDADA. I - A relação de consumo existe apenas no caso em que uma das partes pode ser considerada destinatária final do produto ou serviço. Na hipótese em que produto ou serviço são utilizados na cadeia produtiva, e não há considerável desproporção entre o porte econômico das partes contratantes, o adquirente não pode ser considerado consumidor e não se aplica o CDC, devendo eventuais conflitos serem resolvidos com outras regras do Direito das Obrigações. Precedentes. II - Não configurada a relação de consumo, não se pode invalidar a cláusula de eleição de foro com base no CDC. III - Recurso Especial improvido.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma	
Observações: PJ CONSUMIDORA: Não há considerável desproporção no porte econômico das pessoas jurídicas.	

RECURSO ESPECIAL Nº 1.132.642 - PR	
Data do julgamento: 05.08.2010	Relator: NANCY ANDRIGHI, acórdão lavrado pelo Ministro Massami Uyeda.
Natureza do caso: Na origem, trata-se de ação de reparação de danos ajuizada pelos recorrentes DIRCEU PALARO contra a recorrida AGROPECUÁRIA OESTE LTDA., com a alegação dos autores, em resumo, de que adquiriram 60 (sessenta) sacas de semente de milho híbrido para o plantio direto em uma área de 65 (sessenta e cinco) hectares e que, apesar de ter adotado todas as práticas de manejo e cultivo da lavoura, observou-se um índice de produtividade muito aquém do esperado, atingindo apenas 30% (trinta por cento) da produção alcançada por outros híbridos, devido à má formação de espigas, morte prematura das plantas e ao severo ataque de ferrugem e elevado índice de carvão nas espigas. Em Primeiro Grau, a ação foi julgada parcialmente procedente, condenando-se o recorrido ao pagamento de danos materiais e morais. O egrégio Tribunal a quo reformou a sentença. Em seu recurso especial, os recorrentes DIRCEU e OUTRO afirmam se tratar de uma relação de consumo e que são os destinatários finais das sementes adquiridas, entendendo que houve ofensa aos artigos 2º, 3º e 6º, da Lei 8.078/90, e 131, 334, incisos II e III, 420, parágrafo único, inciso II, e 436, inciso II, do CPC. Em sessão de julgamento da Terceira Turma, a Ministra Nancy Andrighi, relatora original, proferiu voto dando provimento ao recurso especial para anular o v. acórdão recorrido, determinando a remessa dos autos ao egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, para a prolação de nova decisão, à luz dos preceitos contidos no CDC. Na sequência, o presente subscritor e relator para o acórdão, abriu a divergência, negando provimento ao recurso especial, por entender inaplicável o CDC ao caso em tela e em razão do revolvimento de matéria fático-probatória.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O entendimento do STJ é no sentido de que não se configura relação de consumo as hipóteses em que o produto ou o serviço são alocados na prática de outra atividade produtiva. Além disso, o v. acórdão recorrido entendeu que os recorrentes não conseguiram comprovar o fato constitutivo de seu direito, por meio de provas aceitáveis em juízo e que possibilitassem o contraditório, defendendo que mesmo nas	

hipóteses em que o CDC é aplicável, o contraditório deve ser observado, possibilitando-se ao réu a oportunidade de provar fatos que afastem a sua condenação.
Acórdãos do STJ mencionadas: Resp 541.867/BA
Ementa: DIREITO CIVIL - PRODUTOR RURAL - COMPRA E VENDA DE SEMENTES DE MILHO PARA O PLANTIO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - NÃO-APLICAÇÃO - PRECEDENTES - REEXAME DE MATÉRIA-FÁTICO PROBATÓRIA - ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ - RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. I - Os autos dão conta tratar-se de compra e venda de sementes de milho por produtor rural, destinadas ao plantio em sua propriedade para posterior colheita e comercialização, as quais não foram adquiridas para o próprio consumo. II - O entendimento da egrégia Segunda Seção é no sentido de que não se configura relação de consumo nas hipóteses em que o produto ou o serviço são alocados na prática de outra atividade produtiva. Precedentes. III - O v. acórdão recorrido entendeu que os recorrentes não conseguiram comprovar o fato constitutivo de seu direito, por meio de provas aceitáveis em juízo e que possibilitassem o contraditório. O cerne da questão, como se vê, diz respeito ao exame de matéria fático-probatória, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. IV - Ademais, mesmo nas hipóteses em que o Código de Defesas do Consumidor é aplicável, o contraditório deve ser observado, possibilitando-se ao réu a oportunidade de provar fatos que afastem a sua condenação. V - Recurso especial improvido.
Voto Divergente: Sim. (da relatora)
Órgão julgador: Terceira Turma.

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 468.887 - MG	
Data do julgamento: 17.06.2010	Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
Natureza do caso: Cuida-se de embargos de declaração opostos por Domingos Assad Stocche, advogado constituído por Copave - Comércio Paraíso de Veículos Ltda e outros alega o embargante, em síntese, obscuridade na aplicação da Súmula n.º 306, bem como irrisão dos honorários advocatícios, porquanto fixados em patamar que não atinge 0,7% do valor da causa. Requer, com efeito, a aplicação do § 3º do art. 20 do CPC, para que a verba sucumbencial seja fixada, no mínimo, em 10% do valor atualizado da causa, ou, caso não seja o entendimento, seja majorado o valor dos honorários.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Não é viável a apreciação dos embargos de declaração fulcrado na correta exegese da Súmula n.º 306/STJ. Na verdade, há tempos não se cogita mais de oposição de embargos de declaração lastreados em "dúvida" acerca da interpretação dos termos do acórdão recorrido. A par da impropriedade da via eleita, a Súmula n.º 306/STJ garante o direito autônomo do advogado em perseguir honorários de sucumbência, da parte ex adversa ou do seu próprio cliente, no caso de compensação. De outra parte, cuidando-se de ação declaratória, como no caso, não se há falar em condenação pecuniária, razão pela qual o dispositivo processual aplicável é o § 4º do art. 20 e não o § 3º, como pretende o ora embargante. Finalmente, a alegação de serem irrisórios os honorários em valor próximo a 0,7% do valor da causa - o qual atingiria hoje a cifra de R\$ 430.767,71 -, além de escapar do âmbito de cognição dos embargos de declaração, não prospera.	
Acórdãos do STJ mencionadas: EDcl no REsp 301.981/SP, AgRg no REsp 731.758/SP; REsp 885.018/RS; REsp 850.311/PA.	
Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. DÚVIDA ACERCA DE EXEGESE DE SÚMULA. IMPROPRIEDADE DA VIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AÇÃO MERAMENTE DECLARATÓRIA. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 4º, DO CPC. 1. A dúvida em relação ao acórdão não rende ensejo a embargos de declaração. 2. Cuidando-se de ação declaratória, como no caso, não se há falar em condenação pecuniária, razão pela qual o dispositivo processual aplicável é o § 4º do art. 20 e não o § 3º.	

3. Embargos de declaração rejeitados.
Voto Divergente: Não houve.
Órgão julgador: Quarta Turma

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 900.563 - PR	
Data do julgamento: 20.04.2010	Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
<p>Natureza do caso: Cuida-se de agravo regimental interposto por IMARIBO S/A - INDÚSTRIA E COMÉRCIO E OUTROS. Nas razões recursais, alega que a submissão dos bancos às disposições do CDC é evidente, uma vez que tal matéria é objeto da súmula 297 desta Corte Superior. Declara que na legislação atinente ao caso, não há diferenciação entre um tipo ou outro de contrato para que se pretenda a aplicação do CDC, tendo em vista que resta bastante claro que são destinatários finais dos produtos/serviços do banco.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Em que pese a súmula 297/STJ prelecionar que a relação jurídica existente entre o contratante e a instituição financeira é disciplinada pelo CDC, tal entendimento somente se aplica se o contratante for considerado destinatário final do produto/serviço fornecido pela instituição bancária. A jurisprudência desta Corte tem entendimento consolidado que nas operações de mútuo bancário para obtenção de capital de giro não são aplicáveis as disposições da legislação consumerista, uma vez que não se trata de relação de consumo, já que não se vislumbra na pessoa da empresa tomadora do empréstimo a figura do consumidor final prevista no art. 2º do do CDC. Portanto, para se caracterizar o consumidor, não basta ser o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço; deve ser também o seu destinatário final econômico ; isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: CC 92.519/SP; REsp 541.867/BA; CC 46.747/SP; REsp 218.505/MG; REsp n. 701.370/PR</p>	
<p>Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONTRATO DE MÚTUA BANCÁRIO. CRÉDITO DESTINADO AO CAPITAL DE GIRO DA EMPRESA. CONCEITO DE DESTINATÁRIO FINAL AFASTADO. RELAÇÃO DE CONSUMO INEXISTENTE. INAPLICABILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PRECEDENTES DESTA CORTE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.</p>	
Voto Divergente: Não Houve	
Órgão julgador: Quarta Turma	
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: Assim, para se caracterizar o consumidor, não basta ser o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço; deve ser também o seu destinatário final econômico ; isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.</p>	

EDcl no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 770.346 – RS	
Data do julgamento: 17.12.2009	Relator: MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO
<p>Natureza do caso: Cuida-se de embargos de declaração opostos pelo Banco Regional de Desenvolvimento do Extremo Sul – BRDE. Nas razões recursais, alega a embargante que a decisão é contraditória, pois ao reconhecer a inexistência de violação ao artigo 535 do CPC não poderia ter aplicado a súmula 211 do STJ por ausência de pré-questionamento aos dispositivos legais tidos por violados. Sustenta a impossibilidade de incidência do CDC, por inexistir na relação jurídica mantida com o agravado a figura do consumidor, porquanto a empresa não é destinatária final econômica do dinheiro que tomou emprestado do BRDE.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Os aclaratórios foram recebidos como agravo Regimental. Nesse passo, o recorrente não trouxe qualquer novo elemento que possa infirmar a decisão recorrida, motivo pelo esta merece ser mantida pelos seus</p>	

<p>próprios fundamentos. A falta do pré-questionamento explícito não prejudica o exame do recurso especial, uma vez que a jurisprudência do STJ é uníssona em admitir o pré-questionamento implícito. Contudo, não se vislumbra da análise do acórdão recorrido qualquer manifestação acerca dos arts 2º e 43, § 1º e § 4º da Lei nº 8.078/90; 1º, § único e 4º, § 2º da Lei nº 9.507/95, não sendo bastante que a parte tenha sobre eles apresentado insurgência em embargos de declaração.</p> <p>A respeito da relação de consumo, entende-se que o conceito de consumidor deve ser subjetivo e visto como tal aquele que ocupa um nicho específico da estrutura de mercado – o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal. Para se caracterizar o consumidor, portanto, não basta ser, o adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço: deve ser também o seu destinatário final econômico. Assim, ainda que a recorrida seja uma pessoa jurídica, consta dos autos que a questão envolve relação de consumo (Súmula 297/STJ), razão pela qual ela é considerada destinatária final do serviço oferecido pela recorrente. Nega-se provimento ao agravo regimental.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no Ag 1053014/RN.</p>
<p>Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL DADO O NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE POSSAM INFIRMAR A DECISÃO AGRAVADA QUE MERECE SER MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTIGOS 2º E 43, § 1º E § 4º DA LEI Nº 8.078/90; 1º, § ÚNICO E 4º, § 2º DA LEI Nº 9.507/95. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 211/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. QUALIFICAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA COMO CONSUMIDORA. DESTINATÁRIA FINAL DO PRODUTO OU SERVIÇO. POSSIBILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve</p>
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: É fato inconteste que os legisladores, quando da redação da Lei 8.078/90, não fizeram nenhuma distinção entre pessoas física e jurídica para se beneficiarem do Código de Defesa do Consumidor.</p> <p> Ao contrário, em seu artigo 2º foram claros ao estabelecer que ambas podem utilizar-se da proteção conferida pelo CDC, bastando que, para tanto, os bens ou serviços adquiridos sejam provenientes de um fornecedor e que a pessoa que os adquiriu seja “destinatário final” dos mesmos. Portanto, para se saber se determinada pessoa pode ou não ser considerada consumidora nos termos do artigo 2º do CDC, deve-se verificar o enquadramento na definição de "destinatário final".</p>

<p>AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 851.902 - SP</p>	
<p>Data do julgamento: 27.10.2009</p>	<p>Relator: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES</p>
<p>Natureza do caso: Cuida-se de agravo regimental em agravo de instrumento interposto por TRANSMUCK TRANSPORTES E LOGÍSTICA LTDA. A agravante sustenta que a prática de capitalização de juros é ilegal e vedada pelo Supremo Tribunal Federal e, por consequência, "somente com a realização da prova pericial será possível averiguar se o ato do banco é legal ou não, se a incidência de juros é excessiva ou regular". Alega, ainda, ser aplicável às instituições financeiras o CDC, sendo possível declarar nulas cláusulas abusivas de contratos bancários.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ preconiza ser cabível a capitalização de juros em periodicidade mensal para os contratos celebrados a partir de 31/03/2000, nos termos da MP 2.170-36/2001, desde que pactuada, não se aplicando o artigo 591 do Código Civil.</p> <p> Quanto aos juros, o STJ pacificou o entendimento no sentido de que, com a edição da Lei 4.595/64, não se aplica a limitação de juros remuneratórios aos contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, súmula 596 do STF, salvo nas hipóteses previstas em legislação específica.</p> <p> E por fim, tem entendimento de que o CDC não se aplica no caso em que o produto ou serviço é</p>	

contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo.
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 602.068/RS; CC 39666/ SP; REsp 541867/ BA.
<p>Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CAPITALIZAÇÃO. CONTRATO POSTERIOR À MP 2.170-36/2001. JUROS REMUNERATÓRIOS. NÃO LIMITAÇÃO. MATÉRIAS PACIFICADAS. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. AFASTAMENTO. DESTINATÁRIO FINAL. NÃO CONFIGURAÇÃO.</p> <p>1. É cabível a capitalização dos juros em periodicidade mensal para os contratos celebrados a partir de 31 de março de 2000, data da primitiva publicação do Ministério Público 2.170-36/2001, desde que pactuada, como ocorre no caso do contrato de financiamento, não se aplicando o artigo 591 do Código Civil (REsp 602.068/RS e Resp 890.460/RS).</p> <p>2. Quanto aos juros remuneratórios, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento assente no sentido de que, com a edição da Lei 4.595/64, não se aplicam as limitações fixadas pelo Decreto 22.626/33 aos contratos celebrados com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional, ut sùmula 596 do Supremo Tribunal Federal, salvo nas hipóteses previstas em legislação específica (precedentes: REsp 436.191/RS, REsp 436.214/RS e REsp 324.813/RS).</p> <p>3. O código de defesa do consumidor não se aplica no caso em que o produto ou serviço é contratado para implementação de atividade econômica, já que não estaria configurado o destinatário final da relação de consumo. Precedentes.</p> <p>4. Agravo regimental desprovido.</p>
Voto Divergente: não houve.
Órgão julgador: Quarta Turma

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 916.939 - MG	
Data do julgamento: 04.11.2008	Relator: MINISTRA DENISE ARRUDA
<p>Natureza do caso: Trata-se de agravo regimental interposto por MORE COMERCIAL LTDA. Em suas razões de agravo, a agravante alega (i) ser aplicável o CDC, em razão da existência de relação de consumo entre o prestador/fornecedor e usuário/consumidor do serviço de energia elétrica; (ii) ser justificável a necessidade da inversão do ônus probandi; (iii) que deve ser produzida prova pericial para se verificar "a data em que a agravante se estabeleceu no local da suposta infração, bem como para se promover a revisão das contas de energia elétrica".</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O Tribunal de origem, com base na interpretação do contexto fático-probatório constante dos autos, entendeu pela inexistência de relação de consumo, em virtude de a recorrente não adquirir a energia elétrica fornecida pela concessionária como destinatária final, mas como insumo necessário ao desempenho de sua atividade lucrativa. Além disso, entendeu que não se justificava a inversão do ônus da prova consagrado pelo Código de Defesa do Consumidor, pois a finalidade primordial da recorrente consistia em discutir os valores que estão sendo cobrados pela recorrida, de modo que o ônus da prova lhe compete com exclusividade, de acordo com o disposto no art. 333, I, do CPC. Nega-se provimento ao agravo regimental.</p>	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 788.058/MT; REsp 592.665/MS; AgRg no Ag 884.407/SP; REsp 733.560/RJ; REsp 218.505/MG.	
<p>Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO. FORNECIMENTO DE ENERGIA ELÉTRICA. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO INCAPAZ DE INFIRMAR OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO.</p> <p>1. Quando o acórdão recorrido decidir a controvérsia com base no conjunto fático-probatório constante dos autos, torna-se inviável reexaminar as referidas provas, em sede de recurso especial, em virtude do</p>	

<p>óbice da Súmula 7/STJ.</p> <p>2. O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. Desse modo, não sendo a empresa destinatária final dos bens adquiridos ou serviços prestados, não está caracterizada a relação de consumo.</p> <p>3. Agravo regimental desprovido.</p>
Voto Divergente: Não houve
Órgão julgador: Primeira Turma
Observações: PJ CONSUMIDORA: Não sendo a empresa destinatária final dos bens adquiridos ou serviços prestados, não está caracterizada a relação de consumo.

RECURSO ESPECIAL Nº 913.711 - SP	
Data do julgamento: 19.08.2008	Relator: MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
<p>Natureza do caso: Município de Sales Oliveira/SP ajuizou, perante o juízo da comarca de Nupuranga, ação revisional contra Companhia Paulista de Força e Luz – CPFL. Insurge-se, em suma, contra os valores cobrados a título de tarifa de iluminação pública nos últimos dez anos. A ré opôs exceção de incompetência. Alegou, em resumo, que o foro competente para julgar a demanda é o da sede da empresa-ré. O Juízo a quo, entendendo tratar-se de uma relação de consumo, rejeitou a exceção de incompetência. No recurso especial, a CPFL queixa-se de ofensa aos arts. 2º do CDC e 100, IV, "a", do CPC.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O cerne da questão consiste em saber se uma pessoa jurídica de direito público interno pode ou não ser enquadrada como consumidora. No STJ, prevalece a teoria finalista, mas de forma mitigada, para atender situações em que há vulnerabilidade do caso concreto. Um Município não é uma finalidade em si. Sua existência se justifica para a satisfação do interesse público e a prestação de serviços à população. A energia adquirida pelo ente público é inserida nessa cadeia de prestação de serviços públicos. O ente público não é, propriamente, o destinatário final da energia elétrica que ilumina ruas, escolas públicas e postos de saúde. Os consumidores são, na etapa final, os próprios cidadãos. Tanto que eles arcam indiretamente com os custos desse serviços através dos tributos arrecadados. Uma pessoa jurídica de direito público não se enquadra no conceito de consumidor final, de acordo com a teoria finalista. Entretanto, assim como ocorre quanto às pessoas jurídicas de direito privado, a teoria finalista pode ser mitigada em casos de vulnerabilidade, flexibilizando o conceito de "consumidor final" previsto no art. 2º do CDC. Município não é, propriamente, o destinatário final do serviço, bem como não se extrai do acórdão recorrido uma situação de excepcional vulnerabilidade por parte do ente público e do interesse social. Deu-se provimento ao recurso especial, para acolher a exceção de incompetência e determinar o envio dos autos ao foro da comarca de Campinas.</p>	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 476.428/SC; REsp 963.417/MG.	
<p>Ementa: ENERGIA ELÉTRICA. AÇÃO REVISIONAL AJUIZADA POR MUNICÍPIO PERANTE COMARCA QUE O JURISDICCIONA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO-CARACTERIZADA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. ART. 100, IV, DO CPC. REJEIÇÃO.</p> <p>1. Para se enquadrar o Município no art. 2º do CDC, deve-se mitigar o conceito finalista de consumidor nos casos de vulnerabilidade, tal como ocorre com as pessoas jurídicas de direito privado.</p> <p>2. Pretende-se revisar o critério de quantificação da energia fornecida a título de iluminação pública à cidade. Aqui, o Município não é, propriamente, o destinatário final do serviço, bem como não se extrai do acórdão recorrido uma situação de vulnerabilidade por parte do ente público.</p> <p>3. A ação revisional deve, portanto, ser ajuizada no foro do domicílio da réu (art. 100, IV, "a", do CPC).</p> <p>4. Recurso especial provido.</p>	
Voto Divergente: Não houve	
Órgão julgador: Segunda Turma.	

Observações: PJ CONSUMIDORA: Uma pessoa jurídica de direito público não se enquadra no conceito de consumidor final, de acordo com a teoria finalista. Entretanto, assim como ocorre quanto às pessoas jurídicas de direito privado, a teoria finalista pode ser mitigada em casos de vulnerabilidade, flexibilizando o conceito de "consumidor final" previsto no art. 2º do CDC.

RECURSO ESPECIAL Nº 716.386 - SP

Data do julgamento: 05.08.2008

Relator: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR

Natureza do caso: Trata-se de recurso especial, aviado exclusivamente pela letra "a" do autorizador constitucional, onde se discute sobre a negativa de inversão do ônus da prova, como consequência do não reconhecimento da existência de relação de consumo, confirmando o Tribunal estadual o pagamento dos honorários periciais pela pessoa jurídica recorrente, em ação revisional de contrato de conta corrente que move em desfavor da instituição financeira recorrida.

Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ entendeu que a recorrente não pode ser classificada como consumidora. Ainda que se cogitasse dessa hipótese, a mera aplicabilidade do CDC evidentemente não autorizaria, automaticamente, a inversão do ônus da prova, eis que não se pode, apenas por isso, simplisticamente atribuir hipossuficiência aos correntistas. A hipossuficiência não tem como ser outorgada indiscriminadamente. Essa proteção somente pode ser concedida em circunstâncias especiais, de conformidade com o art. 6º, inciso VIII, do CDC, ou seja, se concretamente demonstrada a hipossuficiência caso a caso, não presumidamente. O só fato de uma parte ser economicamente mais forte não torna a outra, em contrapartida, hipossuficiente. É necessário que a situação seja de efetiva desigualdade, isto é, que exista de tal ordem que implique em impossibilidade ou grave dificuldade na produção da defesa. Recurso especial não conhecido.

Acórdãos do STJ mencionadas: REsp n. 684.613/SP; AgRg no Ag n. 801.547/RJ; REsp n. 701.370/PR; REsp n. 541.867/BA.

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO REVISIONAL. CONTA CORRENTE. PESSOA JURÍDICA. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ALMEJADA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO DISCUTIDA. RELAÇÃO DE CONSUMO INTERMEDIÁRIA. INAPLICABILIDADE DA LEI N. 8.078/1990.

I. Cuidando-se de contrato bancário celebrado com pessoa jurídica para fins de aplicação em sua atividade produtiva, não incide na espécie o CDC, com o intuito da inversão do ônus probatório, porquanto não discutida a hipossuficiência da recorrente nos autos. Precedentes.

II. Nessa hipótese, não se configura relação de consumo, mas atividade de consumo intermediária, que não goza dos privilégios da legislação consumerista.

III. A inversão do ônus da prova, em todo caso, que não poderia ser determinada automaticamente, devendo atender às exigências do art. 6º, VIII, da Lei n. 8.078/1990.

IV. Recurso especial não conhecido.

Voto Divergente: Não houve.

Órgão julgador: Quarta Turma

Observações: PJ CONSUMIDORA: O só fato de uma parte ser economicamente mais forte não torna a outra, em contrapartida, hipossuficiente. É necessário que a situação seja de efetiva desigualdade, isto é, que exista de tal ordem que implique em impossibilidade ou grave dificuldade na produção da defesa.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.025.472 - SP

Data do julgamento: 03.04.2008

Relator: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Natureza do caso: Trata-se de recurso especial interposto por CENTRO TRANSMONTANO DE SÃO PAULO. Sustenta a recorrente que o acórdão recorrido negou vigência aos artigos 2º e 42, parágrafo único, do CDC, bem como divergiu jurisprudencialmente, aduzindo ser consumidora final da água, visto que essa não é utilizada como insumo em suas atividades, estando presente, portanto, a relação de

<p>consumo. Coloca ainda que sendo ela consumidora, tem direito à repetição do indébito por valor igual ao dobro ao que pagou em excesso.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O que se observa é que o hospital está voltado para a prestação de serviços, sendo certo que a água fornecida ao imóvel da recorrente é utilizada para a manutenção dos serviços e do próprio funcionamento do prédio, como é o caso do imóvel particular, em que a água fornecida é utilizada para consumo das pessoas que nelas moram, bem como para manutenção da residência. Desse modo, pelo tipo de atividade desenvolvida pela ora recorrente, percebe-se que ela não utiliza a água como produto a ser integrado em qualquer processo de produção, transformação ou comercialização de outro produto, mas apenas para uso próprio. Nesse sentido, sendo a recorrente destinatária final da água, esta se encontra inserida no conceito de consumidor e submetida à relação de consumo, devendo, portanto, ser observados os ditames do Código de Defesa do Consumidor e, em especial, o artigo 42, parágrafo único, da Lei 8.078/90, o qual estabelece que: "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável". Recurso especial provido.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no Ag nº 807159/SP; CC nº 41056/SP.</p>	
<p>Ementa: RECURSO ESPECIAL. FORNECIMENTO DE ÁGUA. CONSUMIDOR. DESTINATÁRIO FINAL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DEVOUÇÃO EM DOBRO DOS VALORES PAGOS INDEVIDAMENTE. APLICAÇÃO DOS ARTIGOS 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 8.078/90.</p> <p>I - "O conceito de "destinatário final", do Código de Defesa do Consumidor, alcança a empresa ou o profissional que adquire bens ou serviços e os utiliza em benefício próprio" (AgRg no Ag nº 807159/SP, Rel. Min. HUMBERTO GOMES DE BARROS, DJ de 25/10/2008).</p> <p>II - No caso em exame, a recorrente enquadra-se em tal conceituação, visto ser empresa prestadora de serviços médico-hospitalares, que utiliza a água para a manutenção predial e o desenvolvimento de suas atividades, ou seja, seu consumo é em benefício próprio.</p> <p>III - A empresa por ser destinatária final do fornecimento de água e, portanto, por se enquadrar no conceito de consumidora, mantém com a recorrida relação de consumo, o que torna aplicável o disposto no artigo 42, parágrafo único, da Lei 8.078/90.</p> <p>IV - Recurso especial conhecido e provido.</p>	
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>	
<p>Órgão julgador: Primeira Turma</p>	
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: sendo a empresa destinatária final da água, esta se encontra inserida no conceito de consumidor e submetida à relação de consumo, devendo, portanto, ser observados os ditames do Código de Defesa do Consumidor e, em especial, o artigo 42, parágrafo único, da Lei 8.078/90, o qual estabelece que: "o consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável".</p>	

<p>RECURSO ESPECIAL Nº 866.488 - RS</p>	
<p>Data do julgamento: 06.03.2008</p>	<p>Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI</p>
<p>Natureza do caso: Os ora recorrentes ajuizaram contra FOCKINK INSTALAÇÕES ELÉTRICAS LTDA. e MWM INTERNATIONAL INDÚSTRIA DE MOTORES DA AMÉRICA DO SUL LTDA. ação de indenização por danos morais e materiais, alegando, em síntese, que adquiriram da primeira recorrida dois conjuntos de pivôs centrais, produzidos pela segunda recorrida, por meio de contrato de financiamento bancário. Aduziram que os referidos pivôs não possuíam as mesmas características dos que lhes teriam sido oferecidos, não tendo a mesma potência e o rendimento esperado, tendo em vista o aquecimento dos motores.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Não se detecta qualquer omissão, contradição ou obscuridade no acórdão recorrido, uma vez que a lide foi dirimida com a devida e suficiente fundamentação, apenas não se adotando a tese dos recorrentes. É que resta evidente que os autores, ao adquirirem os equipamentos de pivôs centrais das requeridas, não agiram</p>	

<p>como destinatários finais econômicos dos produtos, uma vez que, adquirindo-os, incluíram-nos, como insumos, na cadeia produtiva. Os próprios requerentes anunciam, na peça inicial, que já se dedicavam, aqui no Rio Grande do Sul, à “exploração agrícola e pastoril”, tendo adquirido terras na Bahia “em busca da expansão das suas atividades” (fl. 04). Ora, se exploravam, evidentemente, empresa, utilizaram profissionalmente os bens adquiridos, não podendo, assim, serem tidos como consumidores. Tampouco procede a arguida omissão relativa ao art. 1.056 do Código Civil de 1916 e ao exame das objeções acerca da idoneidade da prova produzida nos autos. Na hipótese examinada, o Tribunal de origem, baseando-se no conjunto fático-probatório colacionado aos autos, reconheceu que as recorridas não praticaram qualquer conduta ilícita, prestando a necessária assistência técnica, bem como que o suposto dano decorreu de fatores não relacionados à ação ou omissão a elas imputáveis. Verifica-se que toda questão posta em litúgio foi decidida em razão de uma análise minuciosa da prova constante nos autos e da situação fática existente, sendo que, para afastar tais argumentos, é necessário que se reexaminem tais provas, o que é inviável em sede de REsp.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no Agravo de Instrumento 344.673/RJ; REsp 510.483/MG; AgRg no REsp 623.190/SE; REsp 686.050/RJ.</p>
<p>Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 458 E 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. ATO ILÍCITO E NEXO DE CAUSALIDADE INEXISTENTES. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO STF. RECURSO NÃO CONHECIDO.</p> <p>I - Não viola os arts. 458 e 535 do CPC, tampouco nega prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.</p> <p>II - O Tribunal de origem decidiu conforme as provas apresentadas, sendo inviável, em âmbito de recurso especial, a reapreciação do conjunto fático-probatório que embasou o julgado por vedação da Súmula 7/STJ.</p> <p>III - A análise do art. 93, IX, da Constituição Federal foge do campo do recurso especial por tratar-se de questão de competência do Supremo Tribunal Federal.</p> <p>Recurso especial não conhecido.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: Pessoa jurídica com a intenção de ser indenizada por danos sofridos em função de frustração de colheita, cujo objetivo era o de revender a produção com lucro, dos produtos cultivados com o apoio dos sistemas de irrigação. Portanto, elas não se enquadram, do ponto de vista finalista, no conceito de consumidores estabelecido pelo art. 2º do CDC.</p>

<p>AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 936.997 - ES</p>	
<p>Data do julgamento: 20.11.2007</p>	<p>Relator: MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA</p>
<p>Natureza do caso: Trata-se de agravo regimental, interposto por Granbrasil Granitos do Brasil S/A, contra decisão que rejeitou embargos de declaração, opostos diante de decisão que negou provimento a recurso especial. Sustenta a agravante que é parte vulnerável, pois aderiu a contratos de adesão, de modo que se lhe aplica o Código de Defesa do Consumidor, especialmente tendo em vista que foi destinatária final dos recursos oriundos da cédula de crédito, utilizados para quitar empréstimos anteriores, e não para incrementar o capital de giro.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O acórdão recorrido registrou que o recorrente "tendo as suas atividades voltadas à extração e beneficiamento de mármore e granito, estabeleceu com a instituição financeira ré intenso relacionamento de crédito para a produção industrial"; ou seja, demanda o aporte financeiro objetivando dinamizar sua própria atividade produtiva.</p> <p>Em casos tais, esta Corte Superior vem afastando a caracterização da relação de consumo: a Corte de origem, com base nos elementos de fato e prova dos autos, concluiu que os recursos obtidos foram utilizados como capital de giro pela sociedade empresária, de sorte que a pretensão da ora agravante, em</p>	

aduzir que os valores não foram alocados como fomento da atividade empresarial, não pode ser reapreciada em sede de recurso especial, sob pena de reexame fático-probatório, vedado nos termos do verbete n.º 7 da Súmula do STJ.
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 660.026/RJ
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HIPÓTESE DE CONSUMO INTERMEDIÁRIO. INAPLICABILIDADE DO CDC. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO VEDADO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O Tribunal de origem assentou que o vultoso aporte financeiro obtido junto à instituição financeira objetivava dinamizar a atividade produtiva da agravante, de modo que, em se tratando de hipótese de consumo intermediário, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor. 2. Ademais, vale salientar que a Corte a quo, com base nos elementos de fato e prova dos autos, concluiu que os recursos obtidos foram utilizados como capital de giro pela sociedade empresária, de sorte que a pretensão da ora agravante, em aduzir que os valores não foram alocados como fomento da atividade empresarial, não pode ser reapreciada em sede de recurso especial, sob pena de reexame fático-probatório, vedado nos termos do verbete n.º 7 da Súmula do STJ. 3. Agravo improvido.
Voto Divergente: Não houve.
Órgão julgador: Quarta Turma
Observações: PJ CONSUMIDORA: O bem adquirido da instituição financeira, pela pessoa jurídica, foi o crédito industrial, que objetivou o aumento do capital de giro, ou seja, o seu próprio desenvolvimento comercial, o que elide a aplicação da legislação de proteção ao consumidor.

RECURSO ESPECIAL Nº 889.406 - RJ	
Data do julgamento: 20.11.2007	Relator: MINISTRO MASSAMI UYEDA
Natureza do caso: Cuida-se de recurso especial interposto por ALL STAR ADMINISTRAÇÃO E CORRETAGEM DE SEGUROS LTDA, fundamentado no artigo 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, em que se alega violação dos artigos 6º, I, 39, V, X e XI e 51, caput, IV, X, XIII, XV e § 1º, II e III, do CDC; e 13 da Lei nº 9.656/98, além de dissídio jurisprudencial. Busca o recorrente a reforma do decisum, sustentando, em síntese, que o fundamento do acórdão recorrido no sentido da possibilidade da resilição unilateral do contrato de seguro-saúde, por ser anterior à Lei nº 9656/98, não subsiste, porquanto tal entendimento infringe todo o sistema de proteção definido no Código de Defesa do Consumidor, inequivocamente incidente ao contrato sob exame.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ entende que no contrato de plano de saúde por tempo indeterminado, de longa duração e de execução continuada, por se renovar a cada pagamento efetuado, incide a legislação produzida neste lapso temporal. Não subsiste, ainda, a argumentação subsidiária da recorrente no sentido de que a resilição unilateral do contrato afrontaria o sistema de proteção ao consumidor, a despeito da não aplicação da legislação específica. Na realidade, o Código de Defesa do Consumidor considera abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que autoriza o fornecedor a rescindir o contrato unilateralmente, se o mesmo direito não for concedido ao consumidor, o que, na espécie, incontroversamente, não se verificou. Não se conhece do recurso especial.	
Acórdãos do STJ mencionadas: RESP nº 244.847/SP	
Ementa: RECURSO ESPECIAL - SEGURO DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DE CONTRATAÇÃO COLETIVA - PACTUAÇÃO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.656/1998 - APLICAÇÃO, EM PRINCÍPIO, AFASTADA - CLÁUSULA QUE PREVÊ A RESILIÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE PLANO DE SAÚDE COLETIVO, COM PRÉVIA NOTIFICAÇÃO - LEGALIDADE - A VEDAÇÃO CONSTANTE DO ARTIGO 13 DA LEI Nº 9.656/1998 RESTRINGE-SE AOS PLANOS OU SEGUROS DE SAÚDE INDIVIDUAIS OU FAMILIARES - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - VIOLAÇÃO - INOCORRÊNCIA - DIREITO DE DENÚNCIA UNILATERAL CONCEDIDA A AMBAS AS PARTES - RECURSO IMPROVIDO. I - O contrato de assistência médico-hospitalar em tela, com prazo indeterminado, fora celebrado entre as	

partes em data anterior à entrada em vigor da Lei nº 9.656 de 1998, o que, em princípio, afastaria sua incidência à espécie;
II - O pacto sob exame refere-se exclusivamente a plano ou seguro de assistência à saúde de contratação coletiva, enquanto que o artigo 13, parágrafo único, II, "b", aponta a nulidade da denúncia unilateral nos planos ou seguros individuais ou familiares;
III - O Código de Defesa do Consumidor considera abusiva e, portanto, nula de pleno direito, a cláusula contratual que autoriza o fornecedor a rescindir o contrato unilateralmente, se o mesmo direito não for concedido ao consumidor, o que, na espécie, incontrovertidamente, não se verificou;
IV - Recurso especial não conhecido.
Voto Divergente: Sim. Votou vencido o Sr. Ministro Hélio Quaglia Barbosa.
Órgão julgador: Quarta Turma

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 861.027 - PR	
Data do julgamento: 23.10.2007	Relator: MINISTRO HÉLIO QUAGLIA BARBOSA
Natureza do caso: Cuida-se de embargos de declaração opostos por JET SUL TÁXI AÉREO LTDA E OUTROS, contra acórdão proferido em sede de recurso especial. Em sua petição de embargos, sustentam os embargantes que o acórdão embargado é omissivo em relação aos seguintes pontos suscitados nas contrarrazões do recurso especial, verbis: "a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor com base no seu artigo 29", e "a inadmissão do recurso, por expressa disposição da Súmula 07 do STJ"	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Gilson Delgado Miranda: "Os embargos de declaração não visam à modificação do julgado. Daí, segundo se defende em termos gerais, não têm os embargos efeitos infringentes (por todos, João Monteiro, Teoria do Processo Civil). Não importa, seja em relação às decisões de primeiro grau ou às proferidas pelo Tribunal, os embargos devem ser usados para que o juiz ou o tribunal, conforme o caso, emita um provimento integrativo-retificador, que tenha assim o condão de afastar a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no julgado. Desta feita, não pode, em tese, o julgador, quando do julgamento dos embargos, reexaminar a causa, porquanto a decisão, uma vez proferida, torna-se irretratável, nos moldes do princípio expressamente insculpido no artigo 463 do CPC..." Não se discutiu o mérito. Edcl rejeitados.	
Acórdãos do STJ mencionadas: EDcl no AgRg no Ag 684675/DF	
Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. 1. Inexistência dos vícios previstos no artigo 535 do CPC. 2. Recurso destinado à obtenção de efeitos infringentes. 3. Embargos de declaração rejeitados.	
Voto Divergente: Não houve	
Órgão julgador: Quarta Turma.	

RECURSO ESPECIAL Nº 716.877 - SP	
Data do julgamento: 22.03.2007	Relator: MINISTRO ARI PARGENDLER
Natureza do caso: Carlos Augusto dos Santos ajuizou ação declaratória negativa desconstitutiva de título cambial c/c indenizatória contra Quinta Roda Máquinas e Veículos Ltda. e Scania Latin América Ltda. Scania Latin América Ltda. argüiu exceção de incompetência, e, motivado na circunstância de que não há relação de consumo, alegou que o juízo competente para o processamento e julgamento do feito é o do domicílio do réu. Neste processo, o agravado adquiriu o caminhão para uso próprio e na sua atividade comercial (transporte rodoviário de cargas), da qual aufero o sustento próprio e de sua família. Não paira, pois, dúvida, tratar-se de relação de consumo. É relação típica de consumo, aplicando-se, em consequência, à espécie, o CDC. Daí o recurso especial interposto por Scania Latin América Ltda. com fundamento nas alíneas a e c do permissivo constitucional, alegando violação do artigo 460 do CPC e do artigo 2º da Lei nº 8.078, de 1990.	

<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: As instâncias ordinárias concluíram pela caracterização de relação de consumo, enquanto o recurso especial identifica violação do artigo 2º da Lei nº 8.078 de 1990, nos seguintes termos: “O recorrido, como dito, é empresário, valendo-se do veículo como meio de produção e, via de consequência, como meio próprio para a produção de novas riquezas. O consumidor final, diferentemente, é aquele que se situa no elo final da cadeia de consumo e adquire bens ou serviços para atendimento de uma necessidade própria, como último destinatário”. Nessa linha, uma pessoa jurídica de vulto que explore a prestação de serviços de transporte tem condições de reger seus negócios com os fornecedores de caminhões pelas regras do Código Civil. Já o pequeno caminhoneiro, que dirige o único caminhão para prestar serviços que lhe possibilitarão sua manutenção e a da família deve ter uma proteção especial, aquela proporcionada pelo Código de Defesa do Consumidor. REsp não conhecido.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: Não há.</p>
<p>Ementa: CIVIL. RELAÇÃO DE CONSUMO. DESTINATÁRIO FINAL. A expressão destinatário final, de que trata o art. 2º, caput, do CDC abrange quem adquire mercadorias para fins não econômicos, e também aqueles que, destinando-os a fins econômicos, enfrentam o mercado de consumo em condições de vulnerabilidade; espécie em que caminhoneiro reclama a proteção do Código de Defesa do Consumidor porque o veículo adquirido, utilizado para prestar serviços que lhe possibilitariam sua manutenção e a da família, apresentou defeitos de fabricação. Recurso especial não conhecido.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: O pequeno caminhoneiro que dirige um único caminhão para prestar serviços que lhe possibilitarão sua manutenção e a da família deve ter a proteção especial do Código de Defesa do Consumidor.</p>

<p>RECURSO ESPECIAL Nº 872.666 - AL</p>	
<p>Data do julgamento: 14.12.2006</p>	<p>Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI</p>
<p>Natureza do caso: Recurso especial interposto por BUNGE ALIMENTOS S/A na ação de repetição de indébito, ajuizada por SÍLVIO MENEZES TAVARES. No Resp a recorrente alega violação (i) ao art. 2º do CDC porque ausente a condição de “destinatário final”, (ii) ao art. 42 do CDC, pois não houve cobrança indevida, mas sim pagamento indevido que se operou por descuido do próprio recorrido; (iii) ao art. 394 do CC/02, pois a restituição do valor pago a mais sempre esteve disponível e só não se operou por inércia do próprio credor; (iv) ao art. 2.035 do CC/02, porque os juros moratórios deveriam respeitar a regra de direito intertemporal ali fixada; (v) dissídio jurisprudencial, porque os juros moratórios só podem incidir a partir do trânsito em julgado da condenação à repetição do indébito; (vi) aos arts. 535 e 538, parágrafo único, do CPC, porque indevida a aplicação da multa em face do suposto caráter protelatório do Edcl.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Não deve prosperar a discussão sobre a aplicação do termo “destinatário final”, uma vez que o próprio art. 42 do CDC é inaplicável ao caso afastando nesse ponto a incidência do CDC. Dessa forma foi afastado o fundamento jurídico do acórdão recorrido e aplicado em seguida as regras do direito comum para julgar o mérito de forma a improver o Resp, utilizando o fundamento do enriquecimento sem causa em substituição às disposições jurídicas que se apresentam inaplicáveis. Nesse passo as controvérsias do presente acórdão foram julgadas conforme as normas do CC/02, afastando-se a incidência do CDC. Recurso especial parcialmente provido.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: CC nº 64.524/MT; Resp nº 541.867/BA; REsp 277.382/SP; Resp nº 344.583/RJ; Resp nº 608.887/ES; Edcl no Resp nº 261.793/MG</p>	
<p>Ementa: Civil. Processo civil. Recurso especial. Ação de repetição de indébito. Duplo pagamento de insumos adquiridos por grande produtor rural. Pretensão veiculada com fundamento no CDC. Aplicação do direito à espécie. Possibilidade. Devolução simples do valor indevidamente pago. Aplicação dos arts. 964 e 965 do CC/16. Alegação de mora do credor. Inexistência. Juros moratórios contratuais. Data de início da incidência dos juros moratórios. Multa em face do alegado caráter protelatório dos embargos de declaração. Necessidade de fundamentação.</p>	

<p>- De acordo com o decidido no CC nº 64.524/MT, 2ª Seção, de minha relatoria, DJ de 09.10.2006, só há relação de consumo quando ocorre destinação final do produto ou serviço, e não na hipótese em que estes são alocados na prática de outra atividade produtiva. Ressalva pessoal.</p> <p>- Seja qual for o entendimento a respeito da existência ou não de relação de consumo, na presente hipótese, o próprio Tribunal de Justiça reconheceu a inoportunidade de cobrança extrajudicial indevida, o que afasta a incidência do art. 42, par. ún., do CDC.</p> <p>- Vencida a base jurídica do acórdão recorrido, cabe ao STJ aplicar o direito à espécie, porque não há como limitar as funções deste Tribunal aos termos de um modelo restritivo de prestação jurisdicional que seria aplicável, tão somente, a uma eventual Corte de Cassação. Aplicação do art. 257 do RISTJ e da Súmula nº 456 do STF.</p> <p>- Não é cabível a aplicação do art. 1.531 do CC/16, atual art. 940 do CC/02, porque aquele exige a cobrança injustificada por meio de 'demanda', ou seja, por ação judicial, além da ocorrência de má-fé do pretenso credor.</p> <p>- Como ambas as circunstâncias estão ausentes na presente hipótese, autoriza-se, apenas, a restituição simples do pagamento indevido, com fundamento nos arts. 964 e 965 do CC/16.</p> <p>- Não é possível o reexame de fatos e provas em recurso especial.</p> <p>- Não se conhece de recurso especial na parte em que este se encontra deficientemente fundamentado.</p> <p>- O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico de acórdãos que versem sobre situações fáticas similares.</p> <p>- Afasta-se a incidência da multa do art. 538, par. único, do CPC, quando o Tribunal de Justiça não fundamenta adequadamente seu cabimento à hipótese.</p> <p>Recurso especial parcialmente conhecido e provido.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: Teoria subjetiva ou finalista como base para a definição da ocorrência ou não de 'destinação final' do produto ou serviço.</p>

<p>RECURSO ESPECIAL Nº 687.322 - RJ</p>	
<p>Data do julgamento: 21.09.2016</p>	<p>Relator: MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO</p>
<p>Natureza do caso: Lea Boechat dos Santos e Ricardo Macedo dos Santos interpõem recurso especial Sustentam os recorrentes violação dos artigos 1.503, inciso I, e 1.483 do Código Civil de 1916, haja vista que "ao pretexto de que os fiadores são sócios da afiançada, o tribunal resolveu não exonerá-los da garantia" (fl. 183) e que "o Código não previu a hipótese de manutenção da fiança, diante moratória, se os fiadores fossem sócios da empresa afiançada. Portanto, se a E. Câmara introduz essa interpretação, o faz extensivamente ". Alegam ofensa ao artigo 3º, caput, da Lei nº 8.078/90, uma vez que, "se a franquiada (sic.), para exercer sua atividade, só pode lidar com produtos e serviços fornecidos pela franquidora (sic.), a relação entre ambas é regulada pelo" (fl. 183) referido dispositivo legal, "como assinalado pela sentença de primeira instância" (fl. 183).</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O que se examinou como tema central, foi a aplicação do CDC na relação entre o franqueado e o franqueador. Porquanto se tem desenvolvido quase sempre à sombra do conceito de destinatário final, sem considerar, como adverte a notável jurista Cláudia Lima Marques, que "pode ser importante para as nossas conclusões saber que as normas do CDC são aplicáveis, por lei, a pessoa que em princípio não poderiam ser qualificadas como consumidores stricto sensu". O critério fundamental, sem dúvida, para a melhor identificação da existência de relação de consumo é o da vulnerabilidade, nas suas diversas projeções, porque permite enlaçar o Código de Defesa do Consumidor com a teoria moderna dos contratos que finca raízes mais fortes na boa-fé e na destinação social. No contrato de franquia, são múltiplas as possibilidades negociais e dentro de cada espécie estão, por sua vez, embutidas diversas modalidades obrigacionais. Não incide o CDC na medida em que não se pode equiparar o franqueado ao consumidor, pois este não tem condições técnicas de ser destinatário final do produto. Além disso, não há fundamento suficiente para</p>	

<p>pôr o franqueado na cobertura do art. 29 do Código de Defesa do Consumidor, pois o contrato de franquia obedece ao disposto em legislação especial que regula estritamente a formação do contrato e regula as sanções possíveis; e no mais, não há o que se falar em vulnerabilidade uma vez que a fragilidade não existe quando se sabe que o franqueador tem obrigações definidas na lei para a concessão da franquia, com indicação precisa das obrigações que assume e que o franqueado deve assumir. Resp não conhecido.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp nº 403.799-MG</p>
<p>Ementa: Contrato de fiança. Relação entre o franqueador e franqueado. Lei nº 8.955/94. Código de Defesa do Consumidor. Fiança. Exoneração.</p> <p>1. A relação entre o franqueador e o franqueado não está subordinada ao CDC.</p> <p>2. Afastando o acórdão a existência de moratória com base na realidade dos autos e em cláusula contratual, não há espaço para acolher a exoneração da fiança, a teor das Súmulas nºs 5 e 7 da Corte, ademais da falta de pré-questionamento dos dispositivos indicados no especial.</p> <p>3. Recurso especial não conhecido.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: O relacionamento contratual das partes em um contrato de franquia, não pode ser tido como uma relação de consumo, nem de consumidor e, nem de equiparação a consumidor.</p>

<p>AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 687.239 - RJ</p>	
<p>Data do julgamento: 06.04.2016</p>	<p>Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI</p>
<p>Natureza do caso: Cuida-se do agravo, interposto pelo BANCO DO BRASIL S/A, contra a decisão unipessoal que negou seguimento a recurso especial. Na origem trata-se de ação de indenização por danos materiais, proposta pelo agravante em face da CJF DE VIGILÂNCIA LTDA., tendo por base o contrato de prestação de serviços de vigilância celebrado pelas partes, com o fito de obter reparação pelos danos sofridos em decorrência de assaltos ocorridos em duas agências bancárias. A agravante sustenta que o CDC se aplica à hipótese tendo em vista a sua hipossuficiência técnica em relação à empresa de segurança contratada para a prestação dos serviços de vigilância armada.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Conforme salientado na decisão agravada, a jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto, ou seja, somente nos casos em que evidenciada uma típica relação de consumo, o que não ocorre na contratação de empresa de segurança, para prestar serviços de vigilância em agências, pelo Banco do Brasil. Aplica-se, portanto, à espécie o óbice da Súmula 83/STJ. Nega-se provimento ao agravo.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 648.613/SP; REsp 660.026/RJ; REsp 541.867/BA</p>	
<p>Ementa: Direito civil. Consumidor. Agravo no recurso Especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação.</p> <p>- A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC.</p> <p>Negado provimento ao agravo</p>	
<p>Voto Divergente: Não houve</p>	
<p>Órgão julgador: Terceira Turma.</p>	

<p>RECURSO ESPECIAL Nº 684.613 - SP</p>	
<p>Data do julgamento: 21.06.2005</p>	<p>Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI</p>
<p>Natureza do caso: Na origem trata-se de ação de execução de título extrajudicial movida por NISSHO</p>	

<p>IWAI PANAMÁ INTERNATIONAL S/A em face de MARIA LÚCIA SAMPAIO CHAGAS, ora recorrente, a qual, na qualidade de co-devedora, responde pelo inadimplemento de contrato de arrendamento mercantil firmado entre a recorrida e a Clínica de Imagem de Salvador S/C LTDA, sociedade da qual faz parte. No Resp em síntese, postula a decretação de nulidade do acórdão proferido em sede de embargos de declaração e defende a abusividade da cláusula de eleição de foro prevista no contrato, na perspectiva de aplicação do CDC à hipótese.</p>
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada</p> <p>a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC. Além disso, mesmo em hipóteses de aplicação imediata do CDC, a jurisprudência do STJ entende que deve prevalecer o foro de eleição quando verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora ou do contrato celebrado entre as partes. Dessa forma, comprovado o porte expressivo da contratação (US\$ 859.820,00), afasta-se, de plano, a vulnerabilidade econômica da recorrente. Ante o exposto, é de se ter lícita a cláusula de eleição de foro, Resp não conhecido.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: Resp. 476428; Resp. 661.145; CC 32.270/SP; AResp 561.853/MG</p>
<p>Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. CONCEITO DE CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. EXCEPCIONALIDADE. NÃO CONSTATAÇÃO NA HIPÓTESE DOS AUTOS. FORO DE ELEIÇÃO. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA. REJEIÇÃO.</p> <p>- A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do CDC à pessoa jurídica empresária excepcionalmente, quando evidenciada a sua vulnerabilidade no caso concreto; ou por equiparação, nas situações previstas pelos arts. 17 e 29 do CDC.</p> <p>- Mesmo nas hipóteses de aplicação imediata do CDC, a jurisprudência do STJ entende que deve prevalecer o foro de eleição quando verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora ou do contrato celebrado entre as partes.</p> <p>- É lícita a cláusula de eleição de foro, seja pela ausência de vulnerabilidade, seja porque o contrato cumpre sua função social e não ofende à boa-fé objetiva das partes, nem tampouco dele resulte inviabilidade ou especial dificuldade de acesso à Justiça.</p> <p>Recurso especial não conhecido.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: Cláusula contratual de eleição de foro lícita, seja pela ausência de vulnerabilidade da empresa recorrente, porque a parte aderente ao contrato dispunha de meios suficientes, econômicos e técnicos, para compreender o sentido e as conseqüências da estipulação contratual; seja porque o contrato cumpre sua função social e não ofende à</p> <p>boa-fé objetiva das partes, nem tampouco resulte inviabilidade ou especial dificuldade de acesso à Justiça - o que afasta a interferência do Estado Juiz, seja com fundamento no CDC ou na legislação civil aplicável à espécie.</p>

RECURSO ESPECIAL Nº 93.291 - PR	
Data do julgamento: 17.05.2005	Relator: MINISTRO BARROS MONTEIRO
<p>Natureza do caso: Na origem trata-se de embargos à execução, fundada em contrato de confissão de dívida e nota promissória, que lhe move a "Cooperativa Agrícola de Cotia – Cooperativa Central", alegando: a) inépcia da inicial; b) impossibilidade de cobrança de multa não pactuada, bem como de correção monetária; c) nulidade da cláusula que estabeleceu os encargos de 41% ao mês em caso de inadimplemento. O embargante manifestou o presente recurso especial, apontando negativa de vigência ao art. 51, IV e seu § 1º, inciso I, II e III, da Lei 8.078/90. Segundo ele, a cláusula contratual, que ordena o pagamento de 41% de encargos financeiros ao mês em caso de inadimplemento da obrigação no prazo avençado, não só é leonina como atenta contra os princípios fundamentais do sistema jurídico, mostrando-se excessivamente onerosa.</p>	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: As normas	

do CDC não se aplicam ao caso em exame pois o ora recorrente não se põe na condição de consumidor, mas meramente de cooperado, qualidade esta que arreda a arguição de preceitos constantes da legislação consumerista. Depois, a taxa de 41% ao mês refere-se não somente ao custo de captação dos recursos financeiros pela Cooperativa no mercado, mas também, conforme consignado em ambos os decisórios, ao ressarcimento pelas despesas havidas com os serviços de utilização comum postos à disposição dos associados.
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp nº 541.867/BA
Ementa: EXECUÇÃO. COOPERATIVA. CONFISSÃO DE DÍVIDA E NOTA PROMISSÓRIA. ENCARGOS PACTUADOS. ALEGAÇÃO DE ONEROSIDADE EXCESSIVA. - Fundamentos expendidos pelas instâncias ordinárias que não são objeto de impugnação por parte do cooperado. - Inaplicabilidade ao caso do disposto no art. 51, IV, do CDC, não só por ostentar o recorrente a qualidade de mero cooperado, mas também porque a taxa cobrada dos encargos diz respeito também a serviços de utilização comum postos à disposição dos associados. Recurso especial não conhecido.
Voto Divergente: Sim, vencidos : Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar
Órgão julgador: Quarta Turma
Observações: PJ CONSUMIDORA: O Direito do Consumidor não se aplica às relações entre cooperativa e cooperado.

RECURSO ESPECIAL Nº 660.026 - RJ	
Data do julgamento: 03.05.2005	Relator: : MINISTRO JORGE SCARTEZZINI
Natureza do caso: Infere-se dos autos que INTERLIZE PRODUÇÃO E DESENVOLVIMENTO EM INFORMÁTICA LTDA. ajuizou Ação Ordinária em face de TELEMAR NORTE LESTE S/A, concessionária de telefonia, objetivando a reparação dos danos materiais e morais que lhe foram causados pela interrupção da prestação do serviço público por período superior a quinze dias, em virtude de incêndio não criminoso ocorrido nas centrais telefônicas da empresa-ré. Sustentou que, operando no ramo da informática, inclusive ministrando cursos e sendo provedora de internet, foi impossibilitada de desempenhar suas atividades durante mencionado lapso temporal, o que ocasionou rescisões contratuais, perda de faturamento, bem como abalo de seu nome no mercado empresarial. A empresa de telefonia interpôs, então, Recurso Especial sob alegação de afronta aos arts. 2º e 14 do CDC, e 1.058 do CC/1916. Argui que a recorrida não pode ser considerada consumidora, vez que se utiliza dos serviços telefônicos para exploração de sua própria atividade econômica. Pugna, ainda, pelo reconhecimento do incêndio ocorrido em suas centrais telefônicas como caso fortuito, determinante do afastamento de sua responsabilização civil.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Nos termos da doutrina finalista, consagrada pelo STJ quanto à matéria ora em debate, tem-se que a recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza dos serviços de telefonia prestados pela recorrente com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva, consistente no fornecimento de acesso à rede mundial de computadores (internet) e de consultorias e assessoramento na construção de homepages, em virtude do que se afasta a existência de relação de consumo . Ademais, a eventual hipossuficiência da empresa em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lícito cogitar-se no Resp a respeito, sob pena de indevida supressão de instância. No presente caso, conquanto se tenha entendido pela responsabilização civil objetiva com base no CDC, prescindindo-se da demonstração de culpa, não há que se falar em prejuízo à recorrente e, por conseguinte, em necessidade de anulação dos atos processuais com vistas à renovação da instrução probatória, vez que se revela aplicável à responsabilidade das empresas prestadoras de serviços públicos, também de cunho objetivo e dotada, portanto, dos mesmos elementos constitutivos da responsabilização civil à qual a recorrente fora condenada. Neste contexto, importa tão-somente ressaltar que os requisitos ensejadores da responsabilidade da concessionária, quais sejam, ação ou omissão, dano e nexos de causalidade, restaram indubitavelmente reconhecidos pelas instâncias ordinárias, absolutamente soberanas no exame do acervo fático-probatório.	

<p>Acórdãos do STJ mencionadas: Resp nº 541.867/BA, REsp nº 661.145/ES</p> <p>Ementa: RESPONSABILIDADE CIVIL. CONCESSIONÁRIA DE TELEFONIA. SERVIÇO PÚBLICO. INTERRUPTÃO. INCÊNDIO NÃO CRIMINOSO. DANOS MATERIAIS. EMPRESA PROVIDORA DE ACESSO À INTERNET. CONSUMIDORA INTERMEDIÁRIA. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE CONSUMO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA CONFIGURADA. CASO FORTUITO. EXCLUDENTE NÃO CARACTERIZADA. ESCOPO DE PACIFICAÇÃO SOCIAL DO PROCESSO. RECURSO NÃO CONHECIDO.</p> <p>1. No que tange à definição de consumidor, a Segunda Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp nº 541.867/BA, perfilhou-se à orientação doutrinária finalista ou subjetiva, de sorte que, de regra, o consumidor intermediário, por adquirir produto ou usufruir de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo, não se enquadra na definição constante no art. 2º do CDC.</p> <p>Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.</p> <p>2. A recorrida, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza dos serviços de telefonia prestados pela recorrente com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva, consistente no fornecimento de acesso à rede mundial de computadores (internet) e de consultorias e assessoramento na construção de homepages, em virtude do que se afasta a existência de relação de consumo. Ademais, a eventual hipossuficiência da empresa em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância.</p> <p>3. Todavia, in casu, mesmo não configurada a relação de consumo, e tampouco a fragilidade econômica, técnica ou jurídica da recorrida, tem-se que o reconhecimento da responsabilidade civil da concessionária de telefonia permanecerá prescindindo totalmente da comprovação de culpa, vez que incidentes as normas reguladoras da responsabilidade dos entes prestadores de serviços públicos, a qual, assim como a do fornecedor, possui índole objetiva (art. 37, § 6º, da CF/88), sendo dotada, portanto, dos mesmos elementos constitutivos. Neste contexto, importa ressaltar que tais requisitos, quais sejam, ação ou omissão, dano e nexa causal, restaram indubitavelmente reconhecidos pelas instâncias ordinárias, absolutamente soberanas no exame do acervo fático-probatório.</p> <p>4. Por fim, com base na análise do conjunto fático-probatório, principalmente das perícias realizadas, cujo reexame é vedado nesta seara recursal (Súmula 07 da Corte), entenderam as instâncias ordinárias que o incêndio que acometeu as instalações telefônicas da concessionária não consubstancia caso fortuito, não havendo que se falar em excludente da responsabilidade civil objetiva da recorrente.</p> <p>5. Diante do exposto, a manutenção da condenação da empresa concessionária de telefonia é medida de rigor, mesmo que por outros fundamentos, alterando-se tão somente a qualificação jurídica dos fatos delineados pelas instâncias ordinárias, da responsabilidade consumerista para a dos entes prestadores de serviço público, ante a identidade e comprovação dos elementos configuradores da responsabilização civil, ambas de ordem objetiva, a par de restar comprovada a ausência de qualquer causa excludente da responsabilidade civil.</p> <p>6. Com efeito, não se mostraria razoável, à luz dos princípios da celeridade na prestação jurisdicional, da economia processual, da proporcionalidade e da segurança jurídica, anular-se todo o processo, equivalente a 05 (cinco) anos de prestação de serviço judiciário, no qual restou exaustivamente discutida e demonstrada a responsabilidade civil da empresa concessionária de telefonia, sob pena de se privilegiar indevidamente o formalismo exacerbado em total detrimento do escopo de pacificação social do processo, mantendo-se situação de instabilidade e ignorando-se por completo a orientação preconizada pelos modernos processualistas.</p> <p>7. Recurso Especial não conhecido.</p>
<p>Voto Divergente: Não Houve.</p>
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: Não há a relação de consumo, tendo em vista que, o emprego da telefonia constitui um meio pelo qual a pessoa jurídica desenvolve sua atividade comercial.</p>

RECURSO ESPECIAL Nº 476.428 - SC	
Data do julgamento: 19.04.2005	Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
<p>Natureza do caso: Na origem o recorrido GRACHER HOTÉIS E TURISMO LTDA ajuizou ação de indenização contra a empresa recorrente, com o escopo de se ressarcir de prejuízos decorrentes da impossibilidade de usufruir as sobras de gás remanescentes</p> <p>em recipientes de gás GLP, vendidos pela distribuidora insurgente. Em suas razões de recurso especial, a recorrente aponta negativa de vigência aos art. 2º, 4º e 26 do Código de Defesa do Consumidor e divergência jurisprudencial em relação aos temas: amplitude do conceito de consumidor, reconhecimento da vulnerabilidade do recorrido, e a inaplicabilidade da prescrição quinquenal à espécie.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ superou a discussão acerca do alcance da expressão "destinatário final", constante do art. 2º do CDC, consolidando a teoria subjetiva (ou finalista) como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor. Nesse prisma, a expressão "destinatário final" não compreenderia a pessoa jurídica empresária. Por outro lado, a jurisprudência do STJ, ao mesmo tempo que consagra o conceito finalista, reconhece a necessidade de mitigação do critério para atender situações em que a vulnerabilidade se encontra demonstrada no caso concreto. Em relação a esse componente informador do subsistema das relações de consumo, inclusive, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão somente pela capacidade econômica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda ser vulnerável pela dependência do produto; pela natureza adesiva do contrato imposto; pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável; pela extrema necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, dentre outros fatores. Por isso mesmo, ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência do STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores - empresários em que fique evidenciada a relação de consumo, isto é, a relação formada entre fornecedor e consumidor vulnerável, presumidamente ou não. Portanto, por equiparação, em razão da exposição da sociedade empresária às práticas comerciais abusivas, o CDC deve ser aplicado à hipótese, ainda que por fundamentos diversos daqueles esposados pelo acórdão recorrido. Resp não conhecido.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: Resp. 661.145, CC 32.270/SP, AEResp 561.853/MG; Resp 519.946/SC, Resp 457.398/SC</p>	
<p>Ementa: Direito do Consumidor. Recurso especial. Conceito de consumidor. Critério subjetivo ou finalista. Mitigação. Pessoa Jurídica. Excepcionalidade. Vulnerabilidade. Constatação na hipótese dos autos. Prática abusiva. Oferta inadequada. Característica, quantidade e composição do produto. Equiparação (art. 29). Decadência. Inexistência.</p> <p>Relação jurídica sob a premissa de tratos sucessivos. Renovação do compromisso. Vício oculto.</p> <p>- A relação jurídica qualificada por ser "de consumo" não se caracteriza pela presença de pessoa física ou jurídica em seus polos, mas pela presença de uma parte vulnerável de um lado (consumidor), e de um fornecedor, de outro.</p> <p>- Mesmo nas relações entre pessoas jurídicas, se da análise da hipótese concreta decorrer inegável vulnerabilidade entre a pessoa-jurídica consumidora e a fornecedora, deve-se aplicar o CDC na busca do equilíbrio entre as partes. Ao consagrar o critério finalista para interpretação do conceito de consumidor, a jurisprudência deste STJ também reconhece a necessidade de, em situações específicas, abrandar o rigor do critério subjetivo do conceito de consumidor, para admitir a aplicabilidade do CDC nas relações entre fornecedores e consumidores - empresários em que fique evidenciada a relação de consumo.</p> <p>- São equiparáveis a consumidor todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas comerciais abusivas.</p> <p>- Não se conhece de matéria levantada em sede de embargos de declaração, fora dos limites da lide (inovação recursal).</p> <p>Recurso especial não conhecido.</p>	
<p>Voto Divergente: Não houve</p>	
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>	

RECURSO ESPECIAL Nº 541.867 - BA	
Data do julgamento: 10.11.2004	Relator: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (vencido) – Relator p/ Acórdão MINISTRO BARROS MONTEIRO
<p>Natureza do caso: American Express do Brasil S/A Turismo interpõe recurso Especial alegando negativa de vigência dos arts. 2.º, 6.º, VIII, 14, do Código de Defesa do Consumidor e 111, do Código de Processo Civil, sustentando a não incidência no caso dos autos das disposições do Código de Defesa do Consumidor e consequentemente a incompetência absoluta, em razão da matéria, da Vara de Defesa do Consumidor para processar o feito.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Não há falar em relação de consumo quando a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, tem como escopo incrementar a sua atividade comercial. Ocorre no caso o que se denomina o “consumo intermediário”; vale dizer, a pessoa natural ou jurídica comerciante emprega o sistema de crédito ou de pagamento à vista por meio eletrônico, fornecido pela administradora de cartão de crédito, como forma de incrementar as suas atividades comerciais. O produto adquirido não se destina ao consumo próprio, daí por que inexistente a relação de consumo a atrair a competência da vara especializada. Em realidade, a relação de consumo restringe-se à autora, “Central de Tintas Ltda.,” e à pessoa que adquiriu, em seu estabelecimento comercial, o produto no varejo. O que faz parte da cadeia econômica da atividade do comerciante, não pode ser tida como relação de consumo.</p> <p>Conheceu-se do recurso e deu-lhe provimento para reconhecer a incompetência absoluta do Juízo de Direito da 2ª Vara Especializada de Defesa do Consumidor da Comarca de Salvador, decretando a nulidade dos atos praticados e determinando, por conseguinte, a remessa do feito a uma das varas cíveis da mesma Comarca.</p>	
Acórdãos do STJ mencionados: Resp's ns. 218.505–MG e 264.126–RS.	
<p>Ementa: COMPETÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO E DE SERVIÇOS DE CRÉDITO PRESTADO POR EMPRESA ADMINISTRADORA DE CARTÃO DE CRÉDITO. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.</p> <p>– A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária.</p> <p>Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a incompetência absoluta da Vara Especializada de Defesa do Consumidor, para decretar a nulidade dos atos praticados e, por conseguinte, para determinar a remessa do feito a uma das Varas Cíveis da Comarca.</p>	
Voto Divergente: Sim. Vencidos os Srs. Ministros Relator, Nancy Andrighi, Humberto Gomes de Barros e Castro Filho.	
Órgão julgador: Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça	

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 41.056 - SP	
Data do julgamento: 23.06.2004	Relator: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR – Relator p/ acórdão MINISTRA NANCY ANDRIGHI
<p>Natureza do caso: Trata-se de conflito negativo submetido a esta Corte pelo Juízo de Direito da 27ª Vara Cível Central da Comarca da Capital, SP, em face da remessa, após acolhimento de exceção de incompetência, de ação condenatória proposta perante a 16ª Vara Cível do Rio de Janeiro por Farmácia Vital Brasil Ltda. contra Companhia Brasileira de Meios de Pagamento. Nas razões, defende cuidar-se a autora de destinatária final do serviço obtido pela utilização do maquinário próprio para débito eletrônico ou venda a crédito de medicamentos, caracterizada a relação de consumo quando objeto de questionamento a glosa de R\$ 158,00 decorrentes de operação autorizada, mediante cartão de crédito, este o objeto da ação. Afirma que se diferente for a percepção da controvérsia, impossível seria considerar as pessoas jurídicas consumidoras finais, tornando inaplicável o disposto nos arts. 2º e 3º do CDC, cuja</p>	

<p>violação entende ser suficiente à declaração de nulidade da cláusula contratual de eleição de foro, por vício do serviço (art. 101, I, da Lei n. 8.078/90), em favor do domicílio da autora, onde será facilitada sua defesa, dada a condição de hipossuficiente que ostenta.</p>
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: A teoria adotada pelo STJ é a finalista (subjetiva). O acórdão coloca que (i) o conceito de consumidor deve ser subjetivo, ou seja, deve ser entendido como aquele que ocupa um nicho específico da estrutura de mercado - o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço - mas com uma finalidade específica: consumi-lo para suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal, do ser humano. (ii) o conceito de consumidor deve ser permeado pelo critério econômico, ou seja, levando-se em consideração tão-somente o personagem que no mercado de consumo adquire bens ou então contrata a prestação de serviços, como destinatário final, pressupondo-se que assim age com vistas ao atendimento de uma necessidade própria e não para o desenvolvimento de uma outra atividade negocial e (iii) a expressão “destinatário final” deve ser interpretada restritivamente. Para se caracterizar consumidor, não basta ser o adquirente ou utente destinatário final fático do bem ou serviço: deve também ser o seu destinatário final econômico, isto é, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta. Portanto, admite-se a tutela da pessoa jurídica como consumidora se (i) não detenha a pessoa jurídica intuito de lucro, (ii) caso detenha a pessoa jurídica adquirente ou utente intuito de lucro, duas circunstâncias, cumuladamente, devem estar presentes: (a) o produto ou serviço adquirido ou utilizado não possua qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica desenvolvida, e (b) esteja demonstrada a sua vulnerabilidade ou hipossuficiência (fática, jurídica ou técnica) perante o fornecedor.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: Resp nº. 218.505/MG, Resp nº 264.126/RS, Resp nº. 475220/GO.</p>
<p>Ementa: Processo civil. Conflito de competência. Contrato. Foro de eleição. Relação de consumo. Contratação de serviço de crédito por sociedade empresária. Destinação final caracterizada.</p> <p>- Aquele que exerce empresa assume a condição de consumidor dos bens e serviços que adquire ou utiliza como destinatário final, isto é, quando o bem ou serviço, ainda que venha a compor o estabelecimento empresarial, não integre diretamente - por meio de transformação, montagem, beneficiamento ou revenda - o produto ou serviço que venha a ser ofertado a terceiros.</p> <p>- O empresário ou sociedade empresária que tenha por atividade precípua a distribuição, no atacado ou no varejo, de medicamentos, deve ser considerado destinatário final do serviço de pagamento por meio de cartão de crédito, porquanto esta atividade não integra, diretamente, o produto objeto de sua empresa.</p>
<p>Voto Divergente: Sim. Vencidos os Srs. Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e Fernando Gonçalves.</p>
<p>Órgão julgador: Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: Ocorrendo a ausência do requisito da relação de consumo, não cabe perquirir sobre a eventual hipossuficiência da autora frente à ré, devendo prevalecer o foro eleito no contrato para dirimir as questões dele oriundas, independentemente de cuidar-se de contrato de adesão.</p>

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 40.995 - RJ	
Data do julgamento: 26.05.2004	Relator: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
<p>Natureza do caso: Trata-se de conflito negativo de iniciativa do Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Jacarepaguá, Estado do Rio de Janeiro, em face da declinação para o foro contratual, após provimento de exceção de incompetência, de ação de indenização originalmente proposta perante a 7ª Vara Cível de Vitória, Estado do Espírito Santo, por Jovair Antônio da Silva e Companhia Ltda. contra Indústria de Bebidas Antártica do Sudeste S.A. Alega o magistrado suscitante que a vontade das partes, no momento da pactuação original, ocorrida muito tempo atrás, era que as questões que a ele dissessem respeito seriam resolvidas na capital capixaba, em razão de a sede da aglutinada Indústria de Bebidas Antártica do Espírito Santo S.A. estar localizada em Viana, ES. O juízo suscitado, resolvendo a declinatoria de foro, entendeu que a aglutinação da empresa-ré com a ora demandada importou na alteração do foro eleito, pois a disposição contratual a respeito estabelece que as ações serão propostas na “capital do estado da sede da produtora”, que agora situa-se no Rio de Janeiro, disposição não modificada no aditamento</p>	

firmado quando da incorporação.
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Tira-se dos autos que nenhuma das partes em litígio pode ser considerada hipossuficiente ao ponto de, individualmente, sofrer prejuízo em sua defesa, caso tenha que deduzi-la em qualquer dos Juízos, sequer havendo menção expressa à norma consumerista nestes autos, salvo ligeira referência a diferença no poderio econômico, insuficiente para atrair sua incidência. Por outro lado, o aditamento contratual firmado à época do evento, que convalidou a cláusula anterior, teve o efeito de transferir o foro para o RJ, sede da incorporadora, o que não implica nulidade alguma, apenas a livre manifestação das partes em adaptar o vínculo comercial que as unia, conforme assentado pelo julgador que resolveu a exceção de incompetência. Além disso, ainda um outro aditamento foi assinado, mantendo as demais condições anteriores, entre as quais se inclui a cláusula de foro. Diante desse quadro, não há elementos que possam induzir à mudança do foro estabelecido pelas partes para solução dos litígios, devendo-se observar o contrato no particular, na esteira da jurisprudência pacífica do STJ.
Acórdãos do STJ mencionadas: CC n. 40.220-SP, CC n. 36.412-SP
Ementa: PROCESSUAL CIVIL. CONFLITO NEGATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CONTRATO DE DISTRIBUIÇÃO DE PRODUTOS. RELAÇÃO DE CONSUMO E HIPOSSUFICIÊNCIA AUSENTES. INCORPORAÇÃO. TRANSFERÊNCIA DO FORO DE ELEIÇÃO. VALIDADE. PREVALÊNCIA. COMPETÊNCIA RELATIVA. SÚMULA N. 33-STJ. I. Deve ser processada perante o foro de eleição adotado após incorporação da anterior contratante, mesmo que importe na transferência da ação para capital de outra unidade federada, conforme cláusula contratual livremente estabelecida, se nos aditamentos celebrados não houve alteração a respeito. II. "A incompetência relativa não pode ser declarada de ofício" - Súmula n. 33-STJ. III. Conflito conhecido, para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Cível de Jacarepaguá, RJ.
Voto Divergente: Não houve.
Órgão julgador: Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça

AgRg nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 561.853 - MG	
Data do julgamento: 27.04.2016	Relator: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO
Natureza do caso: Nuclear Medcenter Ltda ajuizou, em Belo Horizonte-MG, ação revisional do contrato entabulado com General Electric Company e Outros, para aquisição de modernos aparelhos médico-hospitalares, no valor de US\$ 355.406,56. Na oportunidade requereu que não prevalecesse o foro eleito na avença, uma vez que dificultaria sua defesa, conforme prevê a legislação consumerista. As empresas Réis ofereceram exceção de incompetência alegando a prevalência da cláusula contratual de eleição de foro, por não se tratar de relação de consumo e, ainda, não estar caracterizada a hipossuficiência da autora. Alega ofensa aos artigos 1º, 2º e 51 do CDC; e 100, III e IV, a e d, 111, 458, 463, II, e 535 do CPC, bem como dissenso pretoriano. Sustentam a inaplicabilidade do CDC ao caso e, ainda, que a empresa autora não é hipossuficiente. Inconformada, interpõe a vencida o presente regimental onde sustenta ofensa aos artigos 100 do Código de Processo Civil, 1.080 e 1.087 do Código Civil e 9.º da LICC, bem como aplicabilidade da Súmula 363 do Excelso Pretório.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ entende que, ainda que aplicável o CDC, não há hipossuficiência da empresa que adquire equipamento de tecnologia de ponta de tal porte a ensejar a anulação da cláusula de eleição de foro. Assim, arredada a hipossuficiência da empresa ora agravante e questionando a própria aplicabilidade do CDC, sobressai incólume a cláusula avençada entre as partes, que elegeram o foro competente. Nega-se provimento ao agravo regimental.	
Acórdãos do STJ mencionadas: CC n.º 32.270-SP.	
Ementa: Processual civil. Competência. Foro de eleição. Contrato para aquisição de modernos equipamentos médico-hospitalares. Hipossuficiência não configurada. Precedente da 2ª Seção. Decisão agravada confirmada. Agravo regimental desprovido.	
Voto Divergente: Não houve	

Órgão julgador: Terceira Turma.

RECURSO ESPECIAL Nº 519.946 - SC

Data do julgamento: 09.09.2003

Relator: MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA

Natureza do caso: Clínica Ortopédica Tubarão ajuizou ação consignatória contra Picker International Inc., ora recorrente, que arguiu exceção de incompetência, tendo em vista a existência de foro eleito contratualmente. Nas razões do Resp alega-se ofensa aos arts. 2º do Código de Defesa do Consumidor e 111 do Código de Processo Civil, além de divergência jurisprudencial.

Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Cuida-se de recurso especial contra acórdão que declarou nula cláusula de eleição de foro em contrato no valor de US\$ 1.209.000,00 em ação de consignação de pagamento. A cláusula de eleição de foro, mesmo em contrato de adesão, só é inválida quando dificulta ou limita sensivelmente a defesa da parte menos favorecida. Na espécie, não há hipossuficiência da autora, que adquiriu sofisticado aparelho de valor milionário, devendo prevalecer o foro eleito contratualmente.

Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 457.398-SC, REsp 471.921-BA, REsp 494.037-BA

Ementa: COMPETÊNCIA. CLÁUSULA DE ELEIÇÃO. EQUIPAMENTOS MÉDICO-HOSPITALARES. EMPRESA DE PORTE.

A clínica médica que adquire equipamento de valor acima de um milhão de dólares tem, presumidamente, condições de exercer a sua defesa no foro previsto no contrato. Precedente.

A mera circunstância de a vendedora do referido equipamento ser empresa de maior porte que o da compradora não é suficiente, por si só, para afastar o foro eleito.

Recurso conhecido e provido.

Voto Divergente: Não houve.

Órgão julgador: Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL Nº 468.148 - SP

Data do julgamento: 02.09.2003

Relator: MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

Natureza do caso: A recorrida ajuizou ação de busca e apreensão, com base em contrato garantido por alienação fiduciária, e obteve medida liminar, provocando a recorrente a apresentar exceção de incompetência, rejeitada pelo Magistrado, que considerou estabelecido no contrato o foro da Comarca de São Paulo. SBC Serviços de Terraplanagem Ltda. - ME interpõe recurso especial. Sustenta a recorrente contrariedade aos artigos 100, inciso IV, letra "d", do Código de Processo Civil; 6º e 51, incisos IV e XV, do Código de Defesa do Consumidor, haja vista que o foro competente é o do local do pagamento e do cumprimento da obrigação.

Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Tem-se que o contrato de mútuo bancário, com emissão de cédula de crédito comercial e com garantia de alienação fiduciária, está subordinado ao CDC. No caso dos autos, presente a relação de consumo, entende-se que deva ser acolhida a exceção, com base no art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor. A recorrente é microempresa e, como tal, deve ter facilitada a sua defesa. Resp conhecido e dado provimento para acolher a exceção de incompetência.

Acórdãos do STJ mencionadas: REsp nº 281.369/MG, CC nº 22.000/PE

Ementa: Contrato de mútuo com emissão de cédula de crédito comercial, garantido por alienação fiduciária. Código de Defesa do Consumidor. Microempresa.

1. O Código de Defesa do Consumidor incide nos contratos de mútuo, típicos contratos de adesão, no caso, com emissão de cédula de crédito comercial e garantido por alienação fiduciária.

2. Tratando-se de contrato de adesão, sendo a ré microempresa, pertinente é a aplicação do art. 6º, VIII, do Código de Defesa do Consumidor, superando-se a cláusula de eleição de foro, com vistas à facilitação da defesa.

3. Recurso especial conhecido e provido.
Voto Divergente: Não houve.
Órgão julgador: Terceira Turma

RECURSO ESPECIAL Nº 488.274 - MG	
Data do julgamento: 22.05.2003	Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
<p>Natureza do caso: Cuida-se do Recurso Especial, interposto por PASTIFÍCIO SANTA AMÁLIA LTDA contra acórdão proferido pelo TAMG. A ora recorrente ajuizou ação de conhecimento, objetivando a rescisão de contrato, além da restituição de parcelas pagas e perdas e danos. Aduzindo que a ação deveria ter sido ajuizada no foro de seu domicílio como prevê o contrato celebrado entre as partes, arguiu a ora recorrida exceção de incompetência, que foi julgada improcedente. Foi interposto o presente Resp alegando violação aos arts. 2º e 101, I do CDC, por entender estar incluída na definição de consumidor previsto pelo citado diploma legal, sendo, portanto, destinatária final do serviço prestado pela recorrida, devendo, por conseguinte, prevalecer o foro de seu domicílio como competente para apreciar e julgar a ação ajuizada.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O conceito de consumidor, aplicado ao processo em análise, deve versar sobre a expressão "destinatário final". Assim, consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final, que se define como sendo aquele que adquire o bem ou o serviço para o seu próprio desfrute. Portanto, uma empresa que utiliza um bem para transformá-lo e incorporando um produto, que será utilizado por terceiros, não pode ser considerada consumidora final desta cadeia produtiva. Extraí-se dos autos que a recorrente é qualificada como destinatária final, já que se dedica à produção de alimentos e que se utiliza dos serviços de software, manutenção e suporte oferecidos pela recorrida, apenas para controle interno de produção. Assim, ao se utilizar dos serviços, a empresa produtora de alimentos o fez na qualidade de destinatário final, ou seja, para fiscalizar a atividade interna da referida empresa, não sendo tais serviços, objetos de nenhuma transformação (não se vê como possa existir necessidade em que se utilize sistemas de informática para que se produza alimentos). Logo, merece reparo o acórdão recorrido, já que o conceito de consumidor deve ser interpretado de forma extensiva, considerando a empresa recorrente destinatária final do produto, pois o retira do mercado e o utiliza em seu próprio benefício. Resp conhecido e provido.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: não há.</p>	
<p>Ementa: Recurso Especial. Código de Defesa do Consumidor. Prestação de serviços. Destinatário final. Juízo competente. Foro de eleição. Domicílio do autor.</p> <ul style="list-style-type: none"> - Insere-se no conceito de "destinatário final" a empresa que se utiliza dos serviços prestados por outra, na hipótese em que se utilizou de tais serviços em benefício próprio, não os transformando para prosseguir na sua cadeia produtiva. -Estando a relação jurídica sujeita ao CDC, deve ser afastada a cláusula que prevê o foro de eleição diverso do domicílio do consumidor. - Recurso especial conhecido e provido. 	
<p>Voto Divergente: Não houve</p>	
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>	
<p>Observações: PJ CONSUMIDORA: O conceito de consumidor deve ser interpretado de forma extensiva, considerando a empresa recorrente destinatária final do produto, pois o retira do mercado e o utiliza em seu próprio benefício.</p>	

RECURSO ESPECIAL Nº 258.780 - ES	
Data do julgamento: 20.05.2003	Relator: MINISTRO BARROS MONTEIRO
<p>Natureza do caso: Perante o Juízo da Vara Especializada de Defesa do Consumidor de Vitória-ES, "Multipão Indústria e Comércio de Massas Ltda." ajuizou ação ordinária contra o "Banco do Brasil S.A.", objetivando a anulação do negócio jurídico celebrado entre as partes, reconhecido o inadimplemento da</p>	

<p>instituição financeira como causador da inviabilização do projeto de instalação de uma fábrica de pães e massas alimentícias, com a consequente anulação da Nota Promissória nº 001/95, no valor de R\$ 540.100,00 (quinhentos e quarenta mil e cem reais), e da Cédula de Crédito Industrial nº 95/001198-0, no montante de R\$ 11.944.000,00 (onze milhões, novecentos e quarenta e quatro mil reais). Pleiteou ainda a condenação do Banco ao pagamento dos danos materiais e morais. A autora interpôs o presente Resp apontando contrariedade aos arts. 2º, § 1º, e 6º, § 3º, da LICC; 467, 503 e 535,II, do CPC; 2º, 4º, I, 29 e 101, I, do CDC.</p>
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O condicionamento da eficácia da sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Especializada de Defesa do Consumidor da Comarca de Vitória mais ainda se justifica na hipótese ora em exame. É que o Tribunal de Justiça do Estado o declarou incompetente para processar e julgar o feito. Se assim foi e o é, por enquanto, a decisão de mérito por ele proferida, antes do julgamento do agravo de instrumento, afigura-se nula, uma vez prolatada por Magistrado incompetente. Nesses termos, ainda que reformulando posição anteriormente manifestada nesta Turma, penso que o entendimento que se deva prevalecer é o último mencionado. Não se nega que, em princípio, os contratos bancários acham-se sujeitos às normas do CDC. Todavia, in casu, a recursante não pode ser tida como destinatária final, pois tomou ela o empréstimo para construir o seu parque industrial. Não pode ser tido, com efeito, como consumidor o empresário que toma vultosa importância emprestada junto a uma instituição financeira para instalar um parque industrial. Além disso, a demandante não pode ser havida como “hipossuficiente” ou vulnerável economicamente. Recurso conhecido em parte, mas negado provimento.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsps n.ºs. 292.565-RS, 80.049-MG, 237.611-RS, 141.165-SP, 167.218-RS, 28.137-8/PR, 218.505-MG e 264.126-RS</p>
<p>Ementa: COMPETÊNCIA. FINANCIAMENTO. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL E NOTA PROMISSÓRIA. AÇÃO DE ANULAÇÃO DE NEGÓCIO JURÍDICO. RELAÇÃO DE CONSUMO. SENTENÇA. AUSÊNCIA DE APELAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO PENDENTE DE JULGAMENTO. INEXISTÊNCIA DE COISA JULGADA.</p> <p>- A interposição de agravo de instrumento impede a preclusão da decisão impugnada, ficando a eficácia da sentença condicionada ao desprovimento daquele recurso. Situação peculiar à espécie.</p> <p>- Não é de ser tida como consumidora a entidade empresarial que toma emprestada vultuosa quantia junto a instituição financeira, para o fim de instalar um parque industrial em Brasília-DF.</p> <p>Recurso conhecido, em parte, mas negado provimento.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve</p>
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>

<p>RECURSO ESPECIAL Nº 457.398 - SC</p>	
<p>Data do julgamento: 12.11.2002</p>	<p>Relator: MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR</p>
<p>Natureza do caso: Picker Internacional Inc. agravou da decisão que, em incidente de exceção de incompetência suscitado nos autos da ação de revisão contratual que lhe move Clínica Ortopédica Tubarão Ltda., indeferiu seu pedido para que fosse reconhecida a competência do foro de São Paulo, conforme cláusula de eleição de foro. Sustenta que o r. acórdão, ao conceder à recorrida a proteção do Código de Defesa do Consumidor, sem que seja consumidora, pois os equipamentos por ela adquiridos "são típicos bens de produção, que se adquire visando lucro", negou vigência ao art. 2º do CDC. Alega a validade da eleição de foro contratualmente firmada entre as partes. Aponta como divergentes precedentes do STJ, quanto à cláusula de eleição do foro, e do 2º TACSP, com referência ao conceito de consumidor.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Tem sido reconhecida a validade da cláusula de eleição de foro constante de tal contrato, quando a pessoa jurídica que o firmou mostrou ser empresa de porte, tanto que pôde comprar aparelhos de mais de um milhão de dólares, presumindo-se daí que tem condições de se defender no foro escolhido contratualmente. Não se cuida de um consumidor hipossuficiente. Aqui, a compradora é uma clínica ortopédica que adquiriu sofisticado aparelho, a qual se presume terá condições de exercer sua defesa no foro de São Paulo, assim como previsto na cláusula 16 do contrato. Resp conhecido e provido.</p>	

Acórdãos do STJ mencionadas: REsp nº 304678/SP
Ementa: COMPETÊNCIA. Cláusula de eleição de foro. Equipamentos médico-hospitalares. Empresa de porte. A clínica médica que adquire equipamento de valor acima de um milhão de dólares tem, presumidamente, condições de exercer a sua defesa no foro de São Paulo, previsto no contrato. Precedente. Recurso conhecido e provido.
Voto Divergente: Não houve
Órgão julgador: Quarta Turma

RECURSO ESPECIAL Nº 286.441 - RS	
Data do julgamento: 07.11.2002	Relator: MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, relator p/ acórdão MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO
<p>Natureza do caso: Faprol Indústria de Alimentos Ltda interpôs recurso de apelação contra sentença que julgou extinta a ação de indenização movida contra Transroll Navegação S/A e Agência Marítima Riograndense Ltda, declarada prescrita, com base no art. 269, IV, do CPC. A apelante foi condenada também nas custas processuais e honorários advocatícios. Em suas razões de Resp alega os artigos violados do CPC: 535, I e II, c/c 2º, 214, §1º, c/c 219 e 248, 458, I, novamente o 535 c/c 511, da Lei 8.078, art. 2º c/c 26 e 27, § 2º, do Código Comercial 442 c/c 449, item 3, e 766 e o Decreto-lei 116/67". Ação de indenização proposta pela recorrente, Faprol Indústria de Alimentos Ltda, contra o grupo Transroll Navegação S/A Seaways Sul, dizendo a autora que contratou com a ré o "transporte de 3.800 Kgs. coalhos alimentícios em pó, acondicionados em tambores de papelão multifolhados, resinados externamente e cintados, pesando 100 Kgs, cada, local de pagamento o mesmo da assinatura do contrato".</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: A prescrição não se consumou, já que regida a hipótese pelo Código de Defesa do Consumidor, cujo prazo é de cinco anos, a contar do conhecimento do dano e de sua autoria, conforme passo a explicar. O serviço de transporte prestado por uma das rés, como se observa, foi consumado com a chegada da mercadoria no seu destino, terminando aí a relação de consumo do serviço de transporte estabelecida entre a transportadora e a consumidora final do serviço, ora recorrente. Não importa questionar, aqui, o que seria feito com a mercadoria pela empresa alemã, não signatária do contrato de transporte e que, tão-somente, é parte no contrato de compra e venda de mercadoria transportada. Deve relevar-se, sim, o fato de que o serviço de transporte foi contratado, apenas, entre a recorrente e uma das recorridas. Realizado de forma inadequada, causou prejuízo à consumidora final do mesmo, que, volto a dizer, é a recorrente, vendedora da mercadoria. A hipótese, no caso, está alcançada pelo art. 2º do Código de Defesa do Consumidor. O lapso prescricional de cinco anos, com efeito, não se consumou, mesmo entre a data da chegada da mercadoria no respectivo porto e as novas citações realizadas após a indicação correta das partes requeridas. Resp conhecido e provido.</p>	
Acórdãos do STJ mencionadas: AI 109.511-AgRg, REsp nº 329.587/SP	
<p>Ementa: Ação de indenização. Contrato de transporte. Embargos de declaração. Código de Defesa do Consumidor. Prescrição.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. O Acórdão recorrido enfrentou todas as questões apresentadas na apelação, não havendo necessidade de referência expressa a determinados dispositivos legais, ausente, portanto, a alegada violação ao art. 535 do Código de Processo Civil. 2. Aplica-se a prescrição do Código de Defesa do Consumidor (art. 27), em caso de ação de indenização decorrente de dano causado em mercadoria durante o respectivo transporte marítimo, não importando para a definição do destinatário final do serviço de transporte o que é feito com o produto transportado. No caso, o serviço de transporte foi consumado com a chegada da mercadoria no seu destino, terminando aí a relação de consumo, estabelecida entre a transportadora e a empresa que a contratou. 3. Recurso especial conhecido e provido. 	
Voto Divergente: Sim. vencidos os Srs. Ministros Relator e Ari Pargendler.	
Órgão julgador: Terceira Turma	

EDCL NO RECURSO ESPECIAL Nº 208.793 - MT	
Data do julgamento: 29.08.2000	Relator: MIN. CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO
<p>Natureza do caso: Alega a embargante que:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Vê-se, portanto - e "data maxima venia" - que ao contrário do que ficou constando do V. Acórdão ora embargado, o recurso veio a ser conhecido, o que decorre do julgamento ocorrido e dos judiciosos votos que vieram a ser proferidos. - Trata-se de contradição que emerge, de forma cristalina, dos autos e do V. Acórdão embargado, impondo-se que seja a mesma devidamente reconhecida, para o fim de ser declarado o conhecimento do recurso que veio a ser julgado. - Conhecido (e julgado) o recurso interposto, entende a Embargante que a E. Turma Julgadora veio a negar-lhe provimento, sem prejuízo da observação acima transcrita, que acertadamente fixou o limite máximo dos lucros cessantes pretendidos pelo recorrido, com base no que ficou constando do pedido vestibular. - Para o devido esclarecimento e declaração dos pontos acima mencionados, recorre a Embargante a este Colendo Tribunal, requerendo e esperando que sejam os presentes embargos conhecidos e acolhidos, tudo nos melhores termos de Direito." 	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: A embargante não tem razão quanto à contradição apontada. O recurso especial está baseado, também, na alínea a) do permissivo constitucional, relativo à negativa de vigência de lei federal. Nesse caso, para se demonstrar a ausência do mencionado requisito constitucional, torna-se indispensável o exame do mérito do apelo. Verificada a não contrariedade à lei, caracteriza-se a falta do requisito constitucional, necessário para a interposição do recurso especial, não se podendo conhecer do mesmo.</p> <p>O recurso especial, anote-se, dadas as suas peculiaridades, não se confunde com outros recursos previstos na legislação processual, em relação aos quais o exame do mérito pelo julgador enseja o conhecimento. Edcl rejeitados.</p>	
Acórdãos do STJ mencionadas:	
<p>Ementa: Embargos de declaração. Recurso especial. Contradição inexistente.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Estando o recurso especial assentado, também, na alínea a) do permissivo constitucional, a verificação da ausência de negativa de vigência de lei federal enseja o não conhecimento do apelo, mesmo que apreciado o mérito deste. 2. O recurso especial, observe-se, dadas as suas peculiaridades, não se confunde com outros recursos previstos na legislação processual, em relação aos quais o exame do mérito pelo julgador enseja o conhecimento dos mesmos. Contradição, portanto, inexistente no dispositivo do Acórdão. 3. Embargos de declaração rejeitados. 	
Voto Divergente: Não houve	
Órgão julgador: Terceira Turma.	

RESP 208.793 - MT	
Data do julgamento: 18.11.1999	Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
<p>Natureza do caso: Fertiza Companhia de Fertilizantes interpõe recurso especial, sustentando violação ao art. 2º do CDC, haja vista que o recorrido utilizou os produtos fornecidos para a produção agrícola, não podendo ser enquadrado como consumidor final. A relação contratual, assim, deve ser regulada pelo Código Comercial, aplicando-se prazo decadencial de 10 dias contados do recebimento do produto, sob pena de contrariedade aos artigos 210 e 211 do Código Comercial. Aduz, por fim, violação aos artigos 294 do CPC e 1059 e 1060 do CC, pois os lucros cessantes foram objeto de aditamento extemporâneo da petição inicial, não integrando a relação jurídica processual formada com a citação das rés.</p>	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: A questão	

<p>posta em julgamento é sobre o conceito de consumidor. O art 2º do CDC refere-se a destinatário final, com o que não seria consumidor o produtor que adquire bens e serviços para transformação. Um produtor agrícola não pode ser enquadrado na qualificação de destinatário final. O acórdão recorrido admitiu a qualidade de consumidor porque o autor adquiriu o adubo como consumidor final, isto é, para utilizar o produto na adubação do solo. É necessário, portanto, observar se o produto adquirido integra o ciclo produtivo ou não. Caso não integre, será considerado destinatário final. Dessa forma, esse cenário mostra que o agricultor comprou o produto na qualidade de destinatário final pois utilizou o adubo para o preparo da terra, para criar as condições necessárias ao seu trabalho profissional como agricultor. Inclui-se assim, a compra e venda de adubo ao produtor agrícola dentre aqueles que estão sob a proteção do CDC. Resp não conhecido.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas:</p>
<p>Ementa: Código de Defesa do Consumidor. Destinatário final: conceito. Compra de adubo. Prescrição. Lucros cessantes.</p> <p>1. A expressão "destinatário final", constante da parte final do art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, alcança o produtor agrícola que compra adubo para o preparo do plantio, à medida que o bem adquirido foi utilizado pelo profissional, encerrando-se a cadeia produtiva respectiva, não sendo objeto de transformação ou beneficiamento.</p> <p>2. Estando o contrato submetido ao Código de Defesa do Consumidor a prescrição é de cinco anos.</p> <p>3. Deixando o Acórdão recorrido para a liquidação por artigos a condenação por lucros cessantes, não há prequestionamento dos artigos 284 e 462 do Código de Processo Civil, e 1.059 e 1.060 do Código Civil, que não podem ser superiores ao valor indicado na inicial.</p> <p>4. Recurso especial não conhecido.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>

<p>RESP Nº 218.505 - MG</p>	
<p>Data do julgamento: 16.09.1999</p>	<p>Relator: Min. Barros Monteiro</p>
<p>Natureza do caso: “ Moauto Veículos, Peças e Serviços Ltda”, propôs ação declaratória contra o “ Banco Progresso S/A”, arguindo a nulidade de cláusulas insertas em contrato de abertura de crédito em conta corrente, sob a alegação de que os encargos cobrados e os artifícios de calculo utilizados pelo réu extrapolam a previsão legal e, em consequência, repercutem no valor real da dívida contraída. Resp alega negativa de vigência do §1º do artigo 52 do CDC. Sustentou que, sendo aplicável à espécie o CDC, a multa contratual não pode exceder a 2% do valor da prestação.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Firmada a base empírica da lide, ou seja, a de que a ora recorrente não utilizou o capital mutuado como destinatária final e, sim, para o emprego em finalidade gerencial. Voltado ao fomento de sua produção, força é concluir-se pela inexistência na espécie da relação de consumo à luz das disposições dos arts. 2º e 3º, §2º, da Lei 8078/90. Nesse sentido, inclusive, o escólio do Professor e Magistrado Newton de Lucca manifestado em brilhante trabalho denominado “ A aplicação do CDC à atividade bancária”, texto básico de palestra por ele proferida na cidade de Salvador no dia 30 de julho de 1998. Não ocorre, pois, a alegada contrariedade à norma do art. 52 §1º, do CDC, por inaplicável à hipótese “sub judice”.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas:</p>	
<p>Ementa: MÚTUO. REDUÇÃO DA MULTA CONTRATUAL DE 10% PARA 2%. INEXISTÊNCIA NO CASO DE RELAÇÃO DE CONSUMO.</p> <p>- Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor.</p> <p>Recurso especial não conhecido.</p>	
<p>Voto Divergente: Não houve</p>	
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>	

Edcl No RESP N° 114.473 - RJ	
Data do julgamento: 19.02.1998	Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Natureza do caso: Edcl aplicado contra acórdão que deu provimento a recurso especial para extinguir o processo em razão de decadência, manifesta a vencedora embargos declaratórios, solicitando que se esclareça a respeito do pagamento dos ônus da sucumbência.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O acórdão não foi considerado omissis, tendo constado da parte final do mesmo a condenação da autora nos ônus da sucumbência. A embargante, ao que tudo indica, não teve acesso ao acórdão na íntegra, mas tão-somente à sua ementa, o que explica o manejo destes Edcl, que foram rejeitados.	
Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO A RESPEITO DE ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA CONSTANTE DO ACÓRDÃO. EMBARGOS DESACOLHIDOS. - Não havendo a apontada omissão no acórdão hostilizado, rejeitam-se os embargos declaratórios.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Quarta Turma.	

RESP N° 114.473	
Data do julgamento: 24.03.1997	Relator: Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira
Natureza do caso: A recorrida ajuizou ação de conhecimento, de preceito cominatório, objetivando a substituição de mobiliário de jantar adquirido da empresa recorrente. Alegou-se defeitos visíveis e incontornáveis, que determinariam a imprestabilidade dos móveis para o efeito decorativo a que se destinavam. Foi interposto Resp alegando-se violação dos artigos (i)400 e seguinte e 447 do CPC, por ter ocorrido cerceamento de defesa, não podendo ser-lhe negada a produção de prova testemunhal, (ii) 26, II, do CDC, por ter ocorrido decadência, já que a ação foi ajuizada após o prazo de noventa dias contado do recebimento dos móveis, que tinham vícios aparentes.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: A discussão ficou restrita a ocorrência ou não da decadência. O legislador previu, nos arts. 26 e 27 da Lei 8078/90, os casos em que o consumidor estaria obstado a reclamar seus direitos, com prazos distintos. No primeiro, denominou-se de decadência do direito; no segundo, da prescrição da pretensão reparação de danos. Nesse passo, mister se fez analisar as hipóteses que se subsumem, sob enfoque do CDC, ao tipo normativo “decadência” e as que integram o outro tipo “prescrição”.	
Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO DE PRECEITO COMINATORIO. SUBSTITUIÇÃO DE MOBILIARIO ENTREGUE COM DEFEITO. VICIO APARENTE. BEM DURAVEL. OCORRENCIA DE DECADENCIA. PRAZO DE NOVENTA DIAS. ART. 26, II, DA LEI 8.078/1990. DOUTRINA. PRECEDENTE DA TURMA. RECURSO PROVIDO. I - EXISTINDO VICIO APARENTE, DE FACIL CONSTATAÇÃO NO PRODUTO, NÃO HA QUE SE FALAR EM PRESCRIÇÃO QUINQUENAL, MAS, SIM, EM DECADENCIA DO DIREITO DO CONSUMIDOR DE RECLAMAR PELA DESCONFORMIDADE DO PACTUADO, INCIDINDO O ART. 26 DO CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. II - O ART. 27 DO MESMO DIPLOMA LEGAL CUIDA SOMENTE DAS HIPOTHESES EM QUE ESTÃO PRESENTES VICIOS DE QUALIDADE DO PRODUTO POR INSEGURANÇA, OU SEJA, CASOS EM QUE PRODUTO TRAZ UM VICIO INTRINSECO QUE POTENCIALIZA UM ACIDENTE DE CONSUMO, SUJEITANDO-SE O CONSUMIDOR A UM PERIGO IMINENTE. III - ENTENDE-SE POR PRODUTOS NÃO-DURAVEIS AQUELES QUE SE EXAUREM NO PRIMEIRO USO OU LOGO APOS SUA AQUISIÇÃO, ENQUANTO QUE OS DURAVEIS, DEFINIDOS POR EXCLUSÃO, SERIAM AQUELES DE VIDA UTIL NÃO-EFÊMERA.	
Voto Divergente: Não houve.	

Órgão julgador: Quarta Turma.

EDCL NO RECURSO ESPECIAL Nº 264.126 - RS	
Data do julgamento: 26.02.2002	Relator: MINISTRO BARROS MONTEIRO
<p>Natureza do caso: Flash do Brasil Química Ltda. "e outro opõem embargos declaratórios. Primeiro, requerem os embargantes a apreciação sobre a inconstitucionalidade do Decreto-Lei nº 911/69. Em seguida, aduzem inexistir prova de que o Banco embargado é instituição financeira. Depois, argumentam que não se demonstrou a permissão do Conselho Monetário Nacional para praticar-se a taxa de juros superior a 12% a. a.. Dizem, ainda, que se acha violado o princípio da igualdade em face da determinação de entrega dos bens dados em garantia de alienação fiduciária à entidade bancária. Por derradeiro, afirmam contradição no julgado, eis que, a despeito de afastada a exigência da comissão de permanência e da capitalização mensal dos juros, considerou ele existente no caso a mora deveditoris.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: No acórdão embargado houve por bem, na linha da jurisprudência assente desta eg. Corte, aplicar o verbete sumular nº 596-STF. Embora se tenha feito alusão aos limites fixados pelo Conselho Monetário Nacional (também de acordo com a orientação jurisprudencial emanada da Suprema Corte), sabe-se notoriamente que ela, em se tratando de operações realizadas por instituições integrantes do sistema financeiro nacional, acha-se liberada, vale dizer, prevalecem as taxas tal como pactuadas pelos interessados. Essa orientação vem de ser pacificada pelo eg. STF quando do julgamento da ADIn nº 4-DF, Relator Ministro Sydney Sanches. Nesse passo, a decisão contém, nesse particular, a devida motivação, sem se entrever nenhuma contradição a respeito. Entendeu-se, pura e simplesmente, que, a despeito de indevidas a comissão de permanência e a capitalização mensal dos juros, ainda assim se encontra configurada a mora dos devedores na espécie em questão, o que - de resto - transparece evidente, uma vez que de há muito não cumprem eles a obrigação assumida.</p>	
Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no Ag nº 326.671-RS	
<p>Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO.</p> <p>- Inexistência dos vícios apontados.</p> <p>- Não se presta a via excepcional a impugnações de ordem constitucional, ainda que com o intuito de pré-questionamento.</p> <p>Embargos rejeitados, com a aplicação da multa prevista no art. 538, parágrafo único, do CPC.</p>	
Voto Divergente: Não houve	
Órgão julgador: Quarta Turma	

ACÓRDÃO CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 46.747 - SP	
Data do julgamento: 8 de março de 2006	Relator: MINISTRO JORGE SCARTEZZINI
<p>Natureza do caso: Trata-se de Conflito Positivo de Competência suscitado por PHILIPS MEDICAL SYSTEMS CLEVELAND INC., perante o D. JUÍZO DE DIREITO DA 10ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DA COMARCA DE SÃO PAULO - SP e o D. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE SERRA TALHADA - PE (suscitados), que se reputaram competentes ao julgamento de ações relativas a Contrato de Venda com Reserva de Domínio firmado entre a empresa ora suscitante, na condição de vendedora de equipamentos médicos sofisticados, e HOSPITAL SANTA MARTA LTDA., na qualidade de adquirente de aludidos equipamentos, no importe de US\$ 467.000,00 (quatrocentos e sessenta e sete mil dólares norte-americanos), tendo em vista a existência de cláusula de eleição de foro no contrato firmado entre as partes.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: a Segunda Seção deste Colegiado pacificou entendimento acerca da não abusividade de cláusula de eleição de foro constante de contrato referente à aquisição de equipamentos médicos de vultoso valor. Concluiu-se que, ainda que se cogitasse da configuração de relação de consumo, não haveria que se falar na hipossuficiência da adquirente de tais equipamentos.</p> <p>Adotamos integralmente o entendimento esposado pelos grandes teóricos do Direito do Consumidor,</p>	

CLÁUDIA LIMA MARQUES e ANTÔNIO HERMAN V. BENJAMIN, restringindo a proteção especial aos consumidores não-profissionais, pessoas físicas ou jurídicas, ou àqueles que, embora profissionais, não visem lucro ao adquirir ou utilizar determinado bem ou serviço, ou, ainda, se apresentem como flagrantemente vulneráveis numa determinada relação contratual. Só uma interpretação teleológica da norma do art. 2º permitirá definir quem são os consumidores no sistema do CDC. (...) consumidor é todo aquele que, para seu uso pessoal, de sua família, ou dos que se subordinam por vinculação doméstica ou protetiva a ele, adquire ou utiliza produtos, serviços ou quaisquer outros bens ou informações colocados a sua disposição por comerciantes ou por qualquer outra pessoa natural ou jurídica, no curso de sua atividade ou conhecimento profissionais.

Ora, in casu, HOSPITAL SANTA MARTA LTDA., não se utiliza do mesmo como destinatária final, mas para o desenvolvimento de sua própria atividade lucrativa; não se caracteriza, tampouco, como hipossuficiente na relação contratual travada com PHILIPS MEDICAL SYSTEMS CLEVELAND INC., pelo que, ausente a presença do consumidor, não se há falar em relação merecedora de tutela legal especial. Em outros termos, seguindo tal posicionamento, ausente a relação de consumo em hipóteses como a de que ora se cogita, afasta-se a incidência da Lei nº 8.078/90 (CDC) e, com maior razão, não se há falar em abusividade de cláusula de eleição de foro livremente pactuada pelas partes, em atenção ao princípio da autonomia volitiva dos contratantes.

Acórdãos do STJ mencionadas: CC nº 32.268/SP, AgRg CC nº 39.794/SP, CC nº 40.451/SP, REsp nº 541.867/BA

Ementa: CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA - CONTRATO DE VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO - EQUIPAMENTOS MÉDICOS - RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA - HIPOSSUFICIÊNCIA INEXISTENTE - FORO DE ELEIÇÃO - PREVALÊNCIA - ADITAMENTO AO INCIDENTE - AUTORIDADE JUDICIAL DIVERSA - INADMISSIBILIDADE.

1. A Segunda Seção deste Colegiado pacificou entendimento acerca da não abusividade de cláusula de eleição de foro constante de contrato referente à aquisição de equipamentos médicos de vultoso valor. Concluiu-se que, mesmo em se cogitando da configuração de relação de consumo, não se haveria falar na hipossuficiência da adquirente de tais equipamentos, presumindo-se, ao revés, a ausência de dificuldades ao respectivo acesso à Justiça e ao exercício do direito de defesa perante o foro livremente eleito. Precedentes.

2. Na assentada do dia 10.11.2004, porém, ao julgar o REsp nº 541.867/BA, a Segunda Seção, quanto à conceituação de consumidor e, pois, à caracterização de relação de consumo, adotou a interpretação finalista, consoante a qual reputa-se imprescindível que a destinação final a ser dada a um produto/serviço seja entendida como econômica, é dizer, que a aquisição de um bem ou a utilização de um serviço satisfaça uma necessidade pessoal do adquirente ou utente, pessoa física ou jurídica, e não objetive a incrementação de atividade profissional lucrativa.

3. In casu, o hospital adquirente do equipamento médico não se utiliza do mesmo como destinatário final, mas para desenvolvimento de sua própria atividade negocial; não se caracteriza, tampouco, como hipossuficiente na relação contratual travada, pelo que, ausente a presença do consumidor, não se há falar em relação merecedora de tutela legal especial. Em outros termos, ausente a relação de consumo, afasta-se a incidência do CDC, não se havendo falar em abusividade de cláusula de eleição de foro livremente pactuada pelas partes, em atenção ao princípio da autonomia volitiva dos contratantes.

4. "O aditamento da inicial para incluir ação ou autoridade judicial anteriormente não relacionada, ainda que incogitáveis à época, não tem lugar após a decisão liminar, em que delimitado o alcance provisório das atribuições dos Juízos envolvidos. Precedente." (CC 40.451/SP, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO JUNIOR, DJU 18.10.2004)

5. Conflito conhecido, para declarar a competência do d. Juízo de Direito da 10ª Vara Cível da Comarca de São Paulo/SP.

Voto Divergente: Não

Órgão julgador: SEGUNDA SEÇÃO

Observações: PJ CONSUMIDOR: Em princípio, PJ não será consumidor. Deve ser destinatária final e demonstrar hipossuficiência.

CONFLITO DE COMPETÊNCIA Nº 64.524 - MT	
Data do julgamento: 27 de setembro de 2006	Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Natureza do caso: Cinge-se a controvérsia à verificação da validade de cláusula de eleição de foro prevista em Cédula de Produto Rural, esta firmada entre empresa de insumos agrícolas e grande produtor de soja, que alega estar protegido pela disciplina específica do Código de Defesa do Consumidor.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O levantamento histórico da jurisprudência do STJ demonstra que, até meados de 2.004, a 3ª Turma tendia a adotar a posição maximalista, enquanto que a 4ª Turma tendia a seguir a corrente finalista, conforme levantamento transcrito no voto-vista que proferi no CC nº 41.056/SP, julgado pela 2ª Seção em 23.06.2004. Assim, acabou por ser firmado entendimento centrado na teoria subjetiva ou finalista, em situação fática na qual se analisava a prestação de serviços de empresa administradora de cartão de crédito a estabelecimento comercial. Naquela oportunidade, ficou estabelecido que a facilidade relativa à oferta de meios de crédito eletrônico como forma de pagamento devia ser considerada um incremento da atividade empresarial, afastando, assim, a existência de destinação final do serviço. Na presente hipótese, verifica-se que a empresa SYNGENTA PROTEÇÃO DE CULTIVOS LTDA. forneceu ao produtor rural 'diversos produtos', sendo que sua área de atuação é, especificamente, a de defensivos agrícolas. Nesses termos, e adotando-se o entendimento atual da 2ª Seção que provocou a superação daqueles precedentes da 3ª Turma supra referidos, não há como se ter por configurada uma relação de consumo. Defensivos agrícolas guardam nítida relação de pertinência com a atividade agrícola direcionada ao plantio de soja, pois entram na cadeia de produção desta e contribuem diretamente para o sucesso ou insucesso da colheita como verdadeiros insumos .	
Acórdãos do STJ mencionados: CC nº 41.056/SP, Resp nº 208.793/MT, Resp nº 445.854/MS, Resp nº 541.867/BA	
Ementa: Conflito positivo de competência. Medida cautelar de arresto de grãos de soja proposta no foro de eleição contratual. Expedição de carta precatória. Conflito suscitado pelo juízo deprecado, ao entendimento de que tal cláusula seria nula, porquanto existente relação de consumo. Contrato firmado entre empresa de insumos e grande produtor rural. Ausência de prejuízos à defesa pela manutenção do foro de eleição. Não configuração de relação de consumo. - A jurisprudência atual do STJ reconhece a existência de relação de consumo apenas quando ocorre destinação final do produto ou serviço, e não na hipótese em que estes são alocados na prática de outra atividade produtiva. - A jurisprudência do STJ entende, ainda, que deve prevalecer o foro de eleição quando verificado o expressivo porte financeiro ou econômico da pessoa tida por consumidora ou do contrato celebrado entre as partes. Conflito de competência conhecido para declarar competente o JUÍZO DE DIREITO DA 33ª VARA CÍVEL DO FORO CENTRAL DE SÃO PAULO - SP, suscitado, devendo o juízo suscitante cumprir a carta precatória por aquele expedida. Levando-se em conta que a função precípua do STJ é pacificar o entendimento a respeito da interpretação da Lei Federal, e em que pese minha ressalva pessoal, é de se ter por superados os precedentes da 3ª Turma que aplicavam, em relações jurídicas semelhantes à presente, a disciplina protetiva do CDC, em face do atual entendimento restritivo que vigora quanto à necessidade de destinação final fática e econômica do produto ou serviço.	
Voto Divergente: Não	
Órgão julgador: SEGUNDA SEÇÃO	
Observações: PJ CONSUMIDOR: Necessidade de destinação final fática e econômica do produto ou serviço para ser relação de consumo. Se o produto entra, de alguma forma, na cadeia produtiva, a PJ não será consumidora.	

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 258.780 - ES	
Data do julgamento: 23 de março de 2004	Relator: MINISTRO BARROS MONTEIRO
Natureza do caso: A autora foi criada com o objetivo de, em execução a projeto aprovado, instalar uma	

<p>fábrica de pães e similares no Distrito Federal. Para tanto, contratou o financiamento junto ao Banco recorrido, formalizando-se por meio de uma Cédula de Crédito Industrial e de uma Nota Promissória. Desse fato, decorre conflito de competência que originou o presente julgado.</p>
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: A recorrente não pode ser tida como destinatária final. Tomou ela o empréstimo para construir o seu parque industrial. Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade negocial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação do Código de Defesa do Consumidor. Além disso, a demandante não pode ser havida como 'hipossuficiente' ou vulnerável economicamente. Esta Corte tem arredado o foro de eleição quando este puder dificultar à parte assim considerada o acesso à Justiça.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionados: REsp nºs. 218.505-MG e 264.126-RS, Conflito de Competência nº 32.270-SP</p>
<p>Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 535, DO CPC. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. REJULGAMENTO DA CAUSA. INVIABILIDADE.</p> <p>- Inexistência dos vícios apontados.</p> <p>- Não se prestam os declaratórios ao rejuízo da causa.</p> <p>Embargos de declaração rejeitados.</p>
<p>Voto Divergente: Não</p>
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDOR: Não há relação de consumo quando a PJ utiliza o produto adquirido para incrementar sua atividade negocial. Ademais, deve existir vulnerabilidade e hipossuficiência.</p>

<p>EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 660.026 - RJ</p>	
<p>Data do julgamento: 15 de fevereiro de 2007</p>	<p>Relator: MINISTRO JORGE SCARTEZZINI</p>
<p>Natureza do caso: Cuida-se de embargos de declaração em recurso especial opostos por TELEMAR NORTE LESTE S/A, sendo parte INTERLIZE PRODUÇÃO E DESENVOLVIMENTO EM INFORMÁTICA LTDA. Versa sobre a prestação, por pessoa jurídica de direito privado, de serviço público de telefonia, cuja interrupção acarretou danos à empresa recorrida, pelo que aplicáveis as normas da responsabilidade civil das concessionárias de serviço público, de caráter objetivo, prevista no art. 37, § 6º, da CF/88.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Não restou configurada, in casu, a relação de consumo, e tampouco a fragilidade econômica, técnica ou jurídica da recorrida, tem-se que, ao revés do asseverado pela concessionária-recorrente, não obstante aplicadas pelas instâncias ordinárias as normas constantes da legislação consumerista, o reconhecimento de sua responsabilidade civil permanecerá prescindindo totalmente da comprovação de culpa.</p>	
<p>Ementa: PROCESSO CIVIL - RECURSO ESPECIAL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - RESPONSABILIDADE CIVIL - REPARAÇÃO DE DANOS - AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO - NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE - REJEIÇÃO.</p> <p>1 - Havendo o v. aresto embargado decidido no sentido de que as instâncias ordinárias, com base na análise do conjunto fático-probatório, principalmente das perícias realizadas - cujo reexame é vedado nesta seara recursal (Súmula 07 da Corte) - entenderam que o incêndio que acometeu as instalações telefônicas da concessionária não consubstancia caso fortuito, não havendo que se falar em excludente da responsabilidade civil objetiva da recorrente, revestem-se de caráter infringente os embargos interpostos uma vez que pretendem reabrir o debate acerca do tema.</p> <p>2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os embargos de declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, integralizando-o, não se adequando, todavia, para promover o efeito modificativo do mesmo. Inteligência do art. 535 e incisos, do Código de Processo Civil. Precedentes.</p>	

3 - Embargos de declaração rejeitados.
Voto Divergente: Não
Órgão julgador: Quarta Turma
Observações: PJ CONSUMIDOR: Para haver relação de consumo, a PJ deve apresentar fragilidade econômica, técnica ou jurídica.

EDcl nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 660.026 - RJ	
Data do julgamento: 06 de outubro de 2009	Relator: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
Natureza do caso: TELEMAR Norte Leste S/A opõe novos embargos de declaração, com efeito modificativo, acerca da prestação, por pessoa jurídica de direito privado, de serviço público de telefonia, cuja interrupção acarretou danos à empresa recorrida, pelo que aplicáveis as normas da responsabilidade civil das concessionárias de serviço público, de caráter objetivo, prevista no art. 37, § 6º, da CF/88.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Reitera-se o entendimento de que não restou configurada, in casu, a relação de consumo, e tampouco a fragilidade econômica, técnica ou jurídica da recorrida, tem-se que, ao revés do asseverado pela concessionária-recorrente, não obstante aplicadas pelas instâncias ordinárias as normas constantes da legislação consumerista, o reconhecimento de sua responsabilidade civil permanecerá prescindindo totalmente da comprovação de culpa.	
Acórdãos do STJ mencionadas: N/A	
Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. REPARAÇÃO DE DANOS. SEGUNDOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS. CONTRADIÇÃO. VÍCIO INEXISTENTE. PROPÓSITO MERAMENTE INFRINGENTE. REJEIÇÃO. I. Os embargos de declaração têm cabimento quando a decisão, efetivamente, for obscura, contraditória ou omissa, nos termos dos arts. 535 do Código de Processo Civil e 263 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça. II. O caráter infringente, se existir, é mera consequência dos vícios reconhecidos, e não razão primeira a ser postulada pela embargante, como aqui ocorre. III. Embargos de declaração rejeitados, por não se configurar o vício apontado.	
Voto Divergente: Não	
Órgão julgador: Quarta Turma	
Observações: Para haver relação de consumo, a PJ deve apresentar fragilidade econômica, técnica ou jurídica.	

RECURSO ESPECIAL Nº 1.010.834 - GO	
Data do julgamento: 03 de agosto de 2010	Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Natureza do caso: Cuida-se de recurso especial, interposto por MARBOR MÁQUINAS LTDA., nos autos da ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais, ajuizada por SHEILA DE SOUZA LIMA, em face da recorrente. Na inicial, a recorrida alegou que firmara com a recorrente contrato de compra e venda de máquina de bordar, dividido em 20 (vinte) prestações mensais e que esse contrato possuía cláusulas abusivas. Requereu o reconhecimento da nulidade de cláusulas contratuais e a repetição do indébito. A recorrente arguiu exceção de incompetência do Juízo da 3ª Vara Cível da Comarca de Goiânia/GO, pois, no contrato firmado entre as partes, foi eleito o foro da Comarca de São Paulo/SP, para dirimir eventuais controvérsias oriundas da relação contratual.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Especificamente, a hipótese versa sobre pessoa física que adquiriu máquina de bordar para desenvolver atividade profissional. Consigna que o STJ optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor, mas flexibiliza o entendimento anterior para considerar destinatário final quem usa o bem em benefício próprio, independentemente de servir diretamente a uma atividade profissional. Ainda que o adquirente	

<p>do bem não seja o seu destinatário final econômico, poderá ser considerado consumidor, desde que seja constatada a sua hipossuficiência, na relação jurídica, perante o fornecedor.</p> <p>No processo em exame, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica. Reconhecida a possibilidade de abrandamento da teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, é de se enquadrar a recorrida na definição constante do art. 2º do CDC. Uma vez adotado o sistema de proteção ao consumidor, reputam-se nulas não apenas as cláusulas contratuais que impossibilitem, mas as que simplesmente dificultem ou deixem de facilitar o livre acesso do hipossuficiente ao Judiciário. Dessa feita, é nula a cláusula de eleição de foro que ocasiona prejuízo à parte hipossuficiente da relação jurídica, deixando de facilitar o seu acesso ao Poder Judiciário. Assim, a interpretação que deve se dar ao art. 2º do Código de Defesa do Consumidor, à luz da doutrina finalista, é no sentido de que há presunção relativa de vulnerabilidade do consumidor, inclusive pessoa jurídica, mormente na hipótese de se cuidar de microempresas ou empresários individuais litigando contra sociedades empresárias de considerável porte econômico.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 541.867/BA, REsp 1.080.719/MG, REsp 660026/RJ, REsp 684.613-SP.</p>
<p>Ementa: PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. CONTRATO DE COMPRA E VENDA DE MÁQUINA DE BORDAR. FABRICANTE. ADQUIRENTE. VULNERABILIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO. NULIDADE DE CLÁUSULA ELETIVA DE FORO.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. A Segunda Seção do STJ, ao julgar o REsp 541.867/BA, Rel. Min. Pádua Ribeiro, Rel. p/ Acórdão o Min. Barros Monteiro, DJ de 16/05/2005, optou pela concepção subjetiva ou finalista de consumidor. 2. Todavia, deve-se abrandar a teoria finalista, admitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. 3. Nos presentes autos, o que se verifica é o conflito entre uma empresa fabricante de máquinas e fornecedora de softwares, suprimentos, peças e acessórios para a atividade confeccionista e uma pessoa física que adquire uma máquina de bordar em prol da sua sobrevivência e de sua família, ficando evidenciada a sua vulnerabilidade econômica. 4. Nesta hipótese, está justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a nulidade da cláusula eletiva de foro. 5. Negado provimento ao recurso especial.
<p>Voto Divergente: Não.</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDOR: Considerar destinatário final quem usa o bem em benefício próprio, independentemente de servir diretamente a uma atividade profissional. Ainda que o adquirente do bem não seja o seu destinatário final econômico, poderá ser considerado consumidor, desde que seja constatada a sua hipossuficiência, na relação jurídica, perante o fornecedor.</p>

RECURSO ESPECIAL Nº 1.070.149 – SP	
Data do julgamento: 15 de dezembro de 2011	Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Natureza do caso: Cuida-se de ação de busca de apreensão ajuizada por Rohag Rohstoff-Handelsgesellschaft Schenk GmbH & CO.KG em face de Schmidt Embalgens Ltda. Informa a autora que realizou contrato de compra e venda, com reserva de domínio, com a ré, razão pela qual, tendo em vista falta de pagamento de parte das parcelas devidas, requer a reintegração de posse do bem.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Reitera que o STJ tem entendido que, não sendo a empresa destinatária final dos bens adquiridos ou serviços prestados, não está caracterizada a relação de consumo. A este respeito, a Segunda Seção deste Tribunal superou discussão acerca do alcance da expressão "destinatário final", constante do art. 2º do CDC, consolidando a teoria subjetiva (ou finalista), segundo a qual a aludida expressão deve ser analisada restritivamente, como aquela que indica a melhor diretriz para a interpretação do conceito de consumidor.	

<p>Nesse passo, para se caracterizar o consumidor, não basta ser a pessoa jurídica, adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço, deve ser também o seu destinatário final econômico; ou seja, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.</p> <p>Dessa forma, tendo a contratante, hoje Massa Falida, segundo as instâncias ordinárias, contratado a compra do maquinário para utilização direta em seu processo produtivo, não se pode qualificá-la como destinatário final. Portanto, inexistente a pretendida relação de consumo.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no Ag 1.341.225/RS, REsp 468.887/MG, CC 92.519/SP, REsp 733.560/RJ, e REsp n.º 541.867/BA</p>
<p>Ementa: CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. BUSCA E APREENSÃO. CONTRATO DE COMPRA E VENDA. RESCISÃO. FALÊNCIA. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA. JUROS MORATÓRIOS. LIMITAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. VERBAS CONDENATÓRIAS QUE NÃO CONFIGURAM ENCARGOS DA MASSA FALIDA. COMPENSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO DE CREDORES.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial. Incidência da Súmula 211/STJ. 2. A lei falimentar estabeleceu como encargos da massa falida as custas judiciais do processo da falência, dos seus incidentes e das ações em que a massa for vencida, as quais compreendem taxas judiciárias, emolumentos, verbas dos peritos, publicações, entre outras. As verbas a que fora condenada a recorrente constituem acessórios da dívida da falida e não custas judiciais. 3. Tendo em vista a decretação de sua falência e, conseqüentemente, a abertura do concurso de credores, que prevê a habilitação dos créditos e o pagamento conforme as respectivas preferências, as verbas acessórias a que fora condenada não poderão ser compensadas com o valor residual a ser restituído à empresa. 4. Não sendo a empresa destinatária final dos bens adquiridos ou serviços prestados, não está caracterizada a relação de consumo, e, tampouco, a limitação da multa contratual prevista no art. 52, § 1º, do CDC. Precedentes. 5. Cabem os juros pactuados até a data da decretação da quebra, correndo daí em diante apenas os juros legais de 12%, se o ativo da massa puder suportá-los. 6. Aplica-se o artigo 208 do Decreto-lei n. 7.661/45 somente ao processo principal da falência, não se estendendo às demais ações autônomas em que a Massa Falida seja parte. 7. A verba honorária somente poderá ser excepcionalmente revista quando for fixada em patamar exagerado ou irrisório, o que não é a hipótese dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ. 8. O dissídio jurisprudencial deve ser comprovado mediante o cotejo analítico entre acórdãos que versem sobre situações fáticas idênticas. 9. Recurso especial parcialmente provido.
<p>Voto Divergente: Não.</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDOR: Para se caracterizar o consumidor, não basta ser a pessoa jurídica, adquirente ou utente, destinatário final fático do bem ou serviço, deve ser também o seu destinatário final econômico; ou seja, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.</p>

RECURSO ESPECIAL Nº 1.173.060 – CE	
Data do julgamento: 16 de outubro de 2012	Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
<p>Natureza do caso: Trata-se de recuso especial interposto por RADIATON REPRESENTAÇÃO E COMÉRCIO DE ELETRÔNICOS LTDA., em ação de restituição de pagamento cumulada com reparação de danos, ajuizada por S/A CENTRO REGIONAL INTEGRADO DE ONCOLOGIA - CRIO, em face de RADIATON COMÉRCIO E ASSESSORIA TÉCNICA LTDA., em que foi celebrado contrato de compra e venda de equipamentos para utilização na clínica, os quais não foram posteriormente</p>	

entregues.
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Reitera o novo entendimento so STJ, no sentido de abrandar o entendimento consolidado sobre a aplicação da teoria finalista, e admitir a existência de relação de consumo em algumas situações nas quais fique evidenciada a existência de clara vulnerabilidade da pessoa física ou jurídica adquirente de produto ou serviço, mesmo que, do ponto de vista técnico, ela não possa ser considerada destinatária final. Na hipótese dos autos, alega que tanto a sociedade adquirente do produto, como a representante comercial, são empresas de destaque nos respectivos seguimentos, de modo que nenhuma das duas partes pode ser reputada hipossuficiente do ponto de vista econômico. No ponto de vista técnico, a hipossuficiência igualmente não se verifica. Ambas as empresas atuam, cada uma a seu modo, no mercado de tratamento do câncer, tendo condições de conhecer com profundidade os produtos utilizados nessa atividade. Portanto, o único elemento que poderia indicar certa inferioridade da CRIO, adquirente, em face da RADIATON, representante comercial, estaria no âmbito do mercado de importação de máquinas, área de especialidade da representante, e presumivelmente desconhecida pela clínica médica. Mas esse elemento, isoladamente considerado, não assume especificidade e importância suficientes a justificar que se abra, aqui, uma exceção à consolidada teoria finalista da relação de consumo. Se fosse assim, qualquer compra feita no exterior teria de ser regulada pelo CDC, independentemente do destino da mercadoria, o que seria por si só absurdo. Vale ressaltar, por fim, que o fato de a CRIO atuar num importante ramo social, que é o do combate e tratamento do câncer, também não pode justificar que se lhe confira um tratamento especial nesta lide.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 1.010.834/GO, REsp 716.877/SP, REsp 1.200.156/RS, REsp 1.132.642/PR.</p>
<p>Ementa: DIREITO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. CLÍNICA DE ONCOLOGIA. COMPRA DE MÁQUINA RECONDICIONADA, DE VENDEDOR ESTRANGEIRO, MEDIANTE CONTATO FEITO COM REPRESENTANTE COMERCIAL, NO BRASIL. PAGAMENTO DE PARTE DO PREÇO MEDIANTE REMESSA AO EXTERIOR, E DE PARTE MEDIANTE DEPÓSITO AO REPRESENTANTE COMERCIAL. POSTERIOR FALÊNCIA DA EMPRESA ESTRANGEIRA. CONSEQUÊNCIAS. APLICAÇÃO DO CDC. IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DO PREÇO TOTAL PELO REPRESENTANTE COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DA PARCELA DO PREÇO NÃO TRANSFERIDA AO EXTERIOR. POSSIBILIDADE. APURAÇÃO. LIQUIDAÇÃO.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. A relação jurídica entre clínica de oncologia que compra equipamento para prestar serviços de tratamento ao câncer, e representante comercial que vende esses mesmos equipamentos, não é de consumo, dada a adoção da teoria finalista acerca da definição das relações de consumo, no julgamento do REsp 541.867/BA (Rel. Min. Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 16/5/2005). 2. Há precedentes nesta Corte mitigando a teoria finalista nas hipóteses em que haja elementos que indiquem a presença de situações de clara vulnerabilidade de uma das partes, o que não ocorre na situação concreta. 3. Pela legislação de regência, o representante comercial age por conta e risco do representando, não figurando, pessoalmente, como vendedor nos negócios que intermedia. Tendo isso em vista, não se pode imputar a ele a responsabilidade pela não conclusão da venda decorrente da falência da sociedade estrangeira a quem ele representa. 4. Não tendo sido possível concluir a entrega da mercadoria, contudo, por força de evento externo pelo qual nenhuma das partes responde, é lícito que seja resolvida a avença, com a devolução, pelo representante, de todos os valores por ele recebidos diretamente, salvo os que tiverem sido repassados à sociedade estrangeira, por regulares operações contabilmente demonstradas. 5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.
<p>Voto Divergente: Não.</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDOR: Reconhece que há precedentes mitigando a teoria finalista nas hipóteses em que haja elementos que indiquem a presença de situações de clara vulnerabilidade de uma das partes, o que não ocorre nessa situação concreta.</p>

RECURSO ESPECIAL Nº 142.042 – RS	
Data do julgamento: 11 de novembro de 1997	Relator: MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR
Natureza do caso: Trata-se recurso especial interposto por Coapetro Comercial Agrícola de Produtos de Petróleo, nos autos da ação movida contra si e Cia Brasileiro de Tratores CTB por Ma Ong & Cia Ltda. Foi proferida sentença julgando procedente a ação para condenar as rés ao conserto no prazo de 30 dias do veículo Jeep Javali 185, com a substituição das peças necessárias, aplicando-se ao caso o CDC.	
Ementa: CODIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INCIDENCIA. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. - E DE CONSUMO A RELAÇÃO ENTRE O VENDEDOR DE MAQUINA AGRICOLA E A COMPRADORA QUE A DESTINA A SUA ATIVIDADE NO CAMPO. - PELO VICIO DE QUALIDADE DO PRODUTO RESPONDEM SOLIDARIAMENTE O FABRICANTE E O REVENDEDOR (ART. 18 DO CDC).	
Voto Divergente: Não.	
Órgão julgador: Quarta Turma	
Observações: PJ CONSUMIDOR: Para ser consumidor, basta que se retire o produto do mercado, atuando assim como destinatário final, desde que o bem não seja utilizado para fins de revenda ou insumo para transformação.	

REsp 193327/MT	
Data do julgamento: 16/03/1999	Relator: MINISTRO RUY ROSADO DE AGUIAR
Natureza do caso: Trata-se recurso interposto por Sul América Seguros Gerais contra decisão que julgou improcedente a exceção de incompetência da comarca de Cuiabá para julgamento da ação de indenização que lhe move Ronda Porto Velho Distribuidora Farmacêutica Ltda., na qual esta pretende ser indenizada pelo furto da mercadoria segurada. Sustenta a seguradora a inexistência de cláusula de eleição de foro, sendo competente a comarca de São Paulo e não Cuiabá, nos termos da regra geral do CPC. Discute-se a aplicação do CDC.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: CDC aplicável à espécie, vez que se trata ação relativa ao contrato de seguro. Logo, a ação de responsabilidade civil do fornecedor pode ser proposta no domicílio do autor.	
Ementa: SEGURO. Competência. Ação de cobrança da indenização. Código de Defesa do Consumidor. O descumprimento da obrigação de indenizar é fato ilícito contratual e gera a responsabilidade civil do infrator. Ocorrendo na relação de consumo (serviço de seguros), pode a ação dela derivada ser proposta no foro de domicílio do autor, nos termos do art. 101, I, do Código de Defesa do Consumidor. Recurso não conhecido.	
Voto Divergente: Não.	
Órgão julgador: Quarta Turma	
Observações: PJ CONSUMIDOR: Aplica-se o CDC em ação movida por Distribuidora Farmacêutica em ação de indenização decorrente de contrato de seguro.	

RECURSO ESPECIAL Nº 445.854 – MS	
Data do julgamento: 02 de dezembro de 2003	Relator: MINISTRO CASTRO FILHO
Natureza do caso: FRANCISCO JOÃO ANDRIGHETTO, agricultor, firmou um contrato com o BANCO BBA CREDITANSTALT S.A., denominado “Contrato de Repasse de Empréstimo Externo e outros pactos”, garantido por alienação fiduciária, com o objetivo de adquirir da empresa Case Brasil e Cia, uma colheitadeira de algodão. Conta o autor, na inicial, que, não dispondo do numerário suficiente ao pagamento integral do preço, amortizou parte do total e “financiou o saldo restante junto ao Requerido”. Em razão da alta abrupta do dólar, em janeiro de 1999, propôs ação revisional do contrato,	

<p>buscando substituir a variação cambial pelo INPC. Discute-se a aplicação do CDC.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Reitera o entendimento do STJ, no sentido da aplicação do Código do Consumidor aos contratos firmados por instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, figurando no outro pólo o usuário ou destinatário do bem adquirido ou do serviço prestado. Na hipótese dos autos, o produtor rural adquiriu o bem como destinatário final, pois foi até a instituição financeira para viabilizar a compra de um equipamento, para ser utilizado em sua atividade profissional. Assim, tratando-se de contrato firmado entre a instituição financeira e pessoa física, é de se concluir que o agravado agiu com vistas ao atendimento de uma necessidade própria, isto é, atuou como destinatário final. Em princípio, o destinatário final é aquele que adquire o bem ou o serviço para seu próprio desfrute. Isso quer dizer que a aquisição encerra uma operação sem curso para um terceiro, com intuito de lucro. Todavia, frequentemente ocorre que as pessoas físicas e jurídicas que estão na cadeia produtiva adquirem bens ou serviços necessários ao seu trabalho profissional. E nessa situação é que surge a dificuldade maior. De fato, pode uma determinada empresa comprar matéria-prima que será utilizada na sua produção, o que quer dizer que o bem adquirido, no caso, será transformado, integrando o novo produto que será destinado ao público, ou, ainda, pode a mesma empresa adquirir um bem que seja necessário ao seu fim, mas que seja consumido por ela própria, sem que participe diretamente do produto que será oferecido, após o ciclo da produção, no mercado. São duas situações bem nítidas que podem facilitar o trabalho do intérprete. Na primeira, a matéria-prima integra o ciclo produtivo, na segunda, não; na primeira, evidentemente, não é a empresa destinatária final; na segunda, claro, é.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionados: REsp. n.º 57.974/RS, REsp. n.º 213.825/RS, AGA n.º 296.515/SP, REsp. n.º 208.793/MT.</p>	
<p>Ementa: CONTRATOS BANCÁRIOS – CONTRATO DE REPASSE DE EMPRÉSTIMO EXTERNO PARA COMPRA DE COLHEITADEIRA – AGRICULTOR – DESTINATÁRIO FINAL – INCIDÊNCIA – CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR – COMPROVAÇÃO – CAPTAÇÃO DE RECURSOS – MATÉRIA DE PROVA – PREQUESTIONAMENTO – AUSÊNCIA.</p> <p>I – O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor.</p> <p>II – Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços.</p> <p>III – Afirmado pelo acórdão recorrido que não ficou provada a captação de recursos externos, rever esse entendimento encontra óbice no enunciado n.º 7 da Súmula desta Corte.</p> <p>IV – Ausente o prequestionamento da questão federal suscitada, é inviável recurso especial (Súmulas 282 e 356/STF).</p> <p>Recurso especial não conhecido, com ressalvas quanto à terminologia.</p>	
<p>Voto Divergente: Não.</p>	
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>	
<p>Observações: PJ CONSUMIDOR: O agricultor que adquire bem móvel com a finalidade de utilizá-lo em sua atividade produtiva, deve ser considerado destinatário final, para os fins do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. No mais, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor às relações jurídicas originadas dos pactos firmados entre os agentes econômicos, as instituições financeiras e os usuários de seus produtos e serviços.</p>	

<p>RECURSO ESPECIAL Nº 575.469 - RJ</p>	
<p>Data do julgamento: 18 de novembro de 2004</p>	<p>Relator: MINISTRO JORGE SCARTEZZINI</p>
<p>Natureza do caso: Trata-se de ação indenizatória por danos morais e materiais, ajuizada por KLEBER MARTINS RUTILIANO, pleiteando reparação decorrente do incêndio do veículo Ford Versailles/1995, adquirido junto à empresa-ré. Discute-se a aplicação do CDC uma vez que o Autor adquiriu o veículo objeto da ação para uso comercial (taxi).</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Reitera o entendimento da doutrina e jurisprudência quanto à necessidade de aplicação do CDC, com o fito de</p>	

<p>assegurar à parte frágil da relação jurídica uma tutela especial, capaz de restabelecer um equilíbrio e uma igualdade entre as partes. Assim, são consumidores àqueles que, embora profissionais, não visem lucro ao adquirir ou utilizar determinado bem ou serviço, ou, ainda, se apresentem como flagrantemente vulneráveis numa determinada relação contratual. No caso, reconhece a presunção de fragilidade do consumidor diante do fornecedor, devendo ser aplicado o CDC.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: RESP 541.867/BA</p>
<p>Ementa: CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. VEÍCULO COM DEFEITO. RESPONSABILIDADE DO FORNECEDOR. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS. VALOR INDENIZATÓRIO. REDUÇÃO DO QUANTUM. PRECEDENTES DESTA CORTE.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Aplicável à hipótese a legislação consumerista. O fato de o recorrido adquirir o veículo para uso comercial - taxi - não afasta a sua condição de hipossuficiente na relação com a empresa-recorrente, ensejando a aplicação das normas protetivas do CDC. 2. Verifica-se, in casu, que se trata de defeito relativo à falha na segurança, de caso em que o produto traz um vício intrínseco que potencializa um acidente de consumo, sujeitando-se o consumidor a um perigo iminente (defeito na mangueira de alimentação de combustível do veículo, propiciando vazamento causador do incêndio). Aplicação da regra do artigo 27 do CDC. 3. O Tribunal a quo, com base no conjunto fático-probatório trazido aos autos, entendeu que o defeito fora publicamente reconhecido pela recorrente, ao proceder ao "recall" com vistas à substituição da mangueira de alimentação do combustível. A pretendida reversão do decisum recorrido demanda reexame de provas analisadas nas instâncias ordinárias. Óbice da Súmula 07/STJ. 4. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que "quanto ao dano moral, não há que se falar em prova, deve-se, sim, comprovar o fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que o ensejam. Provado o fato, impõe-se a condenação" (Cf. AGA. 356.447-RJ, DJ 11.06.01). 5. Consideradas as peculiaridades do caso em questão e os princípios de moderação e da razoabilidade, o valor fixado pelo Tribunal a quo, a título de danos morais, em 100 (cem) salários mínimos, mostra-se excessivo, não se limitando à compensação dos prejuízos advindos do evento danoso, pelo que se impõe a respectiva redução a quantia certa de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). 6. Recurso conhecido parcialmente e, nesta parte, provido.
<p>Voto Divergente: Não.</p>
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDOR: São consumidores àqueles que, embora profissionais, não visem lucro ao adquirir ou utilizar determinado bem ou serviço, ou, ainda, se apresentem como flagrantemente vulneráveis numa determinada relação contratual.</p>

<p>RECURSO ESPECIAL Nº 603.763 - RS</p>	
<p>Data do julgamento: 20 de abril de 2010</p>	<p>Relator: MINISTRO HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO</p>
<p>Natureza do caso: Trata-se de ação indenizatória ajuizada por BARBAZUL - BAR CAFÉ LTDA, contra COMFORTMAKER DO BRASIL LTDA e PROILO INSTALAÇÕES HIDRO-SANITÁRIAS E AR CONDICIONADO LTDA, em que busca o pagamento de indenização por danos morais e materiais face da instalação defeituosa de aparelho de ar condicionado central. Discute-se a aplicação do CDC.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Entende que para PJ ser considerada consumidor, deverá ser o destinatária final do produto ou serviço. Nesse sentido, não é destinatário final a pessoa jurídica que busca a utilização do bem para inseri-lo na cadeia produtiva, considerando-o custo a ser agregado ao produto ou serviço que produz ou explora. Trata-se da figura do "insumo", a qual, fatalmente, acabará sendo pago pelo consumidor no preço final. Situação de desigualdade material não se reflete quando a relação de compra e venda se dá entre empresas, as quais – via de regra – mantém suas capacidades de discussão e adequação do contratado. É por esse motivo que traço marcante do conceito de consumidor deve também ser a hipossuficiência ou vulnerabilidade frente ao outro contratante. No presente caso, temos a situação de compra de equipamento, não por consumidor</p>	

<p>final, mas por empresa que o utiliza como insumo para sua atividade lucrativa. Não há hipossuficiência da demandante, o qual não se submeteu a compra padronizada, mas o fez adequando o bem às suas necessidades e possibilidades de pagamento.</p> <p>O caso, pois, é de utilização da legislação cível e comercial comum, e não do CDC.</p>
<p>Ementa: RECURSO ESPECIAL. CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANO MORAL CUMULADO COM DANO MATERIAL. RELAÇÃO DE CONSUMO.VIOLAÇÃO AO ART. 2º DO CDC. NÃO CONFIGURADA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO 83 DE SÚMULA/STJ.</p> <p>1. "A aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária." (REsp 541867/BA, Rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro BARROS MONTEIRO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 10/11/2004, DJ 16/05/2005 p. 227).</p> <p>2. Incidência do enunciado nº 83 de Súmula desta Corte Superior.</p> <p>3. Recurso Especial a que se nega provimento.</p>
<p>Voto Divergente: Não.</p>
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>
<p>Observações: PJ CONSUMIDOR: Para ser consumidor, PJ deve ser destinatária final, o que significa não poder utilizar o produto/serviço como insumo para realização de atividade lucrativa, além de haver desigualdade material marcada pela hipossuficiência ou vulnerabilidade.</p>

<p>RECURSO ESPECIAL Nº 632.958 - AL</p>	
<p>Data do julgamento: 04 de março de 2010</p>	<p>Relator: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR</p>
<p>Natureza do caso: Recurso interposto por OEBAX VESTUÁRIO LTDA E OUTROS contra COLCCI INDÚSTRIA E COMÉRCIO DO VESTUÁRIO LTDA. Alegam os recorrentes que a cláusula contratual de eleição de foro, inserta em contrato de franquia, acarreta-lhes ônus excessivo, por obrigarem à defesa em local distante, salientando sua hipossuficiência técnica, jurídica e econômica. Aduzem que faltou adequada informação sobre o conteúdo clausulado, inexistindo aceitação expressa pelos recorrentes, aderentes ao pacto, sobre a referenciada disposição acerca da competência do foro de Brusque, Santa Catarina. Discute-se a aplicação do CDC.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Entende que não se aplicam ao caso em apreço os princípios do CDC, pois a relação jurídica decorrente de contrato de franquia firmado entre duas PJ é comum, devendo ser regida pelo Código Civil, vez que as partes não se enquadram no que dispõe o artigo 2º supracitado, não estando como destinatário final do produto. Ademais, a simples circunstância de figurar em um dos pólos uma pessoa jurídica de maior porte que a parte adversa não implica, automaticamente, na configuração de hipossuficiência. Não fora isso, também não se pode ter como consumidor o franqueado, eis que sua situação, não se enquadra no conceito de destinatário final.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 541.867/BA, 2ª CC 46.747/SP, REsp 861.027/PR, CC 40.995/RJ</p>	
<p>Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. CONTRATO DE FRANQUIA. AÇÃO DE RESCISÃO CUMULADA COM PEDIDO INDENIZATÓRIO. FORO DE ELEIÇÃO. COMPETÊNCIA. VALIDADE DA CLÁUSULA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE À ESPÉCIE. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO RECONHECIDA. MATÉRIA DE FATO E REEXAME CONTRATUAL. SÚMULAS N. 5 E 7-STJ. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA N. 283-STF.</p> <p>I. O contrato de franquia, por sua natureza, não está sujeito ao âmbito de incidência da Lei n. 8.078/1990, eis que o franqueado não é consumidor de produtos ou serviços da franqueadora, mas aquele que os comercializa junto a terceiros, estes sim, os destinatários finais.</p> <p>II. Situação, ademais, em que não restou comprovada a hipossuficiência das autoras, que buscavam que a ação em que pretendem a rescisão do contrato e indenização tramitasse na comarca da sede de algumas</p>	

<p>delas, em detrimento do foro contratual, situado em outro Estado.</p> <p>III. Incidência à espécie das Súmulas n. 5 e 7 do STJ.</p> <p>IV. Inaplicabilidade dos arts. 94, parágrafo 4º, e 100, IV, letra "d", do CPC, seja por se situar o caso inteiramente fora dos seus contextos, seja por aplicável a regra do art. 111 da mesma lei adjetiva civil.</p> <p>V. Ausência de impugnação concreta a um dos fundamentos do acórdão, a atrair a vedação da Súmula n. 283 do Pretório Excelso.</p> <p>VI. Recurso especial conhecido pela divergência, mas desprovido.</p>
Voto Divergente: Não.
Órgão julgador: Quarta Turma
Observações: PJ CONSUMIDOR: Franqueado não é consumidor pois não é destinatário final. Ademais, deve ser comprovada a hipossuficiência.

RECURSO ESPECIAL Nº 655.436 - MT	
Data do julgamento: 08 de abril de 2008	Relator: MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA
<p>Natureza do caso: O recorrente, LUIZ ALBERTO SAMPAIO MOUSQUER, firmou com a recorrida, ADM EXPORTADORA E IMPORTADORA S/A, contrato de compra e venda de coisa certa e futura, qual seja, soja brasileira em grãos, assumindo a condição de fiel depositário do produto plantado. Ocorre que parte do produto avençado, deixou de ser entregue ao comprador, sendo impingida ao vendedor multa moratória de 10% e multa indenizatória de 50% sobre a obrigação inadimplida. Discute-se a aplicação do CDC.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Não aplicável o CDC ao caso, vez que se trata de negócio jurídico com destinação eminentemente profissional, relacionado diretamente com a atividade econômica do Apelante, no caso, o exercício das funções de produção. Nesse sentido, não configurada a figura de destinatário final, seguindo o entendimento esposado pela corrente finalista, mormente porque a ampliação do aludido conceito, exemplo dos maximalistas, significaria guarnecer de direitos abusivos aqueles que prescindem dos mesmos. Note-se, ademais, que o recorrente obrigou-se perante o credor a entregar toneladas de soja a granel, situação que revelaria, caso admitida a relação de consumo, a condição de fornecedor de produto destinado à exportação, e não de consumidor hipossuficiente, parte vulnerável da relação jurídica que ignora as condições estipuladas nas cláusulas típicas de venda de safra futura.</p>	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 541.867/BA, 2ª CC 46.747/SP, REsp 861.027/PR, CC 40.995/RJ	
<p>Ementa: DIREITO CIVIL. COMPRA E VENDA DE SAFRA FUTURA. CONTRATO-TIPO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. POTENCIAL CONSUMIDOR. INAPLICÁVEL. ONEROSIDADE EXCESSIVA. NÃO-CONFIGURADA. DÓLAR AMERICANO. FATOR DE ATUALIZAÇÃO. CLÁUSULA PENAL. REDUÇÃO. SÚMULA N. 7/STJ.</p> <p>1. Não há relação de consumo nos moldes do artigo 29 do CDC quando o contratante não traduz a condição de potencial consumidor nem de parte aderente, firmando negócio jurídico produzido por acordo de vontades, na forma de contrato-tipo.</p> <p>2. O dólar americano não representa indexador, sendo utilizado na avença como fator de atualização, porquanto a soja brasileira caracteriza-se como produto de exportação cujo preço é determinado pela Bolsa de Chicago.</p> <p>3. É possível a revisão de multa de modo a ser reduzida pelo magistrado quando houver adimplemento parcial ou simples mora dada a natureza compensatória das perdas e danos. No entanto, sua adequação à realidade dos fatos esbarra no óbice da Súmula n.7/STJ.</p> <p>4. Recurso especial não conhecido.</p>	
Voto Divergente: Não.	
Órgão julgador: Quarta Turma	
Observações: PJ CONSUMIDOR: Para ser consumidor, PJ deve ser beneficiário final, fático e econômico do bem ou do serviço, ou equiparado à condição de consumidor, quando atraído pela oferta	

de um produto ou serviço ou por sua publicidade. Aplica a teoria finalista. Deve haver hipossuficiência.

RECURSO ESPECIAL Nº 661.145 - ES	
Data do julgamento: 22 de fevereiro de 2005	Relator: MINISTRO JORGE SCARTEZZINI
Natureza do caso: ESPÍRITO SANTO CENTRAIS ELÉTRICAS S/A - ESCELSA , interpôs recurso nos autos da Ação por danos morais e materiais, proposta por GLAMOUR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE CONFECÇÕES LTDA, aduzindo que a concessionária ESCELSA suspendeu indevidamente o fornecimento de energia elétrica em sua sede, causando-lhe danos morais e materiais. Discute-se a aplicação do CDC.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Reitera o entendimento consolidado do STJ no sentido de seguir a orientação doutrinária finalista ou subjetiva. O conceito de consumidor, na esteira do finalismo, portanto, restringe-se, em princípio, às pessoas, físicas ou jurídicas, não-profissionais, que não visam lucro em suas atividades, e que contratam com profissionais. Entende-se que não se há falar em consumo final, mas intermediário, quando um profissional adquire produto ou usufrui de serviço com o fim de, direta ou indiretamente, dinamizar ou instrumentalizar seu próprio negócio lucrativo. Ademais, a lei afasta do âmbito de sua proteção o chamado 'consumo intermediário', de modo a conceituar como consumidor apenas a pessoa física ou jurídica que adquire os bens de consumo para uso privado, fora da sua atividade profissional. Assim, a empresa GLAMOUR, pessoa jurídica com fins lucrativos, caracteriza-se como consumidora intermediária , porquanto se utiliza do serviço de fornecimento de energia elétrica prestado pela ESCELSA, com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva. Reconhece a possibilidade de abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente e desde que demonstrada in concreto a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC à determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 541.867/BA	
Ementa: CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ENERGIA. DESPACHO SANEADOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. ART. 2º DO CDC. ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM".	
<p>(...) 3. No tocante ao segundo aspecto – inexistência de relação de consumo e conseqüente incompetência da Vara Especializada em Direito do Consumidor – razão assiste ao recorrente. Ressalto, inicialmente, que se colhe dos autos que a empresa-recorrida , pessoa jurídica com fins lucrativos , caracteriza-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza do serviço de fornecimento de energia elétrica prestado pela recorrente, com intuito único de viabilizar sua própria atividade produtiva. Todavia, cumpre consignar a existência de certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, a aplicação das normas do CDC. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor Ora, in casu, a questão da hipossuficiência da empresa recorrida em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância (Precedentes: REsp. 541.867/BA,DJ 10.11.2004).</p> <p>4. Por tais fundamentos, CONHEÇO PARCIALMENTE DO RECURSO ESPECIAL, E, NESTA PARTE, DOU-LHE PROVIMENTO, para, afastando a relação de consumo, determinar a incompetência absoluta do Juízo de Direito da 11ª Vara Especializada da Defesa do Consumidor para processar e julgar o feito. Reconheço, outrossim, a nulidade dos atos processuais praticados e detransmigo a distribuição do processo a um dos Juízos Cíveis da Comarca de Vitória/ES.</p>	
Voto Divergente: Não.	
Órgão julgador: Quarta Turma	
Observações: PJ CONSUMIDOR: Adota a teoria finalista. Atesta que o consumidor deve adquirir os	

bens de consumo para uso privado, fora da sua atividade profissional. Reconhece a possibilidade de abrandamento na interpretação finalista, desde que demonstrada vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica (i.e pequenas empresas e profissionais liberais). Nesse caso, deve se comprovar hipossuficiência concreta da PJ para que possa se considerar consumidor.

RECURSO ESPECIAL Nº 701.370 - PR

Data do julgamento: 16 de agosto de 2005 **Relator:** MINISTRO JORGE SCARTEZZINI

Natureza do caso: AMUSA – AUTO MERCANTIL UNIÃO S.A ajuizou ação em desfavor de BANCO VOLKSWAGEN S.A., objetivando a revisão do Contrato de Financiamento Rotativo de Compra e Venda de Veículos realizado entre as partes, sob a alegação de conter o referido acordo cláusulas desmedidas, mercedoras de alteração, à luz das disposições do Código de Defesa do Consumidor.

Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Reitera o entendimento consolidado do STJ no sentido de seguir a orientação doutrinária finalista ou subjetiva. Assim, relata a impossibilidade de caracterização das pessoas, físicas ou jurídicas, que visam lucro em suas atividades, como consumidoras para efeito da tutela legislativa especial. Considera que a empresa AMUSA como pessoa jurídica com fins lucrativos, caracterizando-se como consumidora intermediária, porquanto se utiliza do crédito fornecido pelo BANCO VOLKSWAGEN, com intuito único de incrementar sua própria atividade produtiva. Em outras palavras, não recebe o crédito como destinatária final, valendo-se do mesmo para fomentar ou dinamizar seu próprio negócio lucrativo, no caso, para revender os veículos adquiridos com tal crédito. Reconhece, por fim, a possibilidade de abrandamento na interpretação finalista, excepcionalmente e desde que demonstrada in concreto a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica, permitindo a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, como pequenas empresas e profissionais liberais. Quer dizer, não se deixa de perquirir acerca do uso, profissional ou não, do bem ou serviço; apenas, como exceção, e à vista da hipossuficiência concreta de determinado adquirente ou utente, não obstante seja um profissional, passa-se a considerá-lo consumidor.

Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 541.867/BA

Ementa: RECURSO ESPECIAL - COMPETÊNCIA - AÇÃO DE REVISÃO CONTRATUAL - EMPRESA REVENDEDORA DE VEÍCULOS – DESTINATÁRIA INTERMEDIÁRIA - RELAÇÃO DE CONSUMO - NÃO CONFIGURAÇÃO - CLÁUSULA ELETIVA DE FORO - VALIDADE - DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL - SÚMULA 83/STJ.

1 - Conforme orientação adotada por esta Corte, a aquisição de bens ou a utilização de serviços, por pessoa natural ou jurídica, com o escopo de implementar ou incrementar a sua atividade negocial, não se reputa como relação de consumo e, sim, como uma atividade de consumo intermediária. Por outro lado, a questão da hipossuficiência da empresa recorrente em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de indevida supressão de instância.

2 - Assim sendo, na esteira da jurisprudência deste Tribunal, a competência fixada pela cláusula de eleição de foro deve ser observada. Incidência da Súmula 83/STJ.

3 - Recurso não conhecido.

Voto Divergente: Não.

Órgão julgador: Quarta Turma

Observações: PJ CONSUMIDOR: Adota a teoria finalista. Atesta que o consumidor deve adquirir os bens de consumo para uso privado, fora da sua atividade profissional. A pessoa jurídica com fins lucrativos caracteriza-se como “consumidora intermediária” que não é tutelada pelo CDC Reconhece a possibilidade de abrandamento na interpretação finalista, desde que demonstrada vulnerabilidade ou hipossuficiência.

RECURSO ESPECIAL Nº 827.318 - RS

Data do julgamento: 12 de setembro de 2006 **Relator:** MINISTRO JORGE SCARTEZZINI

Natureza do caso: Fundiferro Fundação de Ferro Ltda. ajuizou ação em desfavor de Ford Motor Company Brasil Ltda, objetivando a rescisão do contrato de vendas e serviços celebrado entre as partes e

indenização por danos materiais e morais, sob a alegação de ocorrência de práticas abusivas e ilícitas cometidas pela ré no cumprimento da aludida avença. Discute-se a aplicação do CDC.
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: As partes envolvidas, uma montadora de veículos e uma concessionária, tendo em vista ser a última consumidora intermediária, já afastaria a incidência do CDC, vez que esta também não apresenta a necessária hipossuficiência. A Fundiferro constitui pessoa jurídica com fins lucrativos, caracterizando-se claramente como consumidora intermediária, isto é, revendedora de produtos fornecidos pela recorrente com intuito de incrementar sua própria atividade produtiva. Ou seja, a recorrida não utiliza os produtos como destinatária final, valendo-se do mesmo para fomentar ou dinamizar seu próprio negócio lucrativo, o que acarreta a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor ao caso em apreço, conforme a teoria finalista ou objetiva perfilhada por esta Egrégia Corte.
Acórdãos do STJ mencionadas: CC 46747/SP
EMENTA: PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - COMPETÊNCIA - FORO DE ELEIÇÃO - EMPRESAS DE GRANDE PORTE - ALTO VALOR DO CONTRATO - MONTADORA DE VEÍCULOS E CONCESSIONÁRIA - PRECEDENTES DA 2ª SEÇÃO. 1 - Contratos firmados entre montadora e concessionária de veículos constituem contratos empresariais pactuados entre empresas de porte, financeiramente capazes de demandar no foro de eleição contratual. 2 - A mera circunstância de a montadora de veículos ser empresa de maior porte do que a concessionária não é suficiente, por si só, a afastar o foro eleito. 3 - Recurso especial conhecido e provido para reconhecer a competência do foro de eleição, qual seja, da cidade de São Bernardo do Campo/SP, para o processo e julgamento do feito.
Voto Divergente: Não.
Órgão julgador: Quarta Turma
Observações: PJ CONSUMIDOR: Adota a teoria finalista. Atesta que o consumidor deve adquirir os bens de consumo para uso privado, fora da sua atividade profissional. A pessoa jurídica com fins lucrativos caracteriza-se como “consumidora intermediária” que não é tutelada pelo CDC. Reconhece a possibilidade de abrandamento na interpretação finalista, desde que demonstrada vulnerabilidade ou hipossuficiência.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA Nº 27.512 - BA	
Data do julgamento: 20 de agosto de 2009	Relator: MINISTRA NANCY ANDRIGHI
Natureza do caso: Cuida-se de recurso interposto pelo BANCO SAFRA S.A., nos autos da ação de busca e apreensão de aeronave, ajuizada pelo recorrente em desfavor de PLASCALP PRODUTOS CIRÚRGICOS LTDA. O bem foi dado em garantia de empréstimo tomado pela recorrida, e não pago, no valor de R\$1.200.000,00. Discute-se a extensão do conceito de consumidor, com vistas a definir a natureza da relação jurídica entre as partes.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Reconhece como consolidada a adoção da teoria finalista pelo STJ, mas afirma que tem havido o temperamento da mesma, com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra. Nessa aspecto, uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta, a rigor, para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor. Quando se trata de profissionais e pessoas jurídicas, no entanto, parte da doutrina vê essa presunção com reservas. No âmbito do STJ, apesar de já reconhecida em diversas oportunidades a vulnerabilidade das pessoas jurídicas para efeitos de aplicação do CDC, a análise tem sido realizada caso a caso, o que não permite extrair uma definição quanto ao fato dessa fragilidade poder ou não ser genericamente presumida. Entende que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implica uma restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência. Com efeito, atribuir ao próprio consumidor, ainda que pessoa jurídica, o ônus de demonstrar sua vulnerabilidade, mesmo que não caracterize um empecilho à obtenção da tutela	

jurisdicional, poderá, em várias hipóteses, desestimular ou ao menos dificultar o acesso ao Judiciário, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Ressalta que a presunção de vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica não é inconciliável com a teoria finalista; ao contrário, harmoniza-se com a sua mitigação, na forma que vem sendo reiteradamente aplicada por este STJ: prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, conforme doutrina finalista, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica. Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o equilíbrio da relação de consumo. A “paridade de armas” entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Assim, uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não. No caso, trata-se de aquisição de serviços bancários por uma empresa de equipamentos cirúrgicos. Portanto, a prova dos autos faz cessar a presunção de vulnerabilidade da recorrida, afastando, nos termos da teoria finalista adotada por esta Corte, a incidência do CDC à espécie.

Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no REsp 687.239/RJ, REsp 661.145/RJ, CC 64.524/MT

Ementa: PROCESSO CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CABIMENTO. AGRAVO. DEFICIENTE FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE PEÇA ESSENCIAL. NÃO CONHECIMENTO. RELAÇÃO DE CONSUMO. CARACTERIZAÇÃO. DESTINAÇÃO FINAL FÁTICA E ECONÔMICA DO PRODUTO OU SERVIÇO. ATIVIDADE EMPRESARIAL. MITIGAÇÃO DA REGRA. VULNERABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA. PRESUNÇÃO RELATIVA. (...)

- A jurisprudência consolidada pela 2ª Seção deste STJ entende que, a rigor, a efetiva incidência do CDC a uma relação de consumo está pautada na existência de destinação final fática e econômica do produto ou serviço, isto é, exige-se total desvinculação entre o destino do produto ou serviço consumido e qualquer atividade produtiva desempenhada pelo utente ou adquirente. Entretanto, o próprio STJ tem admitido o temperamento desta regra, com fulcro no art. 4º, I, do CDC, fazendo a lei consumerista incidir sobre situações em que, apesar do produto ou serviço ser adquirido no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, haja vulnerabilidade de uma parte frente à outra.

- Uma interpretação sistemática e teleológica do CDC aponta para a existência de uma vulnerabilidade presumida do consumidor, inclusive pessoas jurídicas, visto que a imposição de limites à presunção de vulnerabilidade implicaria restrição excessiva, incompatível com o próprio espírito de facilitação da defesa do consumidor e do reconhecimento de sua hipossuficiência, circunstância que não se coaduna com o princípio constitucional de defesa do consumidor, previsto nos arts. 5º, XXXII, e 170, V, da CF. Em suma, prevalece a regra geral de que a caracterização da condição de consumidor exige destinação final fática e econômica do bem ou serviço, mas a presunção de vulnerabilidade do consumidor dá margem à incidência excepcional do CDC às atividades empresariais, que só serão privadas da proteção da lei consumerista quando comprovada, pelo fornecedor, a não vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica.

- Ao encampar a pessoa jurídica no conceito de consumidor, a intenção do legislador foi conferir proteção à empresa nas hipóteses em que, participando de uma relação jurídica na qualidade de consumidora, sua condição ordinária de fornecedora não lhe proporcione uma posição de igualdade frente à parte contrária. Em outras palavras, a pessoa jurídica deve contar com o mesmo grau de vulnerabilidade que qualquer pessoa comum se encontraria ao celebrar aquele negócio, de sorte a manter o equilíbrio da relação de consumo. A “paridade de armas” entre a empresa-fornecedora e a empresa-consumidora afasta a presunção de fragilidade desta. Tal consideração se mostra de extrema relevância, pois uma mesma pessoa jurídica, enquanto consumidora, pode se mostrar vulnerável em determinadas relações de consumo e em outras não. Recurso provido.

Voto Divergente: Não.

Órgão julgador: Terceira Turma

Observações: Após um período de divergência entre a 3ª e a 4ª Turma – naquela preponderava a corrente maximalista, enquanto esta tendia a seguir a teoria finalista – a 2ª Seção, no julgamento do REsp 541.867/BA, acabou por fazer prevalecer a doutrina finalista. Considera superados os precedentes da 3ª Turma após o julgamento do CC 64.524/MT, na qual se reconheceu a predominância, da interpretação restritiva, impondo a necessidade de destinação final fática e econômica do produto ou serviço. Ainda assim, em muitos dos precedentes que se seguiram à uniformização do entendimento pela 2ª Seção, ambas as Turmas que a compõem vêm admitindo a aplicação extensiva do CDC a hipóteses em que, não obstante haja atividade empresarial, esteja presente a vulnerabilidade de uma das partes frente à outra.

RECURSO ESPECIAL Nº 761.557 - RS

Data do julgamento: 24 de novembro de 2009

Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI

Natureza do caso: ALAN REPRESENTAÇÕES COMERCIAIS S/C LTDA - MICROEMPRESA interpõe recurso especial nos autos da ação de cobrança ajuizada em face de INDÚSTRIA DE CALÇADOS E ARTEFATOS CARIRI LTDA, em decorrência de relação de representação comercial na qual teria havido redução injustificada das comissões percebidas. Afirmou, ainda, que o contrato (verbal) foi rescindido unilateralmente pela ré. Discute-se a aplicação do CDC.

Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Na linha dos precedentes desta Corte, só pode ser considerado consumidor quem adquire produto ou serviço como destinatário final, não estando caracterizada relação de consumo quando o produto ou serviço é reinserido em uma cadeia produtiva como insumo, o que não ocorre no caso do representante comercial. Nem se diga que a existência de uma subordinação técnica e financeira do representado faria surgir uma "relação equiparada à de consumo" prevista pelo artigo 29 da Lei 8.078/90. Como é sabido, esta Corte também tem mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte, embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em uma situação de vulnerabilidade. Também é possível localizar precedente da Corte Especial, elegendo a vulnerabilidade como pedra de toque para a aplicação do Código de Defesa do consumidor ao contratos mercantis. É preciso considerar, no entanto, que a subordinação técnica e financeira não se confunde com a vulnerabilidade capaz de autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor.

Acórdãos do STJ mencionadas: CC 92519/SP, CC 64524/MT, REsp 541.867/BA, REsp 1080719/MG, REsp 716.877/SP, REsp nº 687.322/RJ, MS 12.481/DF.

Ementa: DIREITO COMERCIAL. CONTRATOS MERCANTIS. REPRESENTAÇÃO COMERCIAL AUTÔNOMA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO INCIDÊNCIA. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DISPOSITIVO LEGAL INAPTO PARA SUSTENTAR A PRETENSÃO RECURSAL. PREQUESTIONAMENTO.

I - A relação jurídica que se estabelece entre o representante comercial autônomo e a sociedade representada é regulada por disciplina jurídica própria, não se aplicando as regras protetivas do Código de Defesa do Consumidor.

II - O dispositivo legal apontado como violado revela-se, absolutamente insuficiente para desconstituir o acórdão quanto a valoração dos efeitos da confissão, merecendo aplicação a Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

III - Nos termos das Súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal, não se admite o recurso especial que suscita tema não prequestionado pelo Tribunal de origem. Recurso Especial improvido.

Voto Divergente: Não.

Órgão julgador: Terceira Turma

Observações: PJ CONSUMIDOR: O representante comercial autônomo não adquire do fornecedor nenhum produto ou serviço como destinatário final, não sendo, por isso, considerado consumidor nessa relação jurídica. Há precedentes que adotam uma interpretação finalista estendida para a conceituação do consumidor, que leva em consideração o critério da vulnerabilidade, mas esta não aproveita o representante comercial autônomo.

RECURSO ESPECIAL Nº 956.695 - RS	
Data do julgamento: 15 de dezembro de 2009	Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI
Natureza do caso: ADELIR ALCENO JANTSCH E OUTROS moveram ação contra o BANCO BOAVISTA INTERATLÂNTICO S/A, em decorrência da cobrança de valores alegadamente pagos a mais devido a contratos de financiamento em dinheiro Afirmam que deveria ter sido classificada a relação como de consumo.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Mantém a decisão do Tribunal que não aplica o CDC, vez que tal posicionamento encontra respaldo na jurisprudência desta Corte, que também adota o critério do destinatário final para a caracterização da relação de consumo.	
Acórdãos do STJ mencionadas: CC 92519/SP, CC 64524/MT, REsp 541.867/BA.	
Ementa: PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. PREQUESTIONAMENTO. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. CONSUMIDOR. CARACTERIZAÇÃO DA RELAÇÃO DE CONSUMO. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. I - Por aplicação analógica do art. 515, § 1º, do Cód. De Proc. Civil, é possível, em determinadas situações, mormente em processos de vários lustros, conhecer, neste Tribunal, de matéria não enfrentada pelo Tribunal de origem em Embargos de Declaração, desde que tenha havido válido contraditório como garantia das partes (CF, art. 5º, LV). II - Cumpre ao recorrente, nas razões do próprio especial, evidenciar de forma articulada os vícios de omissão, contradição e obscuridade que alega presentes no Acórdão recorrido. III - Não se viabiliza o especial pela indicada ausência de prestação jurisdicional, porquanto verifica-se que a matéria em exame foi devidamente enfrentada, emitindo-se pronunciamento de forma fundamentada, ainda que em sentido contrário à pretensão dos recorrentes. A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. IV - A jurisprudência desta Corte tem adotado o critério do destinatário final do produto ou serviço para a caracterização do consumidor. Precedentes. VI - Não merece conhecimento o recurso especial quanto ao ponto em que deixa de atacar de forma fundamentada todos os fundamentos suficientes do Acórdão. Incidência da Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal. VII - No que concerne à alegada ofensa do artigo 21 do Código de Processo Civil, observa-se que o Tribunal de origem ratificou sentença que havia condenado a recorrente à integralidade dos ônus sucumbenciais por identificar hipótese de sucumbência mínima. A pretensão recursal de que sejam repartidos os referidos encargos esbarra, portanto, na Súmula 7 desta Corte. Precedentes. Recurso Especial improvido.	
Voto Divergente: Não.	
Órgão julgador: Terceira Turma	
Observações: PJ CONSUMIDOR: Reafirma a adoção do critério do destinatário final do produto ou serviço para a caracterização do consumidor.	

RECURSO ESPECIAL Nº 910.799 - RS	
Data do julgamento: 24 de agosto de 2010	Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI
Natureza do caso: REDECARD S/A interpõe Recurso Especial autos de Ação de Repetição de Indébito ajuizada por SCA COMÉRCIO DE COMBUSTÍVEIS LTDA contra a recorrente, objetivando a restituição dos valores pagos a título de encargos financeiros referentes a pedidos de antecipação das importâncias a serem recebidas relativas a vendas efetuadas com cartões de crédito. Sustenta a recorrente que a questão em discussão decorre de uma relação contratual entre duas empresas não-consumidoras, não podendo haver incidência do Código de Defesa do Consumidor à espécie.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Conforme	

entendimento firmado pela Segunda Seção desta Corte, o critério a ser adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. Não há relação de consumo no caso dos autos, uma vez que o contrato firmado pelas partes constitui apenas instrumento para a facilitação das atividades comerciais do estabelecimento recorrido.
Acórdãos do STJ mencionadas: CC 92519/SP, REsp 773.927/MG.
Ementa: DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. "TAXA DE DESCONTO" COBRADA EM OPERAÇÕES DE ANTECIPAÇÃO DE PAGAMENTO DOS VALORES DAS TRANSAÇÕES REALIZADAS COM CARTÕES DE CRÉDITO. JUROS. LIMITAÇÃO. I.- Conforme entendimento firmado pela Segunda Seção desta Corte, o critério a ser adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. II.- Não há relação de consumo no caso dos autos, uma vez que o contrato firmado pelas partes constitui apenas instrumento para a facilitação das atividades comerciais do estabelecimento recorrido. III.- A "taxa de desconto" cobrada nas operações de antecipação de pagamento dos valores das transações realizadas com cartões de crédito corresponde a juros compensatórios. IV.- Estando estabelecido nos autos que a empresa que cobrou a "taxa de desconto" não é instituição financeira, incide a limitação dos juros à taxa de 12% ao ano. V.- Recurso Especial improvido.
Voto Divergente: Sim. Nancy Andrihgy. Concorda que o contrato objeto da ação não se sujeite ao CDC – por ter sido firmado como meio de facilitar a atividade comercial da recorrida.
Órgão julgador: Terceira Turma
Observações: PJ CONSUMIDOR: Adota a o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.

RECURSO ESPECIAL Nº 863.895 - PR	
Data do julgamento: 16 de novembro de 2010	Relator: MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
Natureza do caso: Trata-se de recurso contra decisão que julgou parcialmente procedente o pedido formulado em Ação de Rescisão de Contrato e Indenização c/c Pedido de Antecipação de Tutela proposta por MARFIM ENGENHARIA CIVIL LTDA. contra MACROMAQ EQUIPAMENTOS LTDA. Discute-se a aplicação do CDC.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Aplica a teoria finalista. A relação de consumo existe apenas no caso em que uma das partes pode ser considerada destinatária final do produto ou serviço. Na hipótese em que produto ou serviço são utilizados na cadeia produtiva, e não há considerável desproporção entre o porte econômico das partes contratantes, o adquirente não pode ser considerado consumidor e não se aplica o CDC, devendo eventuais conflitos serem resolvidos com outras regras do Direito das Obrigações. No caso, cuida-se de mera relação comercial de atividade meio entre as partes, mas não caracterizada a condição de consumidora pela recorrida, haja vista restar expresso no julgado ser a recorrida empresa do ramo da construção civil, e que as máquinas e equipamentos adquiridos são usados para a execução de suas atividades. Logo, afasta a aplicação do Código de Defesa do Consumidor.	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp n. 541.867-BA, REsp n. 541867/BA, AgR-Ag n. 900563 – PR, REsp n. 836823 – PR, REsp n. 716877 – SP.	
Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. AÇÃO DE RESCISÃO DE CONTRATO. INDENIZAÇÃO. DEFEITOS NA MÁQUINA. RETROESCAVADEIRA. APLICABILIDADE DO CDC. INOCORRÊNCIA. COMERCIANTE. EMPRESA. ATIVIDADE NEGOCIAL. INCREMENTO. DESTINATÁRIO FINAL. INEXISTÊNCIA. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO. I. Realizada pela empresa a compra do maquinário para ser utilizado em sua atividade empresarial de consumo intermediário, inaplicável o Código de Defesa do Consumidor, que tem como destinatário final	

a pessoa hipossuficiente. II. Recurso especial conhecido e provido, para afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e determinar o retorno dos autos à primeira instância, para que a ação seja julgada nos moldes da aplicação do Código Civil.
Voto Divergente: Não.
Órgão julgador: Quarta Turma
Observações: PJ CONSUMIDOR: Adota a o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.

RECURSO ESPECIAL Nº 917.463 - RS	
Data do julgamento: 02 de dezembro de 2010	Relator: MINISTRO SIDNEI BENETI
Natureza do caso: BANCO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL S/A - BANRISUL interpõe recurso especial nos autos de ação revisional e consignação em pagamento em decorrência de contrato de financiamento imobiliário regido pelo Sistema Financeiro da habitação – SFH. Discute-se a aplicação do CDC.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: No que diz respeito à caracterização das relações de consumo, a jurisprudência desta Corte tem adotado predominantemente o critério do destinatário final. No caso dos autos o empréstimo foi tomado ao banco ora recorrente por uma empresa do ramo da construção civil para o financiamento da construção de unidades habitacionais destinadas a comercialização. Mais do que isso, impende ressaltar que essa era atividade explorada pela recorrida, de modo que o financiamento contraído foi captado para o fomento de sua própria atividade comercial. Não há, assim, como se reconhecer a existência de uma relação de consumo. Dessa forma, é de se afastar a aplicação do Código de Defesa do Consumidor para reformar o acórdão na parte em que reduziu o percentual da multa.	
Acórdãos do STJ mencionadas: CC 92519/SP, CC 64524/MT, REsp 541.867/BA	
Ementa: SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO. MUTUÁRIO EMPRESÁRIO QUE EXPLORA O RAMO DA CONSTRUÇÃO CIVIL. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR NÃO AUTORIZADA. LIMITAÇÃO DOS JUROS COM FUNDAMENTO NO ARTIGO 25 DA LEI 8.962/93. IMPOSSIBILIDADE. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS PELA APLICAÇÃO DA TABELA PRICE. SÚMULAS 5 E 7/STJ. I - A empresa do ramo de construção civil que capta recursos do Sistema Financeiro da Habitação para fomentar a sua atividade comercial não pode ser considerada consumidora para efeito da aplicação das regras protetivas da Lei nº 8.078/90. II - A interpretação gramatical e sistêmica do artigo 25 da Lei nº 8.962/93 autoriza concluir que a limitação dos juros ali estabelecida alcança apenas os "adquirentes da casa própria". Excluídos, portanto, aqueles mutuários que contraem financiamento para construir unidades habitacionais destinadas à venda. III - Nos contratos celebrados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação, é vedada a capitalização de juros em qualquer periodicidade. Não cabe ao STJ, todavia, aferir se há capitalização de juros com a utilização da Tabela Price, por força das Súmulas 5 e 7/STJ. IV - Recurso especial parcialmente provido.	
Voto Divergente: Não.	
Órgão julgador: Terceira Turma	
Observações: PJ CONSUMIDOR: Adota a o finalista. Assim, PJ que capta recursos para fomentar a sua atividade comercial não pode ser considerada consumidora.	

AgRg no Ag 1.248.314-RJ	
Data do julgamento: 16.02.2012	Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Natureza do caso: Agravo Regimental tirado de Agravo de Instrumento no qual se discute a verificação da condição de consumidora da agravante, pessoa jurídica, na relação jurídica estabelecida com a parte	

agravada. A parte agravante alega que se aplicaria o Código de Defesa do Consumidor em face de sua hipossuficiência técnica.	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Após revisar o histórico do entendimento das Turmas do STJ acerca da teoria aplicável quanto à caracterização de consumidor, notadamente à mudança de posicionamento da Terceira Turma de maximalista para finalista em meados de 2004, no acórdão, o relator reitera que a posição atual do STJ é de que consumidor é aquele que é o destinatário final do produto ou do serviço.</p> <p>Essa posição finalista, no entanto, tem sido mitigada em situações excepcionais, nas quais se demonstrar, de forma indubitável, a condição de hipossuficiência técnica, jurídica ou econômica da pessoa jurídica. Uma vez que a reanálise de referida hipossuficiência demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, negou-se provimento ao agravo regimental a teor da súmula 7/STJ.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: CC nº 41.056/SP; Resp nº 541.867/BA; Resp nº 910.799/RS; CC 92.519/SP; Resp 1.010.834-GO.</p>	
<p>Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA. CONSUMIDOR COMO DESTINATÁRIO FINAL. VULNERABILIDADE TÉCNICA DA PESSOA JURÍDICA. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.</p> <p>1. A jurisprudência desta Corte Superior consagrou o entendimento de que, via de regra, consumidor é o destinatário final do produto ou serviço (teoria finalista ou subjetiva).</p> <p>2. A alteração do entendimento exarado pelo Tribunal de origem, no sentido da ausência de vulnerabilidade técnica da pessoa jurídica e da consequente aplicação da teoria finalista à hipótese em análise, esbarra na censura da Súmula nº 07/STJ, porquanto demanda o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, soberanamente delineado nas instâncias ordinárias.</p> <p>3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.</p>	
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>	
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>	

<p>AgRg no Ag 1.341.225-RS</p>	
<p>Data do julgamento: 16.11.2010</p>	<p>Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino</p>
<p>Natureza do caso: Originado de embargos à execução, nos quais o embargante alegou, dentre outras matérias de defesa, violação a dispositivos do Código de Defesa do Consumidor, porquanto seria aplicável à causa, de modo que cláusulas supostamente abusivas entre as partes deveriam ser anuladas.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: No que concerne à questão consumerista em tela, o recurso afastou a incidência do CDC à relação entre as partes em razão da inexistência de hipossuficiência da embargante em face da embargada, bem como pelo fato de a embargante não ser a destinatária final dos produtos, reiterando, portanto, o entendimento do STJ pela adoção da teoria finalista.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: Resp nº 836.823/PR; CC nº 92.519/SP.</p>	
<p>Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. DEFICIÊNCIA NA FORMAÇÃO DO INSTRUMENTO. AUSÊNCIA DE CÓPIA DA PROCURAÇÃO OUTORGADA AO SUBSCRITOR DAS CONTRA-RAZÕES AO RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE JUNTADA DE CÓPIA INTEGRAL DOS AUTOS ORIGINAIS. INSUFICIÊNCIA. CONTRATAÇÃO EM DÓLAR. PAGAMENTO EM MOEDA NACIONAL, POR PESSOA JURÍDICA COM SEDE NO EXTERIOR. POSSIBILIDADE. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DESTINATÁRIO FINAL NO CONTRATO FIRMADO ENTRE AS PESSOAS JURÍDICAS.</p> <p>1. A alegação de juntada de cópia integral dos autos é insuficiente para a comprovação de que a peça obrigatória não consta dos autos originais, devendo esta circunstância ser atestada por meio de certidão emitida por órgão competente. Precedentes.</p> <p>2. É legítimo o contrato celebrado em dólar, desde que o pagamento se efetive pela conversão em moeda</p>	

nacional. Precedentes.
3. O art. 2º, IV, do Decreto-Lei 857/69 autoriza o pagamento em moeda estrangeira no que toca "aos empréstimos e quaisquer outras obrigações cujo credor ou devedor seja pessoa residente e domiciliada no exterior".
4. "A relação de consumo existe apenas no caso em que uma das partes pode ser considerada destinatária final do produto ou serviço. Na hipótese em que produto ou serviço são utilizados na cadeia produtiva, e não há considerável desproporção entre o porte econômico das partes contratantes, o adquirente não pode ser considerado consumidor e não se aplica o CDC, devendo eventuais conflitos serem resolvidos com outras regras do Direito das Obrigações" (REsp 836.823/PR, Rel. Min. SIDNEI BENETI, Terceira Turma, DJ de 23.08.2010).
5. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
Voto Divergente: Não houve.
Órgão julgador: Terceira Turma

AgRg no Ag 887.871-SP	
Data do julgamento: 14.08.2007	Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Natureza do caso: Agravo Regimental em que se discutiu a aplicação do CDC à relação discutida entre as partes, duas empresas.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Decidiu pela inexistência de relação de consumo no caso, pois o serviço/produto contratado se destinava não ao consumo, mas como meio de incremento da atividade produtiva.	
Acórdãos do STJ mencionadas: Resp nº 701.370/PR.	
Ementa: CIVIL E PROCESSUAL. EMPRESA. DESTINATÁRIA INTERMEDIÁRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. SÚMULAS N. 83 E 7 DO STJ. DESPROVIMENTO.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Quarta Turma	

AgRg no Resp 1.225.745-PR	
Data do julgamento: 19.02.2013	Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino
Natureza do caso: Agravo Regimental em que se discutiu a aplicação do CDC à relação discutida entre as partes, duas empresas.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Decidiu pela não caracterização de relação de consumo vis-à-vis a teoria finalista e falta de caracterização de vulnerabilidade da parte.	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 910.799/RS; CC 92.519/SP; REsp 1010834/GO; AgRg no Ag 1248314/RJ; REsp 472594/SP.	
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE RELAÇÃO DE CONSUMO. TEORIA FINALISTA. CONSUMIDOR COMO DESTINATÁRIO FINAL. VULNERABILIDADE TÉCNICA DA PESSOA JURÍDICA. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.	
1. A jurisprudência desta Corte Superior consagrou o entendimento de que, via de regra, consumidor é o destinatário final do produto ou serviço (teoria finalista ou subjetiva).	
2. A verificação da ausência de vulnerabilidade da empresa recorrida e da consequente aplicação da teoria finalista na hipótese em análise, com base nas premissas fáticas deduzidas no recurso especial, que não foram fixadas no acórdão recorrido, demandaria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos,	

<p>providência vedada em sede especial, a teor da súmula 07/STJ.</p> <p>3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>

<p>CC 39.666-SP</p>	
<p>Data do julgamento: 25.10.2005</p>	<p>Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha</p>
<p>Natureza do caso: Conflito de Competência negativo decorrente de contrato que continha cláusula de eleição de foro, a qual fora afastada em função de existência de relação consumerista entre as partes.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Trata-se de contrato bancário, no qual contratou-se financiamento para o desenvolvimento de projeto idealizado pelos autores, de modo que não haveria caracterização de relação de fim do empréstimo contratado, uma vez que este tinha o escopo de fomentar a atividade econômica da empresa.</p> <p>Portanto, decidiu pela não caracterização de relação de consumo em função de os autores não serem os destinatários finais do produto/serviço, bem como em função da falta de caracterização de hipossuficiência da parte, levando em consideração o valor do projeto contratado, acima de R\$ 2.000.000,00. Assim prevaleceu o foro eleito contratualmente pelas partes.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 661.145/ES; REsp 218.505/MG; REsp 488.274/MG; CC n. 35.101/SP; CC n. 32.469/SP.</p>	
<p>Ementa: VALIDADE. DESTINATÁRIO FINAL. RELAÇÃO DE CONSUMO E HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO CARACTERIZADA. PRECEDENTES DO STJ.</p> <p>- Os autores da ação de ressarcimento de danos, oriunda do descumprimento de contrato de financiamento para incrementação da atividade econômica de empresa, não são considerados destinatários finais, afastando-se assim, a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao caso dos autos.</p> <p>- Não há abusividade na cláusula que prevê o foro de eleição em contratos de elevado valor, quando não caracterizada a hipossuficiência.</p> <p>- Conflito de competência conhecido para declarar a competência do juízo suscitante.</p>	
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>	
<p>Órgão julgador: Segunda Seção</p>	

<p>CC 92.519-SP</p>	
<p>Data do julgamento: 16.02.2009</p>	<p>Relator: Ministra Nancy Andrighi</p>
<p>Natureza do caso: Conflito de Competência negativo decorrente de contrato que continha cláusula de eleição de foro, a qual fora afastada em função de existência de relação consumerista entre as partes.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Trata-se de contrato bancário, no qual contratou-se financiamento para o desenvolvimento de projeto idealizado pelos autores, de modo que não haveria caracterização de relação de fim do empréstimo contratado, uma vez que este tinha o escopo de fomentar a atividade econômica da empresa. Assim prevaleceu o foro eleito contratualmente pelas partes.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp nº 541.867/BA; CC nº 39.666/SP; AgRG no REsp nº 927.911/RS; REsp nº 827.318/RS.</p>	
<p>Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. SOCIEDADE EMPRESÁRIA. CONSUMIDOR. DESTINATÁRIO FINAL ECONÔMICO. NÃO OCORRÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. VALIDADE. RELAÇÃO DE CONSUMO E HIPOSSUFICIÊNCIA. NÃO CARACTERIZAÇÃO.</p> <p>1 - A jurisprudência desta Corte sedimenta-se no sentido da adoção da teoria finalista ou subjetiva para fins de caracterização da pessoa jurídica como consumidora em eventual relação de consumo, devendo, portanto, ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido (REsp 541.867/BA).</p> <p>2 - Para que o consumidor seja considerado destinatário econômico final, o produto ou serviço adquirido</p>	

<p>ou utilizado não pode guardar qualquer conexão, direta ou indireta, com a atividade econômica por ele desenvolvida; o produto ou serviço deve ser utilizado para o atendimento de uma necessidade própria, pessoal do consumidor.</p> <p>2 - No caso em tela, não se verifica tal circunstância, porquanto o serviço de crédito tomado pela pessoa jurídica junto à instituição financeira de certo foi utilizado para o fomento da atividade empresarial, no desenvolvimento da atividade lucrativa, de forma que a sua circulação econômica não se encerra nas mãos da pessoa jurídica, sociedade empresária, motivo pelo qual não resta caracterizada, in casu, relação de consumo entre as partes.</p> <p>3 - Cláusula de eleição de foro legal e válida, devendo, portanto, ser respeitada, pois não há qualquer circunstância que evidencie situação de hipossuficiência da autora da demanda que possa dificultar a propositura da ação no foro eleito.</p> <p>4 - Conflito de competência conhecido para declarar competente o Juízo Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária do Estado de São Paulo.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Segunda Seção</p>

<p>EDcl no REsp 866.488-RS</p>	
<p>Data do julgamento: 13.05.2008</p>	<p>Relator: Ministro Sidnei Beneti</p>
<p>Natureza do caso: Embargos de declaração tirados de Recurso Especial em que, entre outras questões decidiu-se pela inaplicabilidade do CDC à relação discutida entre as partes.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Não se discute a questão da aplicabilidade do CDC, uma vez que a decisão de manter sua inaplicabilidade se deu por questões processuais inerentes à causa em questão.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: N/A</p>	
<p>Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO E NEXO DE CAUSALIDADE - VEDAÇÃO DE REEXAME DE PROVAS - SÚMULA 7/STJ - REJEIÇÃO.</p> <p>I. O Tribunal de origem decidiu conforme as provas apresentadas, sendo inviável, em âmbito de recurso especial, a reapreciação do conjunto fático-probatório que embasou o julgado por vedação da Súmula 7/STJ.</p> <p>II. Os embargos de declaração são recurso de índole particular, cujo objetivo é a declaração do verdadeiro sentido de uma decisão eivada de obscuridade, contradição ou omissão (artigo 535 do CPC), não possuindo natureza de efeito modificativo.</p> <p>Embargos de Declaração rejeitados.</p>	
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>	
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>	

<p>MS 12.481-DF</p>	
<p>Data do julgamento: 30.06.2009</p>	<p>Relator: Ministro João Otávio de Noronha</p>
<p>Natureza do caso: Mandado de Segurança impetrado em face de decisão do STJ no CC nº 68.062-SP.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: A discussão acerca da aplicabilidade do CDC, de fato, esta contida no CC nº 68.062, em que se discute aplicabilidade de cláusula de foro contida em contrato entre as partes relativo a colheita de safras de algodão e a Cédula de Produto Rural.</p> <p>Foi mantida a aplicabilidade da cláusula de eleição de foro, uma vez que os produtores rurais desenvolvem atividades de grande porte, de modo que não haveria hipossuficiência na relação.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: CC nº 68.062-SP.</p>	
<p>Ementa: MANDADO DE SEGURANÇA. ATO JURISDICIONAL. DECISÃO DE TURMA DO STJ. DESCABIMENTO. ART. 115 DO CPC. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. CONTRATO DE</p>	

COMPRA E VENDA MERCANTIL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE.	
<p>1. O mandado de segurança não constitui via idônea a amparar a revisão de ato de natureza jurisdicional de Turma ou Seção do STJ, salvo situações de absoluta excepcionalidade, em que restar cabalmente evidenciado o caráter abusivo ou teratológico da medida impugnada.</p> <p>2. "A mera potencialidade ou risco de que sejam proferidas decisões conflitantes é suficiente para caracterizar o conflito de competência, consoante interpretação extensiva conferida por esta Corte ao disposto no artigo 115 do Código de Processo Civil" (CC n. 89288/AC).</p> <p>3. Em se tratando de contrato de compra e venda mercantil formalizado por "produtores rurais de grande porte", não há se cogitar da incidência do Código de Defesa do Consumidor.</p> <p>4. Mandado de segurança extinto sem resolução de mérito.</p>	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Corte Especial	

RESP 1.080.719-MG	
Data do julgamento: 10.02.2009	Relator: Ministra Nancy Andrighi
Natureza do caso: Recurso Especial tirado de ação ajuizada por profissional freteiro frente a empresa fabricante de caminhão adquirido, que apresentou defeitos no motor.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O recurso foi provido, para aplicar as normas do CDC à relação entre o profissional freteiro e a fabricante de caminhões, flexibilizando a aplicação da teoria finalista, majoritária no âmbito do STJ, em função da vulnerabilidade do profissional em face do fornecedor.	
Acórdãos do STJ mencionadas: Resp nº 541.867/BA; AgRg no Ag nº 807.159/SP; Resp nº 684.613/SP; Resp nº 716.877/SP; Resp nº 915.599/SP.	
<p>Ementa: Processo civil e Consumidor. Rescisão contratual cumulada com indenização. Fabricante. Adquirente. Freteiro. Hipossuficiência. Relação de consumo. Vulnerabilidade. Inversão do ônus probatório.</p> <p>- Consumidor é a pessoa física ou jurídica que adquire produto como destinatário final econômico, usufruindo do produto ou do serviço em benefício próprio.</p> <p>- Excepcionalmente, o profissional freteiro, adquirente de caminhão zero quilômetro, que assevera conter defeito, também poderá ser considerado consumidor, quando a vulnerabilidade estiver caracterizada por alguma hipossuficiência quer fática, técnica ou econômica.</p> <p>- Nesta hipótese esta justificada a aplicação das regras de proteção ao consumidor, notadamente a concessão do benefício processual da inversão do ônus da prova.</p> <p>Recurso especial provido.</p>	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma	

RESP 468.887-MG	
Data do julgamento: 04.05.2010	Relator: Ministro Luis Felipe Salomão
Natureza do caso: Recurso Especial tirado de ação de rito ordinário objetivando a revisão de cláusulas contratuais relativas a cédula de crédito comercial, requerendo a substituição do índice de correção monetária TBF pelo INPC, redução dos juros remuneratórios a 12% ao ano, afastamento dos juros moratórios de 1%, reconhecimento da ilegalidade de cobrança de comissão de permanência e de juros capitalizados, bem como a limitação da multa contratual a 2%.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: No que	

<p>concerne à aplicação do Código de Defesa do Consumidor à questão analisada, o acórdão, a despeito de explicar que se aplica o Código de Defesa do Consumidor a instituições financeiras, inclusive no que concerne a cédulas de crédito rural, comercial ou individual, manteve o entendimento do tribunal a quo de que não se aplicaria o CDC à hipótese, uma vez que a pessoa jurídica no caso não assumia a posição de destinatário final de produtos ou serviços, e, sim, utilizaria o crédito obtido em sua atividade produtiva.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg no REsp nº 948.276/MG; AgRg no AgRg no REsp nº 962.999/RS; REsp nº 716.386/SP.</p>
<p>Ementa: UTILIZAÇÃO PARA CORREÇÃO MONETÁRIA. JUROS REMUNERATÓRIOS. LIMITAÇÃO A 12% AO ANO. MULTA MORATÓRIA. INCIDÊNCIA DO CDC. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7. ATIVIDADE INTERMEDIÁRIA. CAPITALIZAÇÃO DE JUROS. SÚMULA 93/STJ. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. SÚMULAS 30 E 294 DESTA CORTE.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. "A Taxa Básica Financeira (TBF) não pode ser utilizada como indexador de correção monetária nos contratos bancários" (Súmula n.º 287/STJ). 2. Resta firmado nesta Corte incidir a limitação dos juros remuneratórios em 12% ao ano em cédula de crédito comercial, porquanto inexistente deliberação do Conselho Monetário Nacional a respeito. 3. À luz das circunstâncias fáticas verificadas pelo acórdão recorrido, não se vislumbrou nos recorrentes, sobretudo na pessoa jurídica, a assunção da posição de destinatário final de produtos ou serviços a autorizar a incidência das normas protetivas do consumidor, notadamente a limitação da multa contratual prevista no art. 52, § 1º, do CDC, conclusão infensa à valoração desta Corte, nos termos das Súmulas 5 e 7. 4. "A legislação sobre cédulas de crédito rural, comercial e industrial admite o pacto de capitalização de juros" (Súmula n.º 93/STJ). 5. Admite-se a comissão de permanência durante o período de inadimplemento contratual, à taxa média dos juros de mercado, limitada ao percentual fixado no contrato (Súmula nº 294/STJ), desde que não cumulada com a correção monetária (Súmula nº 30/STJ), com os juros remuneratórios (Súmula nº 296/STJ) e moratórios, nem com a multa contratual. 6. Recurso especial conhecido em parte e, na extensão, provido.
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>

<p>RESP 540.054-MG</p>	
<p>Data do julgamento: 07.12.2006</p>	<p>Relator: Ministro Massami Uyeda</p>
<p>Natureza do caso: Discussão acerca da validade de cláusula de eleição de foro em contrato de venda com reserva de domínio de equipamento médico sofisticado.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Foi reconhecida a validade da cláusula de eleição de foro, a despeito da disparidade entre o porte das pessoas jurídicas em questão.</p> <p>Conforme o relator assevera em seu voto, a disparidade econômica entre as partes, por si só, não as desvincula da cláusula de eleição de foro, uma vez que "exigir-se que os litigantes possuam exatamente as mesmas condições financeiras como pressuposto de validade da cláusula de eleição de foro é o mesmo que torná-la ordinariamente inútil, pois dificilmente apresentar-se-ão ao Judiciário lides nas quais as partes demonstrem real paridade financeira."</p> <p>Invocando trecho de outro precedente da mesma corte, ainda assevera que a validade e eficácia da cláusula de eleição de foro apenas podem ser colocadas em dúvida:</p> <p>"a) se, no momento da celebração, a parte aderente não dispunha de inteligência suficiente para compreender o sentido e as consequências da estipulação contratual;</p> <p>b) se da prevalência de tal estipulação resultar inviabilidade ou especial dificuldade de acesso ao Judiciário;</p> <p>c) se se tratar de contrato de obrigatória adesão, assim entendido o que tenha por objeto produto ou serviço fornecido com exclusividade por determinada empresa."</p>	

<p>A natureza adesiva do contrato em questão, não acarreta a nulidade da cláusula de eleição de foro, pois sua inaplicação depende da constatação de cerceamento de defesa do aderente, bem como de sua hipossuficiência.</p> <p>No que concerne ao mérito da questão, reiterou-se o entendimento da Segunda Seção de que, em regra, as pessoas (físicas ou jurídicas), que visam lucro em suas atividades não são consideradas consumidoras para fins de aplicação do CDC, sendo que essa interpretação finalista é apenas abrandada mediante a demonstração in concreto da vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica da parte, conquanto seja uma pequena empresa ou profissional liberal.</p>
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp nº 379949/PR; REsp nº 466.179/MS; REsp nº . 545.575/RJ; REsp nº. 541.867/BA</p>
<p>Ementa: RECURSO ESPECIAL – PROCESSUAL CIVIL – CONTRATO DE VENDA COM RESERVA DE DOMÍNIO (EQUIPAMENTOS MÉDICOS) – CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO – COMPETÊNCIA RELATIVA – DECLINAÇÃO DE OFÍCIO – IMPOSSIBILIDADE – ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OBSTÁCULOS SUBJETIVOS – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – RELAÇÃO DE CONSUMO – EXAME EM SEDE DE COGNIÇÃO PLENA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS COMPETENTES – INOCORRÊNCIA – SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA – INADMISSIBILIDADE – PRECEDENTES.</p> <p>1 – A Segunda Seção deste Colegiado pacificou entendimento acerca da não-abusividade de cláusula de eleição de foro constante de contrato referente à aquisição de equipamentos médicos de vultoso valor. Mesmo em se cogitando da configuração de relação de consumo, não se haveria falar na hipossuficiência do adquirente de tais equipamentos, presumindo-se, ao revés, a ausência de dificuldades ao respectivo acesso à Justiça e ao exercício do direito de defesa perante o foro livremente eleito.</p> <p>2 – A solitária condição de a eleição do foro ter se dado em contrato não acarreta a nulidade dessa cláusula, sendo imprescindível a constatação de cerceamento de defesa e de hipossuficiência do aderente para sua inaplicação, inocorrentes na hipótese em tela.</p> <p>3 – A questão da hipossuficiência do recorrente, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, em momento algum foi considerada pelas instâncias ordinárias competentes em sede de processo de conhecimento completado, não sendo lícito cogitar-se a respeito nesta seara recursal, sob pena de inadmissível supressão de instância.</p> <p>4 – RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve</p>
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>

RESP 733.560-RJ	
Data do julgamento: 11.04.2006	Relator: Ministra Nancy Andrighi
<p>Natureza do caso: Cinge-se a controvérsia principal em saber se uma pessoa jurídica que contrata um seguro contra roubo e furto do próprio patrimônio pode ou não ser considerada consumidora, nos termos do art. 2.º do CDC.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Reconheceu-se a pessoa jurídica in casu como consumidora perante a seguradora, reconhecendo-se a teoria finalista.</p> <p>Melhor explanando a aplicação da teoria finalista, o acórdão explana que a expressão “destinatário final” contida no artigo 2 do CDC deve ser interpretada restritivamente, de modo que o conceito de consumidor deve ser subjetivo e entendido como tal aquele que ocupa um nicho específico da estrutura de mercado – o de ultimar a atividade econômica com a retirada de circulação (econômica) do bem ou serviço, a fim de consumi-lo, de forma a suprir uma necessidade ou satisfação eminentemente pessoal.</p> <p>O relator arremata concluindo que o consumidor não é apenas o adquirente, destinatário final fático, mas também o destinatário final econômico do produto ou serviço, ou seja, a utilização deve romper a atividade econômica para o atendimento de necessidade privada, pessoal, não podendo ser reutilizado, o bem ou serviço, no processo produtivo, ainda que de forma indireta.</p> <p>Como no caso o estacionamento contratou seguro contra roubo e furto de seu patrimônio, e não de seus</p>	

clientes, a relação é considerada de consumo.	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp n.º 541.867/BA e REsp n.º 193.327/MT.	
Ementa: Consumidor. Recurso especial. Pessoa jurídica. Seguro contra roubo e furto de patrimônio próprio. Aplicação do CDC. - O que qualifica uma pessoa jurídica como consumidora é a aquisição ou utilização de produtos ou serviços em benefício próprio; isto é, para satisfação de suas necessidades pessoais, sem ter o interesse de repassá-los a terceiros, nem empregá-los na geração de outros bens ou serviços. - Se a pessoa jurídica contrata o seguro visando a proteção contra roubo e furto do patrimônio próprio dela e não o dos clientes que se utilizam dos seus serviços, ela é considerada consumidora nos termos do art. 2.º do CDC. Recurso especial conhecido parcialmente, mas improvido.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma	

RESP 861.027-PR	
Data do julgamento: 17.05.2007	Relator: Ministro Helio Quaglia Barbosa
Natureza do caso: Dentre outras questões, discute-se se a relação entre empresa de taxi aéreo e fornecedora de combustíveis seria uma relação de consumo.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Não se reconheceu a relação de consumo entre as partes, uma vez que a fornecedora de combustíveis fornece produtos imprescindíveis à atividade da empresa em questão. Uma vez que a empresa de taxi aéreo se utiliza dos produtos da fornecedora com o fim de incrementar sua atividade empresarial principal, não há relação de consumo no caso em questão.	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp n. 541.867/BA.	
Ementa: PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS A EXECUÇÃO. RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CONFIGURADA. RELAÇÃO MERCANTIL. NÃO INCIDÊNCIA DO CDC. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 333 E 19 DO CPC. 1. Utilizando-se a empresa de mercadorias ou serviços de outra empresa para incremento de sua atividade empresarial principal, tem-se típica e autêntica relação comercial, entendida no sentido de mercancia, com intuito de lucro e sentido de habitualidade, sendo reguladas essas relações pela lei civil, afastada a consumerista. 2. Incumbe ao autor provar fato constitutivo de seu direito, bem como prover as despesas dos atos que vier a requerer no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até sentença final. Inteligência dos arts. 333 e 19 do Código de Processo Civil. 3. Recurso conhecido e provido.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Quarta Turma	

RESP 914.384-MT	
Data do julgamento: 02.09.2010	Relator: Ministro Massami Uyeda
Natureza do caso: Discute-se, dentre outros pontos, se grande produtores rurais se encaixam na condição de consumidor e se a relação de compra de insumos agrícolas seria de consumo ou mercantil.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Não se reconheceu a relação de consumo entre as partes, uma vez que não há destinação final quando o empresário rural adquire sementes, insumos ou defensivos agrícolas para o implemento de sua atividade produtiva. A relação de consumo nesses casos se dá nos casos de agricultura de subsistência.	
Acórdãos do STJ mencionadas: N/A	

<p>Ementa: VENDA DE INSUMOS AGRÍCOLAS - REVISÃO DE CONTRATO - CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR - NÃO APLICAÇÃO - DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE - INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES - RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO.</p> <p>I - Tratando-se de grande produtor rural e o contrato referindo-se, na sua origem, à compra de insumos agrícolas, não se aplica o Código de Defesa do Consumidor, pois não se trata de destinatário final, conforme bem estabelece o art. 2º do CDC, in verbis: "Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final".</p> <p>II - Não havendo relação de consumo, torna-se inaplicável a inversão do ônus da prova prevista no inciso VIII do art. 6º, do CDC, a qual, mesmo nas relações de consumo, não é automática ou compulsória, pois depende de criteriosa análise do julgador a fim de preservar o contraditório e oferecer à parte contrária oportunidade de provar fatos que afastem o alegado contra si.</p> <p>III - O grande produtor rural é um empresário rural e, quando adquire sementes, insumos ou defensivos agrícolas para o implemento de sua atividade produtiva, não o faz como destinatário final, como acontece nos casos da agricultura de subsistência, em que a relação de consumo e a hipossuficiência ficam bem delineadas.</p> <p>IV - De qualquer forma, embora não seja aplicável o CDC no caso dos autos, nada impede o prosseguimento da ação com vista a se verificar a existência de eventual violação legal, contratual ou injustiça a ser reparada, agora com base na legislação comum. V - Recurso especial parcialmente provido.</p> <p>Voto Divergente: Não houve.</p> <p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>

AGRG NO AG 1.300.084-RS	
Data do julgamento: 24.05.2011	Relator: Ministro Massami Uyeda
Natureza do caso: Discute-se, dentre outros pontos, a aplicação de cláusula de eleição de foro no contrato de adesão entre as partes.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Entendeu ser irrelevante a oitiva de testemunhas para produção de prova quanto à imposição unilateral das condições contratuais e inferioridade técnica da recorrente em face da recorrida, uma vez que a caracterização da hipossuficiência, segundo a teoria finalista vincula-se à análise de aspectos subjetivos vinculados à própria atividade econômica desenvolvida pela parte contratante na qualidade de consumidor final do produto ou serviço.	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 836.823/PR; AgRg no Ag 1070671/SC; CC 92.519/SP	
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - ART. 309 DO CPC - EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA - CLÁUSULA DE ELEIÇÃO DE FORO - CONDIÇÃO DE HIPOSSUFICIÊNCIA DA EMPRESA CONTRATANTE - NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA TESTEMUNHAL - OITIVA DE TESTEMUNHAS - RELEVÂNCIA NÃO DEMONSTRADA - RECURSO IMPROVIDO.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma	

AGRG NOS EDCL NOS EDCL NO RESP 1.281.164-SP	
Data do julgamento: 22.05.2012	Relator: Ministro Sidnei Beneti
Natureza do caso: Insurge-se o agravante contra: a) a permissão da capitalização mensal dos juros na Cédula de Crédito Industrial, ao argumento de que a legislação vigente só permite a capitalização no período semestral; b) a manutenção da multa moratória de 10%; e c) o indeferimento do pedido de devolução, em dobro, dos valores indevidamente cobrados.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Manteve o	

entendimento dos Edcl no sentido de que não há relação de consumo entre as partes, uma vez que o crédito tomado visa o fomento da atividade empresarial da parte.	
Acórdãos do STJ mencionadas: CC 92.519/SP.	
<p>Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO. CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL. CAPITALIZAÇÃO MENSAL DOS JUROS. MULTA MORATÓRIA. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. DEVOLUÇÃO EM DOBRO. DESCABIMENTO.</p> <p>1.- Permite-se a capitalização mensal dos juros nas cédulas de crédito rural, comercial e industrial (Decreto-lei n. 167/67 e Decreto-lei n. 413/69), bem como nas demais operações realizadas pelas instituições financeiras integrantes do Sistema Financeiro Nacional, desde que celebradas a partir da publicação da Medida Provisória n. 1.963-17 (31.3.00) e que pactuada.</p> <p>2.- O critério adotado para determinação da condição de consumidora da pessoa jurídica é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a pessoa jurídica deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido.</p> <p>3.- Não havendo relação de consumo entre as partes, deve ser indeferido o pedido de redução da multa moratória fundado na aplicação do Código de Defesa do Consumidor.</p> <p>4.- A jurisprudência das Turmas que compõem a Segunda Seção do STJ é firme no sentido de que a repetição em dobro do indébito, pressupõe tanto a existência de pagamento indevido quanto a má-fé do credor.</p> <p>5.- Agravo Regimental improvido.</p>	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma	

RESP 1.027.165-ES	
Data do julgamento: 07.06.2011	Relator: Ministro Sidnei Beneti
<p>Natureza do caso: Ação ajuizada por empresa de produtos de informática em face de assistência médica, na qual se discute a existência de relação de consumo na hipótese, porque a doutrina há muito tem reconhecido a figura do consumidor por equiparação. A incidência do Código de Defesa do Consumidor se imporia em razão da prática abusiva identificada no comportamento da recorrida e da posição de vulnerabilidade contratual ocupada pela recorrente.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Entendeu pela inaplicabilidade do CDC ao caso, pois não se caracteriza a vulnerabilidade de sociedade de médio porte face a multinacional, especialmente em razão de a relação entre as partes tratar da aquisição de equipamentos médicos sofisticados.</p>	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 1080719; REsp 716.877/SP; REsp nº 687.322/RJ; CC 35998/SP.	
<p>Ementa: PROCESSUAL CIVIL. SOCIEDADE ESTRANGEIRA SEM IMÓVEIS, MAS COM FILIAL NO PAÍS. DESNECESSIDADE DE CAUÇÃO PARA LITIGAR EM JUÍZO. MITIGAÇÃO DA EXIGÊNCIA LEGAL. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. PESSOA JURÍDICA. TEORIA FINALISTA.</p> <p>1.- O autor estrangeiro prestará, nas ações que intentar, caução suficiente às custas e honorários de advogado da parte contrária, se não tiver no Brasil imóveis que lhes assegurem o pagamento.</p> <p>2.- Tal exigência constitui pressuposto processual que, por isso, deve ser satisfeito ao início da relação jurídico processual. Nada impede, porém, que seja ela suprida no decorrer da demanda, não havendo falar em nulidade processual sem que haja prejuízo, especialmente em caso no qual a pessoa jurídica estrangeira já veio pagando adequadamente todas as despesas processuais incorridas e possui filial no país.</p> <p>3.- No caso concreto, ademais, considerando-se o resultado da demanda, não faz sentido exigir a caução em referência. Não há porque exigir da recorrida o depósito de caução cuja finalidade é garantir o pagamento de despesas que, com o resultado do julgamento, ficarão por conta da parte contrária.</p> <p>4.- A jurisprudência desta Corte, no tocante à matéria relativa ao consumidor, tem mitigado os rigores da</p>	

<p>teoria finalista para autorizar a incidência do Código de Defesa do Consumidor nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.</p> <p>5.- O Acórdão recorrido destaca com propriedade, porém, que a recorrente é uma sociedade de médio porte e que não se vislumbra, no caso concreto, a vulnerabilidade que inspira e permeia o Código de Defesa do Consumidor.</p> <p>6.- Recurso Especial a que se nega provimento.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>

<p>RESP 1.173.060-CE</p>	
<p>Data do julgamento: 16.10.2012</p>	<p>Relator: Ministra Nancy Andrighi</p>
<p>Natureza do caso: Compra de equipamento sofisticado para tratamento de câncer a ser reconicionado por empresa que faliu antes da entrega do equipamento, da qual a Requerida era representante comercial. Discussão sobre a caracterização da relação entre clínica de oncologia e representante como de consumo, ou não, e sobre sua responsabilidade.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Reconhece a existência de finalidade econômica na compra do equipamento, de modo que pela teoria finalista não haveria relação de consumo.</p> <p>Uma vez que a flexibilização da teoria finalista se dá apenas em casos em que há clara vulnerabilidade da pessoa física ou jurídica, não houve referida flexibilização, uma vez que não se caracteriza a hipossuficiência, seja econômica, seja técnica da adquirente do produto. A inferioridade da adquirente no conhecimento do mercado da representante comercial, i.e., mercado de importação de máquinas, isoladamente, não assume especificidade e importância suficientes a justificar uma exceção à teoria finalista, pois, caso contrário, qualquer compra feita no exterior seria regida pelo CDC, independentemente do destino da mercadoria.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 541.867/BA; REsp 1.010.834/GO; REsp 716.877/SP; AgRg no REsp 1.200.156/RS; REsp 1.132.642/PR.</p>	
<p>Ementa: DIREITO CIVIL E DIREITO DO CONSUMIDOR. CLÍNICA DE ONCOLOGIA. COMPRA DE MÁQUINA RECONDICIONADA, DE VENDEDOR ESTRANGEIRO, MEDIANTE CONTATO FEITO COM REPRESENTANTE COMERCIAL, NO BRASIL. PAGAMENTO DE PARTE DO PREÇO MEDIANTE REMESSA AO EXTERIOR, E DE PARTE MEDIANTE DEPÓSITO AO REPRESENTANTE COMERCIAL. POSTERIOR FALÊNCIA DA EMPRESA ESTRANGEIRA. CONSEQUÊNCIAS. APLICAÇÃO DO CDC. IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DO PREÇO TOTAL PELO REPRESENTANTE COMERCIAL. IMPOSSIBILIDADE. DEVOLUÇÃO DA PARCELA DO PREÇO NÃO TRANSFERIDA AO EXTERIOR. POSSIBILIDADE. APURAÇÃO. LIQUIDAÇÃO.</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. A relação jurídica entre clínica de oncologia que compra equipamento para prestar serviços de tratamento ao câncer, e representante comercial que vende esses mesmos equipamentos, não é de consumo, dada a adoção da teoria finalista acerca da definição das relações de consumo, no julgamento do REsp 541.867/BA (Rel. Min. Barros Monteiro, Segunda Seção, DJ de 16/5/2005). 2. Há precedentes nesta Corte mitigando a teoria finalista nas hipóteses em que haja elementos que indiquem a presença de situações de clara vulnerabilidade de uma das partes, o que não ocorre na situação concreta. 3. Pela legislação de regência, o representante comercial age por conta e risco do representando, não figurando, pessoalmente, como vendedor nos negócios que intermedia. Tendo isso em vista, não se pode imputar a ele a responsabilidade pela não conclusão da venda decorrente da falência da sociedade estrangeira a quem ele representa. 4. Não tendo sido possível concluir a entrega da mercadoria, contudo, por força de evento externo pelo qual nenhuma das partes responde, é lícito que seja resolvida a avença, com a devolução, pelo representante, de todos os valores por ele recebidos diretamente, salvo os que tiverem sido repassados à 	

sociedade estrangeira, por regulares operações contabilmente demonstradas.
5. Recurso especial conhecido e parcialmente provido.
Voto Divergente: Não houve.
Órgão julgador: Terceira Turma

RESP 1.190.139-RS	
Data do julgamento: 06.12.2011	Relator: Ministro Mauro Campbell Marques
Natureza do caso: Um pequeno aspecto da controvérsia refere-se à aplicabilidade do CDC à Usiprel, uma vez que esta não seria destinatária final do produto. A disputa se refere à declaração da ocorrência de cobrança excedente nas faturas de energia.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Nega a existência de relação de consumo, reconhecendo o entendimento do STJ pela teoria finalista, que apenas é mitigada caso haja viabilidade técnica, jurídica ou econômica da parte.	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 1.010.834/GO.	
Ementa: ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 211/STJ. ANEEL. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. ESTABELECIAMENTO INDUSTRIAL.	
<p>1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. Precedentes.</p> <p>2. A leitura atenta do acórdão combatido, integrado pelo pronunciamento da origem em embargos de declaração, revela que os arts. 42 da Lei n. 8.078/90 e 333, inc. I, do CPC, bem como as teses a eles vinculadas, não foram objeto de debate pela instância ordinária, o que atrai a aplicação da Súmula n. 211 desta Corte Superior, inviabilizando o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento.</p> <p>3. Esta Corte adota a teoria finalista para o conceito de consumidor, com o abrandamento desta teoria na medida em que admite a aplicação das normas do CDC a determinados consumidores profissionais, desde que seja demonstrada a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica. Precedentes.</p> <p>4. Não assiste razão à recorrente, pois a jurisprudência de ambas as Turmas da Seção consolidou-se no sentido de que a União e a ANEEL não detêm legitimidade nas ações em que se discute a restituição de indébito decorrente da majoração ilegal das tarifas de energia elétrica. Precedentes.</p> <p>5. Em quinto e último lugar, a Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.113.403/RJ, de relatoria do Min. Teori Albino Zavascki (DJe 15.9.2009), submetido ao regime dos recursos repetitivos do art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n. 8/08, firmou entendimento de que a ação de repetição de indébito de tarifas de água e esgoto, bem como de energia elétrica, sujeitam-se ao prazo prescricional estabelecido no Código Civil.</p> <p>6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.</p>	
Voto Divergente: Não houve	
Órgão julgador: Segunda Turma	

RESP 1.195.642-RJ	
Data do julgamento: 13.11.2012	Relator: Ministra Nancy Andrighi
Natureza do caso: Tirado de ação que discute ocorrência de defeito em serviço de telefonia contratado entre as partes, que tornara precário o funcionamento das linhas telefônicas. A recorrida sustenta que o investimento por ela feito naquele período com anúncios de jornal, objetivando incrementar suas vendas, teria sido severamente prejudicado, visto que não teve como atender as ligações de potenciais compradores.	

Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Entendeu-se inaplicável o CDC à espécie.

O julgado faz longa análise, nos seguintes termos:

Após alguma oscilação, a jurisprudência do STJ atualmente se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

Com isso, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

Em suma, o caráter distintivo da teoria finalista reside no fato de o ato de consumo não visar ao lucro tampouco à integração de uma atividade negocial.

A despeito disso, a jurisprudência – aí incluída o próprio STJ – tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado.

Com efeito, esta Corte tem “mitigado os rigores da teoria finalista para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte, embora não seja destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade”.

Cuida-se, na realidade, de se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade que, vale lembrar, constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica, jurídica e fática. Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional.

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

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

A vulnerabilidade fática ou socioeconômica abrange situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor.

Além das três espécies acima, nosso atual estágio de evolução social e tecnológica trouxe relevo também para a vulnerabilidade informacional. O que antes podia ser considerado uma espécie de vulnerabilidade técnica, ganhou importância e individualidade com a denominada era da informação ou era digital, período que sucede a era industrial e que se caracteriza pela troca de informações de maneira globalizada e em tempo real. Isso, de um lado, implicou amplo acesso à informação, mas, por outro, conferiu enorme poder àqueles que detêm informações privilegiadas.

Essa realidade, aplicada às relações de consumo – em que a informação sobre o produto ou serviço é essencial ao processo decisório de compra – evidencia a necessidade de se resguardar a vulnerabilidade informacional do consumidor.

Note-se que, no mais das vezes, o problema não está na quantidade de informação disponibilizada, mas na sua qualidade, sobretudo quando há manipulação e controle pelo fornecedor, influenciando diretamente na decisão do consumidor.

Todavia, a despeito da identificação in abstracto de todas essas espécies de vulnerabilidade, não há como ignorar que a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo.

Com efeito, não se pode olvidar que a vulnerabilidade não se define tão-somente pela capacidade técnica, nível de informação/cultura ou valor do contrato em exame. Todos esses elementos podem estar presentes e o comprador ainda assim ser vulnerável pela dependência do produto, pela natureza adesiva do contrato imposto, pelo monopólio da produção do bem ou sua qualidade insuperável, pela extremada necessidade do bem ou serviço; pelas exigências da modernidade atinentes à atividade, entre outros fatores.

Em síntese, numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.

Na espécie, a própria recorrida admite que o serviço contratado junto à EMBRATEL compõe sua cadeia produtiva, sendo essencial à consecução do seu negócio.

Nesse sentido, afirma que “vive da venda de veículos novos e usados, motivo pelo qual se vê obrigada a anunciar-los, para que haja saída de forma mais rápida, investindo na propaganda, onde é certo que necessita da boa prestação de serviços da ré” (fl. 05, e-STJ).

Dessa forma, não há como considerar a recorrida como destinatária final do serviço de telefonia prestado pela EMBRATEL. Cumpre, outrossim, verificar se a recorrida de alguma forma se mostra vulnerável frente à EMBRATEL, de sorte a equipará-la ao conceito de consumidor.

Acórdãos do STJ mencionadas: AgRg nos EDcl no REsp 1.281.164/SP; AgRg no Ag 1.248.314/RJ; AgRg no REsp 1.085.080/PR; REsp 1.014.960/RS; REsp 1.027.165/ES; REsp 1.196.951/PI; REsp 1.190.139/RS; REsp 1.010.834/GO.

Ementa: CONSUMIDOR. DEFINIÇÃO. ALCANCE. TEORIA FINALISTA. REGRA. MITIGAÇÃO. FINALISMO APROFUNDADO. CONSUMIDOR POR EQUIPARAÇÃO. VULNERABILIDADE.

1. A jurisprudência do STJ se encontra consolidada no sentido de que a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, que, numa exegese restritiva do art. 2º do CDC, considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica.

2. Pela teoria finalista, fica excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Vale dizer, só pode ser considerado consumidor, para fins de tutela pela Lei nº 8.078/90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo.

3. A jurisprudência do STJ, tomando por base o conceito de consumidor por equiparação previsto no art. 29 do CDC, tem evoluído para uma aplicação temperada da teoria finalista frente às pessoas jurídicas, num processo que a doutrina vem denominando finalismo aprofundado, consistente em se admitir que, em determinadas hipóteses, a pessoa jurídica adquirente de um produto ou serviço pode ser equiparada à condição de consumidora, por apresentar frente ao fornecedor alguma vulnerabilidade, que constitui o princípio-motor da política nacional das relações de consumo, premissa expressamente fixada no art. 4º, I, do CDC, que legitima toda a proteção conferida ao consumidor.

4. A doutrina tradicionalmente aponta a existência de três modalidades de vulnerabilidade: técnica (ausência de conhecimento específico acerca do produto ou serviço objeto de consumo), jurídica (falta de conhecimento jurídico, contábil ou econômico e de seus reflexos na relação de consumo) e fática (situações em que a insuficiência econômica, física ou até mesmo psicológica do consumidor o coloca em pé de desigualdade frente ao fornecedor). Mais recentemente, tem se incluído também a vulnerabilidade informacional (dados insuficientes sobre o produto ou serviço capazes de influenciar no processo decisório de compra).

5. A despeito da identificação in abstracto dessas espécies de vulnerabilidade, a casuística poderá apresentar novas formas de vulnerabilidade aptas a atrair a incidência do CDC à relação de consumo. Numa relação interempresarial, para além das hipóteses de vulnerabilidade já consagradas pela doutrina e pela jurisprudência, a relação de dependência de uma das partes frente à outra pode, conforme o caso, caracterizar uma vulnerabilidade legitimadora da aplicação da Lei nº 8.078/90, mitigando os rigores da

<p>teoria finalista e autorizando a equiparação da pessoa jurídica compradora à condição de consumidora.</p> <p>6. Hipótese em que revendedora de veículos reclama indenização por danos materiais derivados de defeito em suas linhas telefônicas, tomando inócuo o investimento em anúncios publicitários, dada a impossibilidade de atender ligações de potenciais clientes. A contratação do serviço de telefonia não caracteriza relação de consumo tutelável pelo CDC, pois o referido serviço compõe a cadeia produtiva da empresa, sendo essencial à consecução do seu negócio. Também não se verifica nenhuma vulnerabilidade apta a equipar a empresa à condição de consumidora frente à prestadora do serviço de telefonia. Ainda assim, mediante aplicação do direito à espécie, nos termos do art. 257 do RISTJ, fica mantida a condenação imposta a título de danos materiais, à luz dos arts. 186 e 927 do CC/02 e tendo em vista a conclusão das instâncias ordinárias quanto à existência de culpa da fornecedora pelo defeito apresentado nas linhas telefônicas e a relação direta deste defeito com os prejuízos suportados pela revendedora de veículos.</p> <p>7. Recurso especial a que se nega provimento.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>

<p>RESP 773.927-MG</p>	
<p>Data do julgamento: 03.12.2009</p>	<p>Relator: Ministro Sidnei Beneti</p>
<p>Natureza do caso: Discussão sobre abusividade de cláusulas contidas em contrato de mútuo entre a parte e seu banco para capital de giro.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: Nega a existência de relação de consumo, uma vez que o crédito tomado tem a função de fomentar a atividade empresarial da parte.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 541.867/BA; CC 92.519/SP.</p>	
<p>Ementa: RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE MÚTUA BANCÁRIO. EMPRESA. CAPITAL DE GIRO. INAPLICABILIDADE DO CDC. PRECEDENTES.</p> <p>Não se aplica o CDC ao contrato de mútuo tomado por empresa junto à instituição financeira destinado ao fomento da atividade empresarial. Precedentes da Corte.</p> <p>Recurso Especial improvido.</p>	
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>	
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>	

<p>REsp Nº 471.921/BA</p>	
<p>Data do julgamento: 03.06.2003</p>	<p>Relator: Ministra Nancy Andrighi</p>
<p>Natureza do caso: Recurso especial em incidente de exceção de incompetência, na qual o TJ/BA reconheceu a inaplicabilidade do foro de eleição do contrato firmado entre Recorrente e Recorrida, sob o fundamento de que o foro eleito prejudicaria a parte mais fraca. Assim, determinou-se a competência do foro do local onde a obrigação deve ser cumprida.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ reconheceu a violação ao artigo 111 do CPC e deu provimento ao recurso especial para julgar procedente a exceção de incompetência oposta pela Recorrente, declarando competente o foro de eleição contratual.</p> <p>Para tanto, tomou-se por base a jurisprudência consolidada do STJ de que a nulidade de cláusula de eleição de foro só é reconhecida em duas hipóteses: (i) contratos de consumo por adesão, no qual esteja efetivamente reconhecida a hipossuficiência do consumidor; e (ii) contratos empresariais em que reste demonstrado cabalmente a condição de hipossuficiência capaz de dificultar o acesso ao judiciário, com a ressalva de que essa nulidade não ocorre quando ambas as empresas são de porte, ainda que uma seja maior que a outra. No presente caso, concluiu-se que o contrato empresarial foi firmado entre duas empresas de porte, financeiramente capazes de demandar em foro distinto de seus domicílios.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: AGA nº. 478.167/DF; Resp nº. 79.083/SP; CC nº. 30.712/SP; CC nº.</p>	

32.268/SP; Resp nº. 457.398/SC; CC nº. 32.877/SP; Resp nº. 279.687/RN; Resp nº. 280.224/RN; Resp nº. 379.949/PR; CC nº. 37.405/SP; e Resp nº. 471.944/BA.	
<p>Ementa: Processo civil. Recurso especial. Ação cautelar. Incidente de exceção de incompetência. Contratos celebrados entre montadora e concessionária de veículos. Cláusula de eleição de foro. Validade.</p> <p>- Os ajustes firmados entre montadora e concessionária de veículos constituem contratos empresariais pactuados entre empresas de porte, financeiramente capazes de demandar no foro de eleição contratual.</p> <p>- A mera circunstância de a montadora de veículos ser empresa de maior porte do que a concessionária não é suficiente, por si só, a afastar o foro eleito.</p> <p>- Recurso especial provido.</p>	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma	

REsp Nº 329.587/SP	
Data do julgamento: 02.05.2002	Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
<p>Natureza do caso: Recurso especial em embargos infringentes, no qual o TJ/SP entendeu pela aplicação do prazo decadencial de dois anos estabelecido na convenção de Varsóvia, em caso que se pleiteava indenização por avaria em carga durante transporte aéreo internacional.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ reconheceu a aplicação do artigo 27 do CDC e deu provimento ao recurso especial para reestabelecer o acórdão de apelação, reconhecendo que o prazo prescricional aplicável à espécie é de cinco anos.</p> <p>Para tanto, tomou-se por base a jurisprudência consolidada do STJ de que a indenização pelo extravio de mercadoria não guarda relação com os riscos do transporte aéreo e se subordina ao princípio da ampla reparação, configurando, portanto, relação de consumo.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp nº 220.564/RJ; REsp nº 209.527/RJ; REsp nº 243.972; REsp nº 257.298/SP; REsp nº 257.833/SP; e REsp nº 258.132/SP.</p>	
<p>Ementa: Transporte de mercadoria. Dano. Aplicação do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes da Corte.</p> <p>A jurisprudência da Corte consolidou-se no sentido de que, tratando-se do transporte de mercadoria, configurada a relação de consumo, aplica-se o Código de Defesa do Consumidor.</p> <p>Decidiu a Corte que em caso de pedido de reparação de danos "o lapso decadencial é de cinco anos (art. 27 da Lei nº 8.078, de 11.09.90)" (REsp nº 258.132/SP, Relator o Senhor Ministro Barros Monteiro, DJ de 19/03/01).</p> <p>Recurso especial conhecido e provido.</p>	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma	

REsp Nº 264.126/RS	
Data do julgamento: 08.05.2001	Relator: Ministro Barros Monteiro
<p>Natureza do caso: Recurso especial em apelação, na qual o TJ/RS reconheceu que o devedor não possui qualquer restrição quanto às matérias de defesa, nas ações de busca e apreensão ajuizadas com base no Decreto-lei nº 911/69. Assim, reconheceu as alegações do devedor de que o contrato firmado com instituição financeira era excessivamente oneroso, pois cobrava juros acima da taxa legal e possuía a TR como indexador.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ conheceu o recurso em parte e, nessa parte, deu-lhe provimento para julgar procedente a ação de busca e apreensão.</p> <p>Para tanto, tomou-se por base os seguintes argumentos: (i) a jurisprudência consolidada do STJ orienta-se no sentido de que se admite aos réus, em pedido de busca e apreensão, invocar contrariedade à lei ou</p>	

ao contrato, quando se mostrarem ilegítimas as exigências do credor; (ii) não é aplicável o CDC ao presente caso, pois a recorrida tomou financiamento para fins de incrementação das suas atividades produtivas, não podendo ser tida como consumidora final; (iii) a decisão recorrida afrontou a disposição do art. 66, § 2o, da Lei nº 4.728/65, vez que a jurisprudência do STJ admite que “contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor” (súmula 28-STJ); (iv) a decisão recorrida afrontou a disposição do art. 4o, inc. IX, da Lei nº 4.595 e a súmula 596-STF, pois prevalece hoje a orientação no sentido de que não incide a Lei de Usura (Decreto nº 22.626, de 07.04.33) quanto à taxa de juros, nas operações realizadas com instituições integrantes do Sistema Financeiro Nacional; (v) é entendimento pacífico de ambas as turmas que compõem a Segunda Seção desta Corte que, quando convenionada, é possível a aplicação da TR como índice de correção monetária; (vi) a capitalização mensal dos juros, é incabível; e que (vii) “a comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis” (súmula 30-STJ).

Assim, reconheceu que só assistia razão ao devedor em dois aspectos de nenhuma relevância na controvérsia: a capitalização mensal dos juros e a exclusão da cobrança da comissão de permanência. Tais circunstâncias não implicam na descaracterização da mora devedor, o que enseja a apreensão dos bens entregues em garantia.

Acórdãos do STJ mencionadas: REsp's nº 186.844-RS; REsp 185.812-MG; REsp 209.109-RS; REsp nº 218.505-MG; RTJ 7796; RTJ 79620; REsp nº 4.285-RJ; REsp 5.212-SP; REsp 19.294-SP; REsp 26.927-5RS; REsp 29.913-9GO; REsp 32.632-5RS; REsp 158.508-RS; REsp 122.776-RS; REsp 124.779-RS; REsp 128.911-RS; REsp 130.875-RS; REsp 163.766-GO; REsp 129.140-GO; REsp 39.616-GO; REsp 71.005-MG; REsp 98.455-MG; REsp nº 1.285-GO; REsp 135.262-RS; REsp 154.935-RJ; REsp 7.432-RS; REsp 2.393-SP; REsp 13.099-GO; REsp 13.829-PR; REsp 3.571-MS; REsp 16.254-SP; REsp 5.644-RS; REsp 56.604-5SP; REsp 98.890-MG; REsp 109.268-RS; REsp 150.930-SP; REsp 164.830-RS; REsp 188.191-RS; e REsp 195.668-SP.

EMENTA: ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA. BUSCA E APREENSÃO. ÂMBITO DA DEFESA. INCIDÊNCIA DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. BENS JÁ INTEGRANTES DO PATRIMÔNIO DO DEVEDOR. TAXA DE JUROS. CAPITALIZAÇÃO MENSAL. COMISSÃO DE PERMANÊNCIA. APLICAÇÃO DA TR. MORA DOS DEVEDORES CONFIGURADA.

- Admissível a ampla defesa outorgada ao devedor em face da necessidade de verificar-se se caracterizada ou não no caso a mora devedor.
- Tratando-se de financiamento obtido por empresário, destinado precipuamente a incrementar a sua atividade comercial, não se podendo qualificá-lo, portanto, como destinatário final, inexistente é a pretendida relação de consumo. Inaplicação no caso do Código de Defesa do Consumidor.
- "O contrato de alienação fiduciária em garantia pode ter por objeto bem que já integrava o patrimônio do devedor" (súmula nº 28-STJ).
- "A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis" (súmula nº 30-STJ).
- Cuidando-se de operações realizadas por instituição integrante do Sistema Financeiro Nacional, não se aplicam as disposições do Decreto nº 22.626/33 quanto à taxa de juros. Súmula nº 596-STF.
- Somente nas hipóteses em que expressamente autorizada por leis especiais a capitalização mensal dos juros se mostra admissível. Nos demais casos é vedada, mesmo quando pactuada, não tendo sido revogado pela Lei nº 4.545/64 o art. 4o do Decreto nº 22.626/33. Dessa proibição não se acham excluídas as instituições financeiras.
- Quando convenionada, é possível a utilização da TR como índice de atualização monetária.
- Mora dos devedores configurada na espécie, a despeito de não admitidas a capitalização mensal dos juros e a comissão de permanência. A mora no caso constitui-se "ex-re", decorrendo do simples vencimento do prazo (art. 2o, § 2º, do Decreto-lei nº 911, de 01.10.69).

Recurso especial conhecido, em parte, e provido.

Voto Divergente: Não houve.

Órgão julgador: Quarta Turma

REsp Nº 263.229/SP	
Data do julgamento: 14.11.2000	Relator: Ministro José Delgado
<p>Natureza do caso: Recurso especial em apelação, no qual o TJ/SP entendeu pela não incidência do CDC sob a justificativa de que a recorrente - beneficiária dos serviços de fornecimento de água prestados pela recorrida - não se apresenta como destinatária final, pois utilizaria o produto, unicamente, em seu processo de industrialização.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ reconheceu a relação de consumo entre recorrente e recorrida e aplicou o artigo 42 do CDC e para condenar a recorrida à devolução em dobro dos valores cobrados em excesso.</p> <p>Para tanto, tomou por base um conceito ampliado de consumidor e reconheceu que a água não poderia ser considerada como sendo insumo ou matéria-prima para transformação ou aperfeiçoamento dos produtos pesqueiros industrializados pela recorrente, uma vez que o recorrente adquire e utiliza a água distribuída pelo recorrido, sem qualquer transferência do produto para terceiro.</p>	
Acórdãos do STJ mencionadas: N/A	
<p>Ementa: ADMINISTRATIVO. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE FORNECIMENTO DE ÁGUA. RELAÇÃO DE CONSUMO. APLICAÇÃO DOS ARTS. 2º E 42, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR.</p> <p>Há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa com pescados.</p> <p>A empresa utiliza o produto como consumidora final.</p> <p>Conceituação de relação de consumo assentada pelo art. 2º, do Código de Defesa do Consumidor.</p> <p>Tarifas cobradas a mais. Devolução em dobro. Aplicação do art. 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.</p> <p>Recurso provido.</p>	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Primeira Turma	

REsp Nº 235.200/RS	
Data do julgamento: 24.10.2000	Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito
<p>Natureza do caso: Recurso especial em apelação, no qual o TJ/RS entendeu pela aplicação do CDC em contrato de arrendamento mercantil, afastou a capitalização de juros, não admitiu a cobrança de comissão de permanência e determinou a utilização do IGP-M como índice de correção monetária.</p> <p>A recorrente alega que houve violação aos artigos 3º, § 2º, e 52, § 1º, da Lei nº 8.078/90, 1º e 4º do Decreto nº 22.626/33, 1.062 do Código Civil e 4º, incisos VI e IX, da Lei nº 4.595/64, pois o contrato de arrendamento mercantil não é disciplinado pelo Código de Defesa do Consumidor, vez que o bem é de produção/capital - insumo - e não consumo. Sustenta, também, que não há limitação para os juros, salvo se arbitrado pelo Conselho Monetário Nacional, o que não ocorreu neste caso e que a capitalização dos mesmos não é proibida. Aduz, por fim, que a Taxa Referencial é fator de atualização monetária.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ conheceu do recurso, em parte, e nessa parte deu-lhe provimento para: (i) afastar a limitação da taxa de juros; e (ii) autorizar a cobrança da comissão de permanência, vedada a sua cumulação com a correção monetária.</p> <p>Afastou a alegação de não incidência do CDC, por entender que o contrato firmado entre recorrente e recorrida está submetido ao Código de Defesa do Consumidor, sendo certo que o arrendamento é serviço remunerado de locação de coisa com alternativa de compra. O fato de o arrendamento destinar-se a bem que será utilizado pela arrendatária nas suas atividades comerciais não retira a configuração abrangida pelo Código de Defesa do Consumidor. No caso, a arrendatária é a consumidora final do bem arrendado, que com ela permanece, sendo diverso o serviço que presta ao público como transportadora.</p>	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp nº 102.082/RS; REsp nº 198.293/RS.	

<p>Ementa: Arrendamento mercantil. Código de Defesa do Consumidor. Juros. Comissão de permanência.</p> <p>O contrato de arrendamento mercantil está subordinado ao regime do Código de Defesa do Consumidor, não desqualificando a relação de consumo o fato do bem arrendado destinar-se às atividades comerciais da arrendatária.</p> <p>Os contratos celebrados pelas instituições financeiras, salvo expressa previsão legal, estão sob o alcance da Súmula nº 596 do Supremo Tribunal Federal.</p> <p>A jurisprudência da Corte permite a cobrança da comissão de permanência, desde que pactuada, vedada, em qualquer caso, a sua cumulação com a correção monetária.</p> <p>Recurso especial conhecido e provido, em parte.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Terceira Turma</p>

<p>REsp Nº 1.016.458/RS</p>	
<p>Data do julgamento: 09.02.2010</p>	<p>Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior</p>
<p>Natureza do caso: Recurso especial em apelação, no qual o TJ/RS entendeu pela inaplicabilidade do CDC, pois o recorrente não seria destinatário final dos bens adquiridos, e pela ausência de especificação quanto aos encargos alegadamente ilegais e abusivos objeto da pretendida revisão.</p> <p>O recorrente interpôs REsp alegando contrariedade aos artigos 2º e 6º, do Código de Defesa do Consumidor. Defendeu a tese de que a compra do adubo ocorreu em virtude de sua condição de produtor de arroz, sendo destinatário final do insumo. Desse forma, requereu a aplicação da norma protetora para que seja realizada a revisão do contrato em razão de fatos supervenientes que tornaram a obrigação excessivamente onerosa.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ não conheceu do recurso. O acórdão consignou que a 2ª seção do STJ firmou entendimento pela adoção de corrente finalista ou subjetiva para definir-se a configuração da relação de consumo. Assim, afastou a aplicação do CDC sob o fundamento de que recorrente buscou junto à ré a obtenção de insumos para investir em sua atividade comercial, não como destinatária final.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp n. 541.867/BA.</p>	
<p>Ementa: VENDA. INSUMO AGRÍCOLA (ADUBO). APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE.</p> <p>I. A aquisição de insumos agrícolas para investimento em atividade produtiva, não como destinatário final, importa, de acordo com o entendimento sufragado nesta Corte, na inaplicação do CDC à espécie (REsp n. 541.867-BA, Rel. para acórdão Min. Barros Monteiro, DJU de 16/05/2005).</p> <p>II. Recurso especial não conhecido.</p>	
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>	
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>	

<p>EDcl no REsp Nº 488.274/MG</p>	
<p>Data do julgamento: 12.08.2003</p>	<p>Relator: Ministra Nancy Andrighi</p>
<p>Natureza do caso: Embargos de declaração em recurso especial, no qual a Terceira Turma do STJ entendeu pela aplicabilidade do CDC na hipótese em que uma empresa se utiliza dos serviços prestados por outra empresa em benefício próprio, não os transformando para prosseguir na sua cadeia produtiva. Assim, entendeu pelo afastamento da cláusula que previa foro de eleição diverso do domicílio do consumidor.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ não conheceu dos embargos por não haver qualquer vício de omissão, obscuridade e/ou contradição no acórdão embargado e consignou, ainda, que a empresa embargada encontra-se na situação de destinatária final dos serviços que lhe eram prestados pela embargante. Destarte, a cláusula prevendo o foro de eleição</p>	

diverso do domicílio do autor da embargante foi afastada.	
Acórdãos do STJ mencionadas: Não há.	
Ementa: Processual civil. Embargos de declaração no recurso especial. Cabimento. - O CPC admite a interposição de embargos de declaração tão-somente na hipótese em que a decisão embargada padece dos vícios de omissão, obscuridade e/ou contradição, o que não se verifica na situação em tela. Embargos de declaração rejeitados.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma	

REsp Nº 1.014.960/RS	
Data do julgamento: 02.09.2008	Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Natureza do caso: Recurso especial em apelação, no qual o TJ/RS entendeu pela inaplicabilidade do CDC. O recorrente interpôs REsp requerendo a aplicação do CDC sob o fundamento de que o contrato de compra e venda de adubo orgânico envolve mini-agricultora de um lado e grande fornecedora do outro. Argui, também, que a avença traz cláusula de cumprimento alternativo, de livre escolha da fornecedora, de caráter abusivo e, de efeito, contra legem.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ não conheceu do recurso. O acórdão consignou que a 2ª seção do STJ firmou entendimento pela adoção de corrente finalista ou subjetiva para definir-se a configuração da relação de consumo. Assim, afastou a aplicação do CDC sob o fundamento de que recorrente buscou junto à ré a obtenção de insumos para investir em sua atividade comercial, não como destinatária final.	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp n. 541.867/BA.	
Ementa: VENDA. INSUMO AGRÍCOLA (ADUBO). APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. DESTINAÇÃO FINAL INEXISTENTE. I. A aquisição de insumos agrícolas para investimento em atividade produtiva, não como destinatário final, importa, de acordo com o entendimento sufragado nesta Corte, na inaplicação do CDC à espécie (REsp n. 541.867-BA, Rel. para acórdão Min. Barros Monteiro, DJU de 16/05/2005). II. Recurso especial não conhecido.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Quarta Turma	

EDcl no REsp Nº 263.229/RS	
Data do julgamento: 07.06.2001	Relator: Ministro José Delgado
Natureza do caso: Embargos de declaração em recurso especial, no qual a Embargante alega (i) omissão do STJ acerca dos fundamentos do acórdão regional de que a relação entre as partes não pode ser considerada de consumo; e (ii) contradição da decisão do STJ com a prova dos autos.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ não alterou o entendimento de que há relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa pescados e nesse vínculo, a empresa utiliza o produto como consumidora final. Assim, afirma que a decisão embargada interpretou e aplicou, em face da situação concreta que lhe foi apresentada, os arts. 2º e 42, parágrafo único, do Código de Defesa do Consumidor.	
Acórdãos do STJ mencionadas: N/A.	
Ementa: DIREITO DO CONSUMIDOR. RELAÇÃO DE CONSUMO. ÁGUA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. REJEIÇÃO.	

<p>Inexiste omissão e/ou contradição em acórdão que aprecia, por inteiro, todas as questões suscitadas pelas partes e aplica o direito aos fatos consolidados nos autos.</p> <p>Só há contradição em acórdão quando as premissas lançadas entram em oposição à conclusão assumida.</p> <p>3. Existe relação de consumo no fornecimento de água por entidade concessionária desse serviço público a empresa que comercializa pescados. Configurado esse vínculo obrigacional, considera-se a empresa que utiliza o produto como consumidora final.</p> <p>Pretensão de rejuízo do recurso que é repelida.</p> <p>Embargos de declaração rejeitados.</p>
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>
<p>Órgão julgador: Primeira Turma</p>

<p>EDcl no REsp Nº 1.171.343/DF</p>	
<p>Data do julgamento: 20.09.2011</p>	<p>Relator: Ministra Maria Isabel Gallotti</p>
<p>Natureza do caso: Embargos de declaração em recurso especial, no qual a Embargante alega omissão do STJ quanto ao dissídio jurisprudencial representado por precedentes desta Corte, que reconhecem a condição de consumidor ao agricultor pessoa física que destina os recursos para a produção, requerendo, portanto, o reconhecimento da relação contratual consumerista mantida com a embargada.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ manteve o entendimento de que não há relação de consumo no caso, pois eventual reanálise da incidência da legislação consumerista importaria no reexame do quadro fático dos autos, atraindo o óbice previsto no enunciado 7 da Súmula da Corte.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 541.867/BA; AgRg nos Edcl no REsp 936.997/ES.</p>	
<p>Ementa: EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITO INFRINGENTE. RECEBIMENTO COMO AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CÉDULAS RURAIS. INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO CONSUMERISTA. DESTINATÁRIO FINAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. SÚMULA N.7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.</p> <p>1. Desqualifica a condição de consumidor final a utilização dos recursos obtidos mediante financiamento por meio de cédulas rurais para a compra de insumos e o fomento da produção.</p> <p>2. Tais circunstâncias, pertencentes ao quadro fático da demanda, não podem ser revistas em sede de recurso especial, por força do óbice do enunciado 7 da Súmula do STJ.</p> <p>3. As regras técnicas de conhecimento são extensíveis ao dissídio jurisprudencial apresentado.</p> <p>4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, a que se nega provimento.</p>	
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>	
<p>Órgão julgador: Quarta Turma</p>	

<p>EDcl no CC Nº 32.270/SP</p>	
<p>Data do julgamento: 28.08.2002</p>	<p>Relator: Ministro Ari Pargendler</p>
<p>Natureza do caso: Embargos de declaração em conflito de competência, no qual o STJ reconheceu a prevalência do foro de eleição na compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado a realização de exames médicos, seja ou não uma relação de consumo.</p>	
<p>Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ entendeu que a cláusula de eleição de foro só pode ser afastada "quando configure cerceamento de defesa do hipossuficiente", o que não é o caso, à vista do vultu do negócio.</p>	
<p>Acórdãos do STJ mencionadas: Não houve.</p>	
<p>Ementa: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. Omissão, contradição e obscuridade inexistentes. Embargos de declaração rejeitados.</p>	
<p>Voto Divergente: Não houve.</p>	

Órgão julgador: Segunda Seção	
CC Nº 32.270/SP	
Data do julgamento: 10.10.2001	Relator: Ministro Ari Pargendler
Natureza do caso: Conflito de competência negativo, no qual a 16ª Vara Cível de São Paulo/SP e a 1ª Vara de Lauro de Freitas/BA declinaram competência para julgamento de controvérsia relativa a contrato que continha cláusula de eleição de foro elegendo a comarca de São Paulo/SP.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ entendeu que a compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado a realização de exames médicos - levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira - não constitui uma relação de consumo, não ensejando a desconsideração da cláusula de eleição de foro.	
Acórdãos do STJ mencionadas: Não houve.	
Ementa: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FORO DE ELEIÇÃO. PREVALÊNCIA. Na compra e venda de sofisticadíssimo equipamento destinado a realização de exames médicos - levada a efeito por pessoa jurídica nacional e pessoa jurídica estrangeira - prevalece o foro de eleição, seja ou não uma relação de consumo. Conflito conhecido para declarar competente o MM. Juiz de Direito da 16ª Vara Cível de São Paulo.	
Voto Divergente: O Ministro Carlos Alberto Menezes Direito entendeu pela caracterização da relação de consumo, por que contrato de arrendamento mercantil está subordinado ao Código de Defesa do Consumidor, pouco importando a destinação do bem arrendado. Citou doutrina e jurisprudência.	
Órgão julgador: Segunda Seção	

AgRg nos EDcl no Ag em REsp Nº 245.697/PR	
Data do julgamento: 14.05.2013	Relator: Ministro Sidnei Beneti
Natureza do caso: Agravo Regimental contra decisão que deu parcial provimento ao Recurso Especial interposto pela agravada, afastando a aplicação do CDC ao caso e, conseqüentemente, a inversão do ônus da prova. Alega a Agravante que a questão da aplicação do CDC à relação entre empresas, "quando for constatado hipossuficiência ou vulnerabilidade de uma das partes em relação à outra" não se encontra pacificada. Aponta, ainda, óbice da Súmula 7/STJ ao conhecimento do Especial.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ reiterou que o critério que adota para determinação da incidência da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. No caso, em que pessoa jurídica contrata uso de software de vendas on line, não há como se reconhecer a existência de relação de consumo, uma vez que o programa teve o propósito de fomento da atividade empresarial exercida, não havendo, pois, relação de consumo entre as partes. Consignou, ainda, que, com o afastamento da aplicação do CDC à relação jurídica existente entre as partes, torna-se desnecessária análise da hipossuficiência da agravante.	
Acórdãos do STJ mencionadas: CC 46.747/SP; CC 92.519/SP.	
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. CONTRATO PARA USO DE SOFTWARE DE VENDAS ON LINE. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DA CORTE. 1.- Quanto à aplicação do CDC, conforme entendimento firmado por esta Corte, o critério adotado para determinação da relação de consumo é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a parte deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. 2.- No caso dos autos, em que pessoa jurídica contrata uso de software de vendas on line, não há como se	

reconhecer a existência de relação de consumo, uma vez que o programa teve o propósito de fomento da atividade empresarial exercida, não havendo, pois, relação de consumo entre as partes. 3.- Agravo Regimental improvido.
Voto Divergente: Não houve.
Órgão julgador: Terceira Turma

AgRg no AgRg em REsp Nº 677.552/PR	
Data do julgamento: 02.12.2008	Relator: Ministro Fernando Gonçalves
Natureza do caso: Trata-se de agravo regimental interposto pela agravante em face de decisão que negou provimento ao recurso especial, sustentando, em síntese, que "é imperioso reconhecer a condição de consumidor equiparado da empresa agravante".	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ entendeu que as "operações de mútuo feneratício realizadas para incremento das atividades tipicamente mercantis de uma sociedade anônima, ou seja, destinadas à obtenção de recursos financeiros que, como insumos, integram-se à produção dos bens que comercializa segundo os fins da empresa" impedem a caracterização da agravante como consumidora final.	
Acórdãos do STJ mencionadas: Não há.	
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. CONSUMIDOR FINAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. OPERAÇÕES DE INCREMENTO DA ATIVIDADE FINAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 07/STJ. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Pretendem os recorrentes o reexame de prova, pois o julgado, ao reconhecer a natureza de consumidora à empresa recorrente, o faz com base nos elementos fático-probatórios dos autos, o que atrai a incidência da Súmula 7 desta Corte. 2. Da leitura das razões expendidas na petição de agravo regimental não se extrai argumentação relevante apta a afastar os fundamentos do julgado ora recorrido. Destarte, nada havendo a retificar ou acrescentar na decisão agravada, deve esta ser mantida por seus próprios e jurídicos fundamentos. 3. Agravo regimental desprovido.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Quarta Turma	

AgRg no AgRg em REsp Nº 3.212/MS	
Data do julgamento: 19.05.2011	Relator: Ministro Massami Uyeda
Natureza do caso: Trata-se de agravo regimental interposto pela agravante em face de decisão que não reconheceu a relação de consumo no contrato celebrado com empresa que oferece ticket combustível.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ entendeu que não há relação de consumo no serviço de ticket oferecido pela agravada visando melhorar a prestação dos serviços oferecidos pela empresa agravante.	
Acórdãos do STJ mencionadas: REsp 910799/RS; REsp 541867/BA.	
Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - SERVIÇO DE TICKET - RELAÇÃO DE CONSUMO NÃO CARACTERIZADA - ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM O ENTENDIMENTO DESTA CORTE – RECURSO IMPROVIDO.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma	

AgRg no Ag Nº 807.159/SP	
Data do julgamento: 09.10.2007	Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros
Natureza do caso: A agravante interpôs Agravo alegando que agravada é pessoa jurídica e que desenvolve atividades lucrativas, sendo portanto, incabível a aplicação do CDC ao caso.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ entendeu manteve a decisão do TJ/SP que reconheceu o caráter de consumidor da agravada, sob o fundamento de que, partir do momento em que foi aprovado o crédito para que o devedor o utilize como destinatário final, há relação de consumo que enseja a aplicação dos dispositivos do CDC.	
Acórdãos do STJ mencionadas: Não há.	
Ementa: PROCESSUAL CIVIL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7. - “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.” - O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Incide a Súmula 297. - O conceito de "destinatário final", do Código de Defesa do Consumidor, alcança a empresa ou o profissional que adquire bens ou serviços e os utiliza em benefício próprio.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma	

AgRg no Ag Nº 211.797/MG	
Data do julgamento: 26.02.2013	Relator: Ministro Sidnei Beneti
Natureza do caso: A agravante interpôs Agravo contra decisão que negou provimento ao Agravo que interpôs contra decisão denegatória de seguimento a Recurso Especial, pleiteando incidência do Código de Defesa do Consumidor ao contrato celebrado entre a microempresa e a instituição financeira.	
Resultado de julgamento/ Principais fundamentos do acórdão/ Legislação mencionada: O STJ entendeu que os empréstimos tomados tiveram o propósito de fomento da atividade empresarial exercida pela microempresa, não caracterizando relação de consumo.	
Acórdãos do STJ mencionadas: Não há.	
Ementa: AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. AGRAVO REGIMENTAL. AÇÃO DE COBRANÇA. CÉDULA DE CRÉDITO COMERCIAL. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. RELAÇÃO DE CONSUMO. INEXISTÊNCIA. 1.- Os Embargos de Declaração são corretamente rejeitados se não há omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado, tendo a lide sido dirimida com a devida e suficiente fundamentação; apenas não se adotando a tese do recorrente. 2.- Conforme entendimento firmado por esta Corte, o critério adotado para determinação da condição de consumidora da pessoa jurídica é o finalista. Desse modo, para caracterizar-se como consumidora, a pessoa jurídica deve ser destinatária final econômica do bem ou serviço adquirido. 3.- Na hipótese dos autos, o Acórdão recorrido reconheceu que os empréstimos tomados tiveram o propósito de fomento da atividade empresarial exercida pela microempresa, não havendo, pois, relação de consumo entre as partes. 4.- Agravo Regimental improvido.	
Voto Divergente: Não houve.	
Órgão julgador: Terceira Turma	

ANEXO II do artigo “O conceito de consumidor pessoa jurídica na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” p. 148

BIBLIOGRAFIA SUGERIDA PARA MAIOR CONHECIMENTO DO TEMA

ALMEIDA, Felipe Cunha de. Vulnerabilidade do consumidor pessoa jurídica e a teoria finalista: mitigação e o finalismo aprofundado na visão da doutrina e do STJ. In: Revista Síntese – Direito Empresarial, ano VII, número 42, janeiro-fevereiro de 2015, páginas 90 a 120.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. Conceito de consumidor direto e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, O. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/604/Conceito_Consumidor_Direto.pdf

BARCELLOS, Daniela Silva Fontoura de. Consumidor em sentido próprio no Brasil e na Argentina, O. In: Revista de Direito do Consumidor, volume 16, número 63, julho-setembro de 2007, páginas 92 a 130.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos. Conceito jurídico de consumidor, O. In: Revista dos Tribunais, volume 77, número 628, fevereiro de 1988, páginas 69 a 79.

BOURGOIGNIE, Thierry. Conceito jurídico de consumidor, O. In: Revista de Direito do Consumidor, número 2, abril-junho de 1992, páginas 7 a 51.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de Direito do Consumidor. 3ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2011.

COELHO, Fabio Ulhoa. Compra e venda, os empresários e o código do consumidor, O. In: Revista de Direito do Consumidor, número 3, julho de 1992, páginas 36 e seguintes.

COELHO, Fábio Ulhoa. Empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de defesa do consumidor, O. São Paulo: Saraiva, 1994.

EBERLIN, Fernando BüschervonTeschhausen. Concorrente como consumidor equiparado, O. In: Revista de Direito do Consumidor, volume 17, número 66, abril-junho de 2008, páginas 9 a 35.

FAVA, Marina Dubois. Aplicação das normas do CDC aos contratos interempresariais: a disciplina das cláusulas abusivas. Dissertação de Mestrado apresentada na Faculdade de Direito da USP. São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2132/tde-01122010-154105/pt-br.php>

FERREIRA, Antonio Carlos. Revisão judicial de contratos. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/publicacaoinstitucional//index.php/doutr/article/view/1120/1054>

Também publicado em Superior Tribunal de Justiça: doutrina: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014, p. 395-407.

FILOMENO, José Geraldo Brito. Comentários aos arts. 2º e 3º da Lei nº 8.078/1990. In: Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Ada Pellegrini Grinover e outros. 10 edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2011, Volume I, Direito Material (arts. 1º a 80 e 105 a 108).

GOUVÊA, Marcos Antonio Maselli de Pinheiro. Conceito de consumidor e a questão da empresa como "destinatário final", O. In: Revista de Direito do Consumidor, número 23/24, julho-dezembro de 1997, páginas 187 a 192.

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. Relação de consumo sem contratação direta. Quando o empresário paga a conta. In: Revista de Direito do Consumidor, número 27, julho-setembro de 1998, páginas 42 a 48.

MARCATO, Tércio Túlio Nunes. Aplicação do CDC aos contratos de compra e venda de imóvel entre pessoas jurídicas, A. In: Revista Síntese - Direito Imobiliário, ano IV, número 19, janeiro-fevereiro de 2014, páginas 52 a 72.

MARINS, James. Responsabilidade da empresa pelo fato do produto (os acidentes de consumo no Código de Proteção e Defesa do Consumidor). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1993.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MARQUES, Claudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o novo regime das relações contratuais. 8ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARQUES, Claudia Lima e TURKIENICZ, Eduardo. Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2º do CDC. In: Revista de Direito do Consumidor, número 36, outubro-dezembro de 2000, páginas 221 a 240.

MARTINS, Humberto. Relações de consumo na visão do Superior Tribunal de Justiça - Parte 1. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-ago-15/direito-civil-atual-relacao-consumo-visao-superior-tribunal-justica-parte>

MORAES, Karine Fior. Relação de consumo envolvendo pessoas jurídicas, A. In: Revista Síntese - Direito Empresarial, ano VII, número 38, maio-junho de 2014, páginas 135 a 147.

MUKAI, T. Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Saraiva, 1991.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto, Comentários ao Código de Defesa do Consumidor. 4ª edição,. São Paulo: Saraiva, 2009.

ODY, LisianeFeitenWingert. Conceito de consumidor e noção de vulnerabilidade nos países do Mercosul,O. In: Revista de Direito do Consumidor, volume 16, número 64, outubro-dezembro de 2007, páginas 80 a 108.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. Aplicação do CDC ao empresário e à sociedade empresária: do maximalismo ao finalismo mitigado, A. In: Revista Magister de Direito Empresarial, Concorrencial e do Consumidor, volume 9, número 51, junho-julho de 2013, páginas 42 a 69. Também disponível em: http://www.lex.com.br/doutrina_24328361_A_APLICACAO_DO_CDC_AO_EMPRESARIO_E_A_SOCIEDADE_EMPRESARIA_DO_MAXIMALISMO_AO_FINALISMO_MITIGADO.aspx

OLIVEIRA, Júlio Moraes. Consumidor-Empresário: a defesa do finalismo mitigado. BeloHorizonte: Arraes Editores, 2012.

OLIVEIRA, Júlio Moraes. Evolução do conceito de consumidor: do maximalismo ao finalismo mitigado – a ideia de consumidor-empresário e a vulnerabilidade como princípio vetor do sistema. Tese apresentada no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade de Ciências Humanas da Universidade FUMEC. Belo Horizonte, 2011. Disponível em: http://www.fumec.br/anexos/cursos/mestrado/dissertacoes/completa/julio_moraes_oliveira.pdf

PERES, Fabiana Prietos. Definição de consumidor na União Europeia, na OEA e no Mercosul: a recepção de microempresas como consumidor como proteção à pequena empresa que inclui em sua definição a pessoa jurídica. In: Revista de Direito do Consumidor, volume 20, número 80, outubro-dezembro de 2011, páginas 131 a 150.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2015.

POLIDO, Walter A. Seguros de responsabilidade civil: manual prático e teórico. Curitiba: Juruá, 2013.

RAMOS, Fabiana D'Andréa. Aspectos da aplicação do Código de Proteção e Defesa do Consumidor aos contratos de licença de uso de software. In: Revista de Direito do Consumidor, número 46, abril-junho de 2003, páginas 165 a 192.

ROCHA, Luciano Velasque. Consumidor pessoa jurídica. Curitiba: Juruá Editora, 2014.

ROCHA, Sílvio Luís Ferreira da. Responsabilidade civil do fornecedor pelo

fato do produto no direito brasileiro. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

SCAVONE JÚNIOR, Luiz Antonio. Direito Imobiliário: teoria e prática. 8ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TORRES, Antonio Carlos Esteves. Direito do Consumidor: visão empresarial. In: Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, volume 12, número 44, abril-junho de 2009, páginas 09 a 38.

TURKIENICZ, Eduardo e MARQUES, Cláudia Lima. Caso Teka vs. Aiglon: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2.º do CDC. In: Revista de Direito do Consumidor, número 36, outubro-dezembro de 2000, páginas 221 a 240.

VASCONCELOS, Fernando. MAIA, Maurílio Casas. A tutela do melhor interesse do vulnerável: uma visão a partir dos julgados relatados pelo Min. Herman Benjamin (STJ). In: Revista de Direito do Consumidor, número 103, janeiro-fevereiro de 2016, páginas 243 a 271.

WESENDONCK, Tula. Art. 931 do Código Civil: repetição ou inovação? In: Revista de Direito Civil Contemporâneo, número 2, volume 3, abril-junho de 2015, páginas 141 a 159.

WESENDONCK, Tula. Regime da responsabilidade civil pelo fato dos produtos postos em circulação: uma proposta de interpretação do artigo 931 do Código civil sob a perspectiva do direito comparado, O. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ZANELATO, Marco Antonio. Considerações sobre o conceito jurídico de consumidor. In: Revista de Direito do Consumidor, número 45, janeiro-março de 2003, páginas 172 a 191.

ZAPATER, Tiago Cardoso. Interpretação constitucional do Código de defesa do consumidor e a pessoa jurídica como consumidor, A. In: Revista de Direito do Consumidor, número 40, outubro-dezembro de 2001, páginas 170 a 198.