

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR CONTRA O MONOPÓLIO

*Ricardo Hasson Sayeg**

DA INADEQUAÇÃO DO DIREITO PRIVADO TRADICIONAL

O tradicional Direito Privado não atende a evolução econômica de nossa Sociedade. As regras de Direito Civil e de Direito Comercial impostas pelos respectivos códigos, são atreladas à idéia absoluta do *laissez faire*, garantindo de maneira excessiva a liberdade de iniciativa, a autonomia da vontade declarada, bem como, a obrigatoriedade da convenção, entretanto, protegendo de modo manifestamente insuficiente o equilíbrio contratual.

Não porque o princípio do equilíbrio contratual fosse desconhecido, vez que Santo Tomas de Aquino já o enunciava em sua Suma Teológica, mas sim por uma nítida tomada de posição política do Estado, que prestigiou os agentes econômicos em detrimento dos consumidores, fundamentando-se no pensamento juris-econômico de que o mercado face a livre concorrência se regularia por si só.

Observando a opção política do Direito Privado tradicional, jurisconsultos em todo mundo, inclusive, nativos vêm alertando a muito as decorrentes distorções havidas ⁽⁹³⁾.

Com efeito, garantido a faculdade de contratar quando, com quem, e, sobre o que se deseja, atribuindo a este desejo declarado, autonomia e força de lei, o Direito Privado tradicional permitiu que na seara econômica os respectivos agentes conduzissem sua atividade com ampla e plena liberdade, sem restrições.

No entanto, os agentes econômicos encontram-se em notória situação de superioridade relativamente aos consumidores, uma vez que, a integração social produz o aparecimento de necessidades de aquisição de bens em sentido amplo, competindo a atividade comercial a função de suprir estas mesmas necessidades, colocando a disposição da comunidade os respectivos produtos e serviços⁽⁹⁴⁾.

De sorte que, diante destas necessidades, o agente econômico encarregado de supri-las impõe o regramento contratual com a massa de

⁽⁹³⁾) Cfe. JOSÉ AUGUSTO CESAR, *Actos Juridicos*, Campinas, 1913, p. 5;

⁽⁹⁴⁾) cfe. nosso, *Práticas Comerciais Abusivas*, SP, 1995, p. 44;

consumidores que o procuram, via de consequência, colocando-se em condição jurídica de evidente superioridade ⁽⁹⁵⁾.

Principalmente, quando o agente econômico encontra-se em condições monopolísticas⁽⁹⁶⁾, posto que, não há no setor que explora, competição séria que permita ao consumidor fonte alternativa de suprimento de suas necessidades.

Assim, tendo em vista o antagonismo que decorre naturalmente do sinalagma no contrato praticado na relação de consumo, visto que correspondem a centros de interesses conflitantes, quanto mais poderoso for o agente econômico, mais vulnerável será o consumidor.

Portanto, entre o agente econômico em condições monopolísticas e o consumidor verifica-se significativo comprometimento do equilíbrio contratual, que, todavia, não possui amparo adequado no Direito Privado tradicional.

DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Como é bem de ver, a situação do consumidor diante de um agente econômico em condições monopolísticas é especialíssima. Totalmente diferente de um contrato de compra e venda ou locação de serviços entre particulares, bem como, distinta da aquisição pelo consumidor de um bem econômico em um mercado competitivo.

A contratação com um agente econômico em condições monopolísticas pelo consumidor torna inequivocamente débil o equilíbrio contratual, de maneira que se impõe proteção especial, preenchendo a lacuna axiológica que se verifica no Direito Privado tradicional.

Atendendo a esta situação especialíssima, aliás, conforme os imperativos constitucionais do art. 5º, inc. XXXII, art. 170, inc. V, e, no § 3º do art. 174, foram introduzidas no sistema jurídico positivo normas de proteção do equilíbrio contratual, não só na defesa do consumidor em geral, qual seja, o Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078/90 -, mas

⁽⁹⁵⁾ idem, p. 73 e seg.;

⁽⁹⁶⁾ extremamente esclarecedora a definição de condições monopolísticas da primeira Lei Antitruste Brasileira (Lei nº 4.137, de 10.09.62), como se vê em seu art. 5º, que com muita propriedade dispunha, *in verbis*: "*Entendem-se por condições monopolísticas aquelas em que uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços.*";

também, especificamente, na defesa do consumidor contra o titular de condições monopolísticas, qual seja, a Lei Antitruste - Lei nº 8.884/94.

Legislações estas, que apesar de restringir a atividade econômica dos respectivos agentes no mercado, não objetiva afastar da ordem jurídica a liberdade de iniciativa, a autonomia da vontade declarada, e, a obrigatoriedade da convenção, porém sim, impedir que esta liberdade e princípios de Direito impliquem na supressão do equilíbrio contratual.

Logo, a regra é a liberdade de iniciativa, contudo com responsabilidade, ou seja sem abusos. Pois o direito de iniciativa cessa quando o abuso começa, autorizando, somente a partir de então, a intervenção estatal na atividade econômica, mediante a ordem jurídica, no sentido de restabelecer o direito e atender o imperativo constitucional e legal de defesa do consumidor.

DAS CONDIÇÕES MONOPOLÍSTICAS

Ipsa facto, se assim é, quanto mais poderoso for o agente econômico relativamente ao fragilizado consumidor, mais rigorosa deverá ser a lei, em decorrência um maior número de restrições torna-se possível, como *e.g.* a intervenção judicial na empresa com afastamento dos administradores - art. 69 e segs. da Lei nº 8.884 -, ou a proibição de cessar atividade - art. 21, inc. XXI, da mesma *lex*.

Em razão deste rigor, a Lei nº 8.884 somente justifica sua aplicação ao titular de condições monopolísticas, que detém uma exagerada força de mercado, devendo ser contido, posto que este poder tende naturalmente a corromper-se⁽⁹⁷⁾⁽⁹⁸⁾.

Inevitável, então, a necessidade da precisa noção do que seja condição monopolística, que em nosso entendimento consiste no controle em um setor econômico da comercialização de dado produto ou prestação de dado serviço, conseqüentemente implicando no poder de, isoladamente - monopólio - ou em grupo - cartel ou truste -, exercer influência preponderante

⁽⁹⁷⁾ cfe. MONTESQUIEU, *O Espírito das Leis*, SP, 1992, p. 163, *in verbis*: “*todo homem que tem poder é levado a abusar dele.*”

⁽⁹⁸⁾ cfe. WALDIRIO BULGARELLI, *Direito Empresarial Moderno*, SP, 1992, p. 34, *in verbis*: “*Como todo o poder, na observação dos estudiosos, tende a perverter-se, é normal que o poder empresarial não escape à regra, tendendo, no seu exercício, para o abuso.*”

sobre os preços dos produtos ou serviços que mercancia⁽⁹⁹⁾, o que a legislação específica - Lei nº 8.884/94 - denominou de posição dominante.

No direito comparado, a propósito, a posição dominante é tratada pelo Direito Argentino, como sendo a situação empresarial na qual um agente econômico ou grupo de agentes econômicos detém a exclusividade na oferta ou demanda de determinado produto ou serviço no mercado, ou em relação a estas (oferta e demanda) não existe uma concorrência substancial⁽¹⁰⁰⁾.

Aliás, o Direito Comunitário Europeu, que não definiu posição dominante no Tratado de Roma⁽¹⁰¹⁾, deixando para a jurisprudência fazê-lo, através de sua Corte de Justiça, a conceituou, basicamente, como a situação de força desfrutada mediante comportamento que permite impedir a manutenção de efetiva competição sobre mercado relevante, pela proibição ou fixação de condutas, independentemente dos competidores, clientes e consumidores⁽¹⁰²⁾.

Já no Direito dos USA, posição dominante é usualmente denominada de "monopoly power", que acompanhando a tendência mundial, define-a como o poder de controle dos preços ou de exclusão da concorrência⁽¹⁰³⁾.

Enfim, posição dominante corresponde a titularidade de condições monopolísticas, as quais atribuem a seu titular poder suficiente para intervir nas relações normais de mercado e provocar distorções artificiais no rumo

⁽⁹⁹⁾ cfe. LAWRENCE ANTHONY SULLIVAN, *Antitrust*, USA, 1992, p. 30, *in verbis*: "market power is the power of a firm to affect the price which will prevail on the market in which the firm trades.";

⁽¹⁰⁰⁾ cfe. art. 2º, Lei Antitruste Argentina - Ley 22.262 - Ley de Defensa de la Competencia;

⁽¹⁰¹⁾ cfe. EDWARD S PEARSON, *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994, p. 336, ao noticiar a experiência comunitária, *in verbis*: "The Treaty of Rome does not define a 'dominant position' but the meaning and scope of the concept has been classified by decisions of the Commission and judgments of the Court of Justice.";

⁽¹⁰²⁾ noticiando a experiência comunitária; EDWARD S PEARSON, *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994, p. 336, colaciona a definição jurisprudencial de posição dominante, *in verbis*: "The Court of Justice formulated a dominant position as consisting of: 'a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to hinder the maintenance of effective competition on the relevant market by allowing it to behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and ultimately of consumers'";

⁽¹⁰³⁾ cfe. LAWRENCE ANTHONY SULLIVAN, *Antitrust*, USA, 1992, p. 33, *in verbis*: "Monopoly power has been defined as power to control price or to exclude competition.";

natural imposto pela lei econômica da oferta e da procura⁽¹⁰⁴⁾, alterando seus pressupostos fáticos⁽¹⁰⁵⁾⁽¹⁰⁶⁾, para, na medida do possível⁽¹⁰⁷⁾, sempre torná-los favoráveis à consecução de suas finalidades mercantis, como ocorre normalmente⁽¹⁰⁸⁾.

Salientando-se, ainda, que na determinação de posição dominante não se faz necessária a exclusividade absoluta no mercado, mas sim a mera constatação, de que em relação ao respectivo titular (agente econômico ou grupo de agentes econômicos), existe "restrito número de empresas que não tenham condições de lhe fazer concorrência"⁽¹⁰⁹⁾ no ramo de negócio de fornecimento de bens ou de prestação de serviços onde atua.

O monopólio absoluto é praticamente inexistente⁽¹¹⁰⁾, salvo naquelas situações onde este decorre da natureza, bem como dos termos da Constituição Federal ou da lei. A coexistência com outros agentes econômicos no mesmo setor, desde que inexistindo nestes capacidade competitiva de mercado, não afasta a condição monopolística do titular de posição dominante.

⁽¹⁰⁴⁾ cfe. HERBERT HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, USA, 1985, p. 14, *in verbis*: "The monopolist has one power that the perfect competitor does not have."

⁽¹⁰⁵⁾ cfe. DORIVAL TEIXEIRA VIEIRA, *Economia e Sociedade*, RJ, 1977, p. 113, *in verbis*: "Em princípio, o monopólio nenhuma ação exerce sobre a curva de procura. Esta, em sua consistência e perfil, é função dos desejos e dos recursos monetários dos consumidores. Tais elementos não mudarão pelo fato de haver concorrência ou monopólio. Um objeto não será mais ou menos desejável e o comprador eventual não consentirá em pagar mais ou menos, somente porque, no mercado, estão presentes muitos vendedores ou apenas um. A curva de oferta, porém, fica profundamente transformada. Podemos mesmo dizer que não existirá, no caso de monopólio, uma vez que o monopolista é livre de vender, ou não, esta ou aquela quantidade, a este ou aquele preço."

⁽¹⁰⁶⁾ cfe. HERBERT HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, USA, 1985, p. 17, *in verbis*: "A monopolist's market power is a function of the elasticity of demand.";

⁽¹⁰⁷⁾ na medida do possível, porque até mesmo o preço fixado por um monopólio tem ponto de saturação; cfe. HOBSON, *A Evolução do Capitalismo Moderno*, SP, 1983, p. 172;

⁽¹⁰⁸⁾ cfe. HOBSON, obra citada, p. 169, *in verbis*: "O truste ou qualquer outra pessoa que tenha completo monopólio de qualquer tipo de mercadoria para a qual exista um mercado se empenhará em fixar o preço que lhe proporcione o máximo rendimento líquido de seus negócios.";

⁽¹⁰⁹⁾ cfe. art. 3º, da antiga Lei Antitruste - Lei nº 4137/62;

⁽¹¹⁰⁾ cfe. HERBERT HOVENKAMP, *Economics and Federal Antitrust Law*, USA, 1985, p. 18, *in verbis*: "The de facto monopolist most generally does not have 100% of its relevant market";

DO MERCADO RELEVANTE

Condições monopolísticas estas, que evidentemente são exercidas sobre o mercado, porém não a atividade econômica com um todo, e, sim um determinado setor econômico, isto é, um mercado específico, ou melhor um mercado em relevo, o que a legislação, doutrina e jurisprudência antitruste denominaram usualmente de mercado relevante.

A noção mercado relevante, pois, não tem nada haver com essencialidade ou seletividade dos produtos ou serviços que o compõem, mas sim com a idéia de delimitação precisa de um determinado setor econômico. Isto porque, é imprescindível à correta aplicação do direito antitruste na proteção do consumidor, a definição do palco econômico sobre o qual o respectivo agente atua, tendo em vista que somente desta forma o aplicador da lei poderá atender com precisão o imperativo de equilíbrio contratual na relação de consumo⁽¹¹¹⁾⁽¹¹²⁾.

Logo as condições monopolísticas podem ser exercidas sobre mercado relevante tanto de âmbito nacional, como regional⁽¹¹³⁾, desde que nas circunstâncias de seu exercício decorra a dificuldade ou impossibilidade do consumidor em contratar com outrem que efetivamente lhe faça concorrência, possibilitando a interferência artificial nos mandamentos da lei econômica da oferta e da procura, *i.e.* mesmo havendo outro fornecedor em condições de fazer concorrência com o agente econômico titular de posição dominante, esta não se descaracteriza pelo fato de inexistir a competição efetiva no mercado delimitado pelo território de sua atuação empresarial.

A primeira Lei Antitruste Brasileira - Lei nº 4.137, de 10.09.62 -, aliás, em seu art. 2º, considera abuso de poder econômico dominar "mercados nacionais". Ora, utilizando o termo "mercados nacionais", evidente que se considera, não somente o mercado brasileiro como um todo, mas sim, outros, ou seja, os regionais⁽¹¹⁴⁾.

⁽¹¹¹⁾ cfe. EDWARD S PEARSON, *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994, p. 337;

⁽¹¹²⁾ cfe. julgamento do processo administrativo nº 28, pelo CADE, 8.1.87, publicado na Revista do CADE - Nova Fase, n. 2, p. 8;

⁽¹¹³⁾ cfe. BENJAMIN M. SHIEBER, *Abusos do Poder Econômico*, SP., 1966, p. 44 e seguinte;

⁽¹¹⁴⁾ idem;

Esta mesma linha de raciocínio, também se impõe no tocante ao aspecto material, ou seja, ao exercício de posição dominante quanto ao gênero do produto ou do serviço negociado⁽¹¹⁵⁾.

A posição dominante sempre se verifica diante da inexistência de séria competição. Sendo suficiente para a caracterização de condições monopolísticas quanto ao gênero negociado, seu exercício relativamente ao um único item, não havendo necessidade da dominação sob o aspecto material da totalidade de um setor econômico em sentido amplo.

Porém, a competitividade não necessariamente é exercitada através da mercancia do mesmo bem econômico, porquanto basta que o concorrente tenha colocado, com identidade temporal, à disposição do consumidor outro produto ou serviço, equivalente na utilidade, preço, prazo, volume e qualidade, em decorrência suprimindo as necessidades dos consumidores, tal qual aquele produto ou serviço negociado pelo pretenso detentor de posição dominante⁽¹¹⁶⁾.

Se apesar de diferentes, houver mais de um produto ou serviço que satisfaça a mesma necessidade dos consumidores, com utilidade, preços, prazos, volume e qualidades compatíveis, estes bens econômicos participam de um único mercado, pois podem razoavelmente ser substituídos uns pelos outros, via de consequência, atendem a mesma necessidade dos consumidores.

Mercado este, sobre o qual incide, ainda, a aspecto temporal, visto que somente participam do mesmo setor econômico os produtos e serviços oferecidos ao mesmo tempo pelos concorrentes, *i.e.* não existe concorrência empresarial em dois momentos distintos.

Portanto, mercado relevante corresponde a delimitação espacial⁽¹¹⁷⁾, material⁽¹¹⁸⁾, e temporal⁽¹¹⁹⁾ do setor econômico onde a atividade empresarial

⁽¹¹⁵⁾ idem, p. 46;

⁽¹¹⁶⁾ cfe. HOBSON, *A Evolução do Capitalismo Moderno*, SP, 1983, p. 172: "O poder de uma companhia detentora de patentes de um tipo específico de saca-rolhas é reduzido em grande parte não só pela concorrência de outros tipos desse artigo, como também pela tampa de rosca e vários outros dispositivos destinados a assegurar o fechamento das garrafas.";

⁽¹¹⁷⁾ cfe. EDWARD S PEARSON, *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994, p. 338, *in verbis*: "The geographic distribution of producers and consumers may prevent effective competition from taking place between goods and services, which in other situations would be interchangeable. So the Court requires that the relevant geographical market should be defined.";

⁽¹¹⁸⁾ idem, p. 337, *in verbis*: "Market power can only exist in relation to the supply of a particular class of goods or service. It is therefore essential to ascertain the relevant market. Where goods or services can be regarded as interchangeable, they

está sendo exercida, cuja noção é universalmente apresentada, com base na experiência da jurisprudência dos Estados Unidos da América, consoante a regra⁽¹²⁰⁾: "mercado relevante é composto de produtos que razoavelmente podem ser substituídos um pelo outro quando empregados nos fins para os quais são produzidos, levando-se em consideração o preço, a finalidade e a qualidade deles".

Justamente por tais razões, que a atual Lei Antitruste (Lei nº 8.884, de 11.06.94), definiu no parágrafo segundo de seu art. 20, posição dominante como a situação de agente econômico, individualmente ou em grupo, que "controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa." (sic)

Além da definição, estabeleceu ainda, o art. 20, em seu parágrafo terceiro, da Lei nº 8.884, presunção legal da escala de participação no mercado relevante, na ordem de 30% (trinta por cento), para identificar posição dominante.

Todavia, a Medida Provisória nº 851/95, convertida na Lei nº 9.096/95, alterou a fixação deste percentual de 30% (trinta por cento) para reduzi-lo à 20% (vinte por cento), e, ainda deixou aberto espaço para nova redução atendendo situações específicas.

Esta presunção por decorrer da lei, impõe que: sempre se qualifique como condições monopolísticas, participação em mercado relevante na proporção de 20% (vinte por cento)⁽¹²¹⁾ ou maior dimensão, não admitindo prova em contrário, tendo pois a qualidade de *juris et de juris*.

Não significando, entretanto, que havendo participação menor aos 20% (trinta por cento), mas exercendo o poder de controle no mercado, determinando a fixação dos preços ou podendo eliminar a concorrência, seja

are within the same product market.";

⁽¹¹⁹⁾ idem, p. 338, *in verbis*: "*A futher factor in determining the relevant market is the temporal quality of the market."*;

⁽¹²⁰⁾ cfe. BENJAMIN M. SHIEBER, obra citada, p. 47;

⁽¹²¹⁾ no Direito Comunitário Europeu, pode-se caracterizar posição dominante com participação de mercado na ordem aproximada de 25% (vinte e cinco) por cento; cfe. EDWARD S PEARSON, *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994, p. 310, *in verbis*: "*Broadly speaking a monopoly situation exists where at least one quarter of the market in the suply or export of goods of any description, or the suply of services of any description, is in the hands of a single firme or group of companies, or in the hands of several firms which, whether by agreement or not, prevent or restrict the operation of a free market in the goods or services in question ...*" ;

impossível atribuir a um agente econômico a detenção de posição dominante. Mesmo a participação menor, desde que verificado o poder de determinismo no mercado, como é de rigor, deve ser qualificada a título de posição dominante⁽¹²²⁾.

CONCLUSÃO

Diante disto, podemos, em breve síntese, concluir que:

1) - O direito privado tradicional é inadequado, via de consequência, aplicável somente subsidiariamente na disciplina jurídica das condições monopolísticas em face do consumidor, posto sua histórica despreocupação com o necessário e intransponível equilíbrio contratual.

2) - A disciplina jurídica das condições monopolísticas em face do consumidor é tratada especificamente pela Lei Antitruste - Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1.994 -, combinada com o Código de Defesa do Consumidor - Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 -, cujo fim teleológico consiste na preservação do equilíbrio entre os sujeitos da relação de consumo.

3) - A Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1.994, é instrumento legal de defesa direta do consumidor contra o fornecedor titular de posição dominante.

3) - A disciplina jurídica das condições monopolísticas em face do consumidor somente justifica sua aplicação para conter o respectivo exercício

⁽¹²²⁾ cfe. EDWARD S PEARSON, *Law For European Business Studies*, Great Britain, 1994, p. 339, *in verbis*: "An undertaking with a relatively small share of the market may still be dominant if none of the other participants is sufficiently large to constitute a serious threat to its independence."

pelo titular de posição dominante sobre determinado setor econômico, universalmente denominado de mercado relevante.

BIBLIOGRAFIA

- BULGARELLI, Waldirio, Direito Empresarial Moderno, SP, 1992;
CESAR, José Augusto, Actos Juridicos, Campinas, 1913;
HOBSON, John A., A Evolução do Capitalismo Moderno, tradução de Benedcito de Carvalho, SP, 1983;
HOVENKAMP, Herbert, Economics and Federal Antitrust Law, USA, 1985;
MONTESQUIEU, Charles de Secondat, O Espírito das Leis, tradução e notas de Pedro Vieira Mota, SP, 1992;
PEARSON, Edward S., Law For European Business Studies, Great Britain, 1994;
SAYEG, Ricardo Hasson, Práticas Comerciais Abusivas, SP, 1995;
SHIEBER, Benjamin M., Abusos do Poder Econômico, SP., 1966;
SULLIVAN, Lawrence Anthony, Antitrust, USA, 1992;
VIEIRA, Dorival Teixeira, Economia e Sociedade, RJ, 1977.

