

As considerações supra podem parecer um pouco teóricas em ausência de menção à forma concreta de proteção dos interesses do consumidor. Como visto antes (subitem 1.1.1.4, supra), o interesse institucional da concorrência é sempre protegido nas vias administrativas (SIDE e CADE), onde, de todo modo, só interesses institucionais têm guarida. Além disso, pode ser protegido por via da ação civil pública.

Já, o interesse direto e individual do consumidor tem outra forma de proteção. Ainda que indiretamente salvaguardado pela proteção do interesse institucional, ele pode e deve ter tutela própria. Como visto, é da própria natureza dos interesses institucionais esse efeito duplo sobre a esfera institucional e a esfera individual. Daí a tutela das garantias institucionais no campo privado dever-se fazer através de normas especiais (a *Schutzgesetz* do Direito Alemão). No sistema brasileiro essa característica ganha duplo significado: material e processual. No campo material, à semelhança da disciplina das *Schutzgesetze* alemãs, não há necessidade de prova de intenção ou, como se verá abaixo (Parte III, Capítulo I, subitem 3.1), a intenção demonstra-se por elementos exclusivamente objetivos. No campo processual, através das formas tradicionais de tutela individual, há a já mencionada ação coletiva para proteção de interesses individuais homogêneos. Assim, toda vez que for possível demonstrar que do ato anticoncorrencial decorreu prejuízo para um grupo identificável de consumidores será possível a qualquer associação de defesa dos consumidores promover a demanda (art. 82, IV, c/c o art. 91, do CDC).

1.1.2.2 Direito concorrencial e direito do consumidor – Como foi visto, o direito concorrencial acaba por interferir nas relações diretas entre produtor e consumidor. É o que corre, por exemplo, nos ilícitos de abuso de posição dominante, onde da posição de poder e de domínio do agente sobre o mercado decorre risco para o interesse institucional protegido (concorrência).

É de se perguntar, agora, se o direito do consumidor pode e/ou deve interferir nas relações concorrenciais; e, em caso positivo, de que forma. Para tanto, analisaremos dois principais grupos de regras do Código de Defesa do Consumidor que podem interferir nessas relações.

a) Informação e publicidade: O primeiro grupo de ilícitos é o que se relaciona à regulamentação geral das formas de publicidade. Essas regras são de extrema importância para o sistema concorrencial. Com efeito, a publicidade é o meio mais fácil e economicamente mais “bara-

to” de transmissão de informações e de comparação de produtos para os consumidores. É muito mais simples para o consumidor comparar preços e tipos de produto lendo um jornal de domingo do que se deslocando até os diferentes vendedores para poder efetivamente compará-los. Portanto, a concorrência pode ser substancialmente alterada e até falseada pela publicidade enganosa.⁴⁷

O problema é que, para que esse objetivo fosse idealmente atingido, seria preciso que o conteúdo da publicidade fosse apenas informativo. Não é o que ocorre, no entanto. A publicidade não contém apenas *informação*, mas também um alto grau de *sugestão*.

Esses dois elementos que convivem na mensagem publicitária fazem com que, relativamente a ela, duas exigências jurídicas também se imponham. De um lado, é preciso ser liberal com relação às mensagens publicitárias, pois está comprovado que elas estimulam a competição.⁴⁸ De outro, é preciso regulá-la, de modo a fazer com que inclua ao menos uma quantidade razoável de informação, e de maneira a tornar ilegal formas extremas de publicidade sugestiva.

Essa tensão entre rigidez e liberalismo na disciplina publicitária é bastante evidente na publicidade de preços. O efeito informativo e, portanto, concorrencial de uma mensagem publicitária sobre preços é muito relevante. Pode ela, no entanto, ter um efeito sugestivo bem pronunciado.

47. Não parece haver forma objetiva de definir quanto esta se tornará também um ato de concorrência desleal. Sem dúvida, é necessário que a transferência de consumidores seja importante a ponto de desestabilizar e pôr em risco a própria existência dos demais concorrentes. Bastante expressiva nesse sentido é a decisão da Corte Federal norte-americana (*2nd Circuit*) que, negando proteção com base no *Sherman Act* contra publicidade enganosa veiculada pela *Kodak*, afirmou: “The Sherman Act is not a panacea for all evils that may infect business life. Before we would allow misrepresentation to buyers to be the basis of a competitor’s treble damage action under § 2, we would at least require the plaintiff to overcome a presumption that the effect on competition of such a practice was *de minimis*” (“*Berkey Photo vs. Eastman Kodak Co.*”, 603 F. 2d 263, 287-288 – n. 41 (1979); v., a respeito, P. Areeda e H. Hovenkamp, *Antitrust Law – Supplement 1991*, Boston/Toronto, Little, Brown & Co., 1991, p. 833).

48. Vários estudos econômicos realizados nos Estados Unidos da América comprovam que a impossibilidade de fazer publicidade de preços tem como consequência a elevação dos preços. Por exemplo, antes que essas restrições fossem consideradas inconstitucionais, verificou-se que nos Estados da Federação que proibem a publicidade dos preços de medicamentos sob prescrição os preços desses produtos eram significativamente mais elevados que nos outros Estados (v., nesse sentido, T. J. Muris, “Economics and consumer protection”, *Antitrust Law Journal* 60(103), 1991 – p. 112).

Preocupação maior na publicidade de preços sempre foi a publicidade comparativa. Volta-se, aqui, não tanto para os preços dos concorrentes, mas, sim, para os preços anteriormente praticados pela própria empresa, levando a efeito a publicidade.

Entendia-se que era necessário proteger o consumidor contra os anúncios destinados a criar a falsa impressão de diminuição de preços. Exigia-se, assim, que a comparação fosse feita com um preço pelo qual uma quantidade substancial de vendas tivesse sido realizada. Tudo isso para evitar, por exemplo, que o vendedor simplesmente aumentasse o preço para valores absurdos, em que as vendas não seriam de todo modo factíveis, para, em seguida, reduzi-lo, criando, assim, uma falsa imagem de redução de preços.⁴⁹

Esse critério foi logo considerado excessivamente rigoroso. Inúmeros estudos econômicos demonstraram uma relação altamente positiva entre diminuição de preço e publicidade (ainda que comparativa). Baseada nesse estudo, a *FTC* alterou sua jurisprudência, passando a admitir, a partir de 1968, a publicidade comparativa, desde que tendo por base preço anterior pelo qual ofertas substanciais tenham sido feitas, isto é, ofertas regulares durante um considerável período de tempo. Substituiu-se, portanto, o requisito das vendas substanciais pela existência de substancial oferta.⁵⁰

Dois são os fundamentos para tal mudança. Em primeiro lugar, a inconsistência do requisito de vendas substanciais. Muitas vezes as efetivas vendas dependem de circunstâncias sazonais (exemplo: a baixa nas vendas no período pós-Natal). Exigir que vendas substanciais tenham sido realizadas introduz um elemento aleatório na análise. Mais importante ainda é o fato de que são as “ofertas substanciais” a fornecer o real padrão de comparação. O que importa é saber o preço efetivamente praticado por aquele vendedor durante um substancial período de tempo, pois é esse o valor a partir do qual os consumidores foram — ou não — atraídos para a compra do produto. É esse “preço-chamanz” que, do ponto de vista do consumidor, reproduz a “história mercadológica” do produto. Por isso, é ele o valor relevante.

O Código do Consumidor brasileiro não contém previsão expressa para esse tipo de situação. O art. 37 do CDC proíbe toda publicidade

49. Essa regra foi estabelecida pela *FTC* em 1958 nas *Guides Against Deceptive Pricing* (v., a respeito, T. J. Muris, “Economics and consumer protection”, cit., *Antitrust Law Journal* 60/112).

50. Cf. T. J. Muris, “Economics and consumer protection”, *Antitrust Law Journal* 60/113.

enganosa ou abusiva, definindo como enganosa a publicidade que, entre outras coisas, é capaz de induzir em erro o consumidor a respeito do preço do produto. Não há referência expressa à indução em erro através da alteração de preço — lacuna, essa, que parece facilmente suprirel através de uma interpretação teleológica da norma.

Entretanto, não é só com relação ao preço que a publicidade pode ser sugestiva. Aliás, pode-se dizer que é exatamente com relação ao preço que ela pode ser menos sugestiva. A publicidade é por excelência sugestiva quando ela sequer como tal se identifica. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro é bastante duro nesse sentido. O art. 36 impõe, sem exceção, que toda publicidade se identifique como tal.

Exemplo clássico de sugestão por não identificação é o da chamada *propaganda subliminar*. Essa é, sem dúvida, a pior espécie de propaganda sugestiva. Trata-se de sugestão em estado puro, pois visa a influenciar o inconsciente, e não o consciente, do indivíduo.⁵¹ Há o temor, então, de que a publicidade atue sobre a determinação da vontade (*Willensentschlusses*), e não sobre a sua formação (*Willensbildung*).⁵²

Há outros casos, no entanto, em que a sugestão não é tão evidente. Imagine-se, por exemplo, o *merchandising*, que consiste exatamente na aparição dos produtos no vídeo, no áudio ou nos artigos impressos em sua situação normal de consumo, sem declaração ostensiva da marca.⁵³ Note-se que a simples proibição desse tipo de propaganda, com base em uma interpretação literal do art. 36, parece excessiva. É preciso

51. Citado em toda a literatura é o famoso caso de propaganda subliminar que teria sido veiculada à velocidade de 1/3.000 de segundo durante os intervalos de filmes de cinema. O resultado teria sido o aumento expressivo do consumo dos referidos produtos (v., a respeito: A. H. Vasconcellos e Benjamin, in *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 208, nota 93; e A. Baumbach e W. Hefemehl, *Wettbewerbsrecht*, cit., 19ª ed., sub § 1, Rdn. 193, p. 505).

52. Para a diferença entre os dois conceitos, com particular referência à questão da utilização da psicologia na publicidade, v. P. Bitlow, “Tiefenpsychologie in der Werbung und Wettbewerbsrecht”, in *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 1971, p. 209. O autor utiliza essa diferença para demonstrar como a publicidade que se utiliza de elementos subjetivos outros que não a qualidade do produto, como, por exemplo, sua ligação a certas situações de bem-estar (cigarros ligados a cenas paradisiacas), ou, então, a que procura ligar o produto a desejos inconscientes do consumidor (autônomo apenas em sua posição social), na verdade, são lícitas, exatamente porque consistem apenas em um dos elementos de influência na formação da vontade, mas não em um elemento para sua determinação.

53. A. H. Vasconcellos e Benjamin, in *Código do Consumidor Comentado*, cit., 4ª ed., p. 209.

determinar os tipos de consumidores que não são capazes de identificar o *merchandising* como uma forma de publicidade. Dessa forma, nos programas em que há maior comunicação de massa ou maior audiência desse tipo de consumidor seria necessário, de alguma forma, identificar a referida mensagem publicitária.⁵⁴

Essa tentativa de aplicar diferenciadamente a lei, de acordo com o tipo de consumidor, parece estar absolutamente em linha com a própria letra do art. 36 do CDC, que imprime tom claramente subjetivo à regra ao exigir que a propaganda seja "veiculada de tal forma que o *consumidor*, fácil e imediatamente, a identifique como tal"⁵⁵ (grifos meus).

Pode-se perguntar, então, se não existiriam outras maneiras de sua gestão que não a imperfeita identificação da publicidade como tal. Não seria a publicidade maciça uma forma de sugestão? É inegável que a publicidade maciçamente veiculada acaba por sugerir ao consumidor a compra daquele produto.

Ocorre, no entanto, que não se pode claramente identificar a sua gestão como o único elemento ou, mesmo, o elemento principal de uma campanha publicitária maciça. E essas características são fundamentais

54. Para algumas sugestões, v. A. H. Vasconcellos e Benjamin, in *Código do Consumidor Comentado*, cit., 4ª ed., p. 209.

55. Essa perspectiva subjetiva do direito à informação sobre o caráter publicitário da informação fica bastante clara no tratamento que é dado aos informes publicitários escritos no sistema alemão. De acordo com o § 10 das *Landespressgesetze*, não é permitido em jornais e revistas incluir qualquer tipo de publicidade em matéria informativa (isto é, matéria não identificada como publicitária). Exceção, no entanto, é feita para o caso dos chamados *Kundenzeitschriften*, ou jornais dos consumidores — ou seja, jornais que objetivam trazer informes sobre produtos para os consumidores. Com relação a eles presume-se que o consumidor leia o inteiro jornal com a consciência de estar lendo algo de natureza publicitária, mesmo que incluído em notícia de caráter aparentemente informativo (v. K. Zimmermann, "Zum Begriff der Kundenzeitschrift", in *Wettbewerb in Recht und Praxis (WRP)* 1997, p. 163). No Direito Brasileiro, da mesma forma, essas duas preocupações estão presentes, e há previsão expressa sobre ambas. A atividade publicitária é regulada pela Lei 4.680, de 18.6.1965, pelo Decreto 57.690/1966 e pelo Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária. Interessa notar que a autorregulação do setor (regras formuladas pelos próprios agentes e aplicadas por eles mesmos) já manifesta a preocupação com a Identificação Publicitária. Para tanto, o art. 28 do Código dispõe que "o anúncio deve ser claramente distinguido como tal, seja qual for a sua forma ou seu meio de veiculação". Também é exigida a diferenciação do texto informativo e do publicitário. O art. 30 dispõe que "a peça jornalística sob forma de reportagem, artigo, nota, texto-legendado ou qualquer outra, que se veicle mediante pagamento, deve ser apropriadamente identificada para que se distinga das matérias editoriais e não confunda o consumidor".

para a caracterização de uma publicidade como ilegal, pois, como já visto, é inevitável, em qualquer campanha publicitária, a convivência do aspecto *suggestivo* com aquele *informativo*.

O problema com as campanhas publicitárias maciças é menos um problema de qualidade da informação e mais um problema de quantidade e, portanto, concorrência com relação a ela. É, em virtude disso, uma questão de direito concorrencial em linha direta, e não em linha transversa. Com efeito, a Lei Concorrencial delas se ocupa. Exatamente para possibilitar a concorrência através da publicidade, proíbe o art. 36, § 3º, VI, da Lei Concorrencial a exigência ou concessão de exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa.

Mas isso, evidentemente, não basta. Não é suficiente garantir formalmente a concorrência. Imagine-se um grande produtor que, valendo-se de seu poder econômico, adquire todos os espaços publicitários em determinado horário, nada deixando para seus concorrentes. Não há dúvida, nessa hipótese, de que há tentativa de formação de posição dominante, que, como tal, deve ser sancionada de acordo com as regras da Lei Concorrencial (art. 36, III).

A publicidade, de um lado, dificultará a entrada de concorrentes, constituindo portentosa barreira à sua entrada (art. 36, § 3º, III), e, de outro, agirá como elemento a seriamente dificultar a competição por parte dos outros agentes já participantes do mercado (art. 36, § 3º, IV).

b) *Poder econômico e coerção do consumidor*: Um segundo grupo de regras do Código do Consumidor brasileiro de relevância para o direito concorrencial são as regras sobre a coerção do consumidor. Inúmeros são esses dispositivos regulando a coerção contratual, a coerção através da publicidade enganosa etc. A maioria dessas regras impõe a necessária proteção do consumidor contra práticas tendentes a se aproveitar de sua pouca formação cultural ou menor poder aquisitivo ou, então, coagi-lo à compra através de falsas informações (basicamente, propaganda enganosa).

Aqui nos interessa, no entanto, apenas um tipo especial de coerção. Trata-se da coerção através dos instrumentos típicos do mercado, ou seja, coerção baseada na manipulação da oferta de determinado produto. O Código de Defesa do Consumidor brasileiro prevê essas hipóteses no art. 39, proibindo-as expressamente. Na primeira (inciso I) descreve-se o clássico *tying arrangement*, prevendo-se a ilicitude de prática tendente a "condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quan-

titativos”. A segunda hipótese ataca diretamente a regulação da oferta, prevendo a ilegalidade daqueles atos que impliquem “recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque e, ainda, de conformidade com os usos e costumes” (inciso II) – ressalvados, por força da inclusão do inciso IX (decorrente da modificação introduzida pelo art. 87 da antiga Lei Concorrencial, a Lei 8.884/1994), os casos de intermediação previstos em lei (inciso IX).

No primeiro caso o que se pretende é evitar que o consumidor seja obrigado a adquirir produto que não deseja, para ter acesso aos produtos de que precisa. No segundo caso pretende-se evitar que, através da formação de estoques, o vendedor possa forçar aumentos de preços de seus produtos.

Pode-se dizer que a inserção de ambas as hipóteses no Código do Consumidor bem como sua regulamentação específica são equivocadas, e podem levar a sérios problemas aplicativos, com consequências estruturais negativas para o sistema concorrencial.

A razão para essa afirmação é bastante simples. Ambos os ilícitos só têm sentido enquanto tal, na medida em o vendedor, no primeiro caso, seja efetivamente capaz de coagir o consumidor a adquirir produto que não deseja (para poder comprar o que necessita); e, no segundo, desde que a recusa à venda seja capaz, efetivamente, de forçar um aumento de preços, e não simplesmente fazer o vendedor perder fatias de mercado em benefício de outros agentes econômicos.

Ora, isso só ocorrerá se, em ambos os casos, o vendedor tiver poder no mercado. Ele só poderá coagir o consumidor a comprar produto que não deseja se não houver outros produtores dispostos a vender separadamente os produtos. Isso pode ocorrer porque o mercado é monopolizado ou porque há acordo entre todos ou boa parte dos concorrentes para o fim de praticar a venda casada (cartel). Por outro lado, só nas mesmas condições o efeito será o de elevação de preço. Se a recusa à venda for praticada por um só vendedor em um mercado competitivo, o que ocorrerá será apenas a perda de mercado por parte desse vendedor.

Por isso é que clássicos ilícitos como *tying arrangements* ou formação de cartel para elevação de preços estão previstos na Lei Concorrencial. Dependem eles, para sua caracterização, em primeiro lugar, da existência de poder no mercado e, em segundo lugar, da inexistência de alguma justificativa econômico-jurídica que permita tornar lícita a conduta.

Imagine-se, por exemplo, que a restrição de vendas, ainda que praticada por boa parte dos participantes do mercado, seja necessária

para enfrentar grave crise conjuntural de superprodução. Trata-se da conhecida figura do cartel de crise (*crisis cartel*), admitida na maioria dos ordenamentos.

Ora, ambos os requisitos – poder no mercado e inexistência de justificativa – compõem a conhecida regra da razão, típica do raciocínio concorrencial. É interessante notar, aliás, que ambos os ilícitos estão previstos na Lei Concorrencial brasileira. O primeiro, *tying arrangement*, está previsto no art. 36, § 3º, XVIII. Já, o segundo (retenção de mercadorias) vem previsto em vários dispositivos (art. 36, § 3º, I, XI e XVI). Todos, no entanto – por sua ligação à definição de ilícitos do art. 36, *caput* –, sujeitos, como se verá mais adiante, à regra da razão daquele dispositivo.

1.1.3 Os concorrentes

O concorrente, exatamente como o consumidor, não é objeto imediato de tutela do direito concorrencial – seus interesses são protegidos através da proteção da ordem concorrencial. A proteção direta dos interesses dos concorrentes através do direito antitruste deve ser objetada tanto na esfera abstrata quanto na esfera concreta.

No campo abstrato a questão refere-se à possibilidade, ou não, de se definir um tipo de concorrente tutelado pelas regras concorrenciais. Poder-se-ia perguntar, por exemplo, se não serve o direito concorrencial precipuamente à defesa da pequena e da média empresas. A resposta é enfaticamente negativa.

A defesa da pequena e da média empresas não pode constituir objetivo do direito concorrencial. Essas empresas devem ser defendidas como qualquer outro concorrente, e não como concorrentes privilegiados.

É importante que se entenda plenamente o significado dessa afirmação. O que não é admissível é que o direito concorrencial atribua à pequena e à média empresas vantagens adicionais em relação àquelas que *naturalmente* já atribui. Sendo, como já visto (subitem 1.1.1.4), o direito concorrencial formado em grande parte por regras de controle e sancionamento do poder no mercado, as pequenas e as médias empresas, normalmente destituídas desse poder, escapam de grande parte de suas sanções. Obviamente, uma fusão entre duas pequenas empresas sem poder no mercado não será objeto de preocupação para o direito concorrencial. Também a pequena e a média empresas, sem poder no mercado, não poderão ser sujeitos ativos dos ilícitos que caracterizam abuso do poder econômico, pois lhes falta o requisito necessário do poder econômico.

Além disso não se pode ir. A pequena e a média empresas devem estar sujeitas, como qualquer outra, à punição por concorrência desleal, isto é, por aquelas práticas que por si, e independentemente das dimensões do agente, constituem ilícito (v.g., art. 36, § 3º, VII, da lei – utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de concorrente). Além disso, a proteção da existência de uma estrutura de mercado formada exclusivamente por pequenas empresas não pode ser justificativa para proibição de concentrações empresariais. Isso implicaria sancionamento *per se* ao poder no mercado, o que não é coerente do ponto de vista econômico, nem é compatível com o sistema concorrencial como estruturado, constitucional e legalmente, no Direito Brasileiro (v., supra, subitem 1.1.1.4).⁵⁶

Também sob o aspecto concreto a tutela direta deve ser negada. É o que ocorre quando se cogita da possibilidade de caracterização do ilícito somente com a lesão do interesse do concorrente – sem que esteja presente o interesse institucional da proteção do sistema concorrencial.

A resposta novamente tem de ser negativa. O direito concorrencial não é a sede para proteção de direitos exclusivamente individuais das empresas que não encontrem sua justificativa, em última análise, na proteção institucional da ordem econômica.

A presença concomitante desses interesses é bastante evidente no caso dos atos tendentes à dominação do mercado. Evidentemente, aí, a proteção dos interesses dos concorrentes consubstancia uma necessidade de proteção da instituição *concorrência* e, indiretamente, dos consumidores. Esses interesses também estão presentes nos ilícitos de concorrência desleal, que, ao menos aparentemente, são, de todos, os que mais se dirigem à proteção dos interesses dos concorrentes. Trata-se, no entanto, de mera aparência. A proteção de padrões mínimos de lealdade é fundamental para que a concorrência não desande para um processo antropofágico, que levaria necessariamente à formação de monopólios (e/ou oligopólios).

A importância dessa ligação demonstra-se historicamente na evolução do direito antitruste americano. Ali, a definição, no *Clayton Act*, de certas práticas desleais como ilícitos *per se* à concorrência foi a forma encontrada para impedir que monopólios se criassem. Baseou-se ela na teoria conhecida como *incipiency theory*, segundo a qual é necessário

sancionar os monopólios já no seu início, impedindo a prática de atos desleais que permitam o ganho ilegal de fâtiás do mercado que, teoricamente, possam levar uma empresa a se tornar monopolista.⁵⁷

Estabelecida essa ligação necessária entre os vários interesses, a interrogação que naturalmente se segue é a seguinte: *quid iuris* em caso de conflito entre esses vários interesses?

Essa resposta já foi parcialmente elaborada no subitem 1.1.2.2, supra. Ora, cumpre apenas sistematizá-la. Na verdade, a presença do interesse institucional, único objeto imediato da tutela do direito concorrencial, permite resolver qualquer conflito que, porventura, possa surgir entre os interesses dos concorrentes e dos consumidores. No caso dos preços predatórios, por exemplo, o aparente conflito entre o interesse imediato do consumidor em preços mais baixos e o interesse dos concorrentes na proibição de níveis anticompetitivos de preços é facilmente resolvido a partir do interesse institucional. Esse interesse, proveitoso tanto para consumidores quanto para concorrentes, indica claramente no sentido da proibição desse tipo de prática.

O mesmo pode-se dizer com relação à prática de preços abusivos. De um lado, há o interesse de concorrentes, para os quais o aumento abusivo de preços por parte de um dos agentes econômicos representa a possibilidade de ganhos expressivos de fâtiás do mercado. De outro, há o interesse dos consumidores, para os quais o aumento de preços, sem divida, representa uma perda de utilidade. A resposta para o aparente impasse está, ainda aqui, no interesse institucional.

Toda vez que houver poder no mercado por parte do agente que pratica preços abusivos e esse agente estiver estruturalmente protegido contra a entrada de novos concorrentes, o interesse institucional na existência de um mercado concorrencial com livre escolha para o consumidor está em perigo. Justifica-se, portanto, a intervenção direcionada a restabelecer o equilíbrio perdido. Quando, no entanto, não há poder no mercado por parte do agente que pratica preços abusivos, não há qualquer interesse institucional a proteger. Para o consumidor também deixa de ser necessária a proteção, pois, verificado o aumento de preços, basta que ele passe a satisfazer suas necessidades com outro concorrente. Insustentável, portanto, o referido conflito.

56. V., a respeito, Parte II, Capítulo II, subitem 4.2.1.3.

57. Cf. R. Bork, *The Antitrust Paradox: a Policy War with Itself*, cit., 2ª ed., pp. 48 ss.

1.1.4 Outros interesses

Questão pouco debatida, mas muito relevante, é aquela relativa à existência, ou não, de outros interesses a serem tutelados pelo direito concorrencial. A análise desse problema deve se desdobrar em duas outras, respectivamente: a extensão dos efeitos do poder econômico na realidade brasileira e a extensão da própria noção de interesse da ordem concorrencial.

1.1.4.1 As especificidades da análise do poder econômico no Brasil: tripla drenagem e ampliação de interesses – Como brevemente abordado no Capítulo I, item 3, e com mais largueza alhures,⁵⁸ uma das principais especificidades do poder econômico nas ex-Colônias ultramarinas ibéricas é sua extensão e seus efeitos sobre a vida econômica.

Aqui, diversamente de outros Países, dos quais, de resto, se origina boa parte da teoria antitruste que aplicamos, o poder econômico é constitutivo das relações sociais e políticas. No Brasil existiu monopólio antes de existir sociedade ou Estado. Os monopólios coloniais foram estruturados logo no início da colonização. A sociedade e o Estado Brasileiro se formam em torno dessas estruturas econômicas predominantes. Aliás, como destaca Celso Furtado, até mesmo a diversidade geográfica e a multiplicidade de Estados da “América Espanhola” vs. a unicidade da América Portuguesa podem ser explicadas à luz das diferentes vicissitudes dos ciclos econômicos monopolistas nas diversas regiões.

Mas não só. Também os efeitos dos monopólios são mais profundos. Não é, aqui, o caso de repisar a tese da tripla drenagem, mas, sim, de enviar o leitor à análise e crítica de sua formulação.⁵⁹ Se verdadeira, importa reconhecer que aqui, historicamente, até hoje, monopólios não afetam interesses de consumidores, mas também envolvem o mercado de trabalho e podem afetar os demais setores da economia.

Não por outra razão, referidos interesses são direta ou indiretamente mencionados nas normas concorrenciais. O interesse de trabalhadores vinha expressamente enunciado na Lei 8.884/2994 como um interesse a

58. C. Salomão Filho, *Histoire Critique des Monopoles: une Perspective Juridique et Économique*, Paris, LGDJ, 2010.

59. V., a respeito, C. Salomão Filho, “Monopólios coloniais e subdesenvolvimento”, in *Estudos em Homenagem a F. K. Comparato*, São Paulo, Quartier Latin, 2011.

ser levado em conta na formulação de compromisso de desempenho. Na nova lei, desaparecida a figura do compromisso de desempenho e substituída pela figura mais ampla dos acordos em atos de concentração, não há como se entender que referidos acordos não devam incluir os interesses dos trabalhadores. Sua consideração era e continua sendo necessária, pelos impactos de tais operações no mercado de trabalho.⁶⁰

O mesmo se deve dizer em relação aos efeitos sobre outros setores da economia. Como visto, a dinâmica dos monopólios no Brasil sempre levou – e até hoje leva – à existência de setores dominantes e de setores dependentes. Assim sendo, o efeito de um ato de concentração ou de um ato tendente à dominação dos mercados deve ser percebido não somente em seu setor de atividades, mas nos demais setores afetados indiretamente por aquele ato. E note-se que nem sempre, nem necessariamente, esses efeitos serão captados exclusivamente por uma preocupação com a formação de conglomerados intersetoriais. Importará analisar o efeito que o estímulo ao crescimento de escala em determinado setor tem sobre o dinamismo ou a própria possibilidade de sobrevivência de outro. Imagine-se, por exemplo, a concentração agrária. A concentração da produção agrícola brasileira em *commodities* exportadoras e a aquisição de grandes quantidades de terra para essa produção não têm só efeito sobre a concentração agrária em determinada região. É errado analisar referida concentração apenas sob uma perspectiva do mercado geográfico. Também é preciso entender o potencial de deslocamento e desestabilização que tais concentrações, em conjunto ou separadamente, têm sobre um outro modo de produção, alternativo. Trata-se da pequena propriedade agrícola produtora de alimentos. Mais que uma concorrência entre setores, tem-se aí uma concorrência entre modos de produção, diretamente ameaçada pelas concentrações.

1.1.4.2 A ampliação de significado do “interesse da ordem concorrencial” – Há ainda outra vertente de ampliação dos interesses que devem ser considerados pelo direito concorrencial.

Trata-se da correta compreensão do significado de *interesses da ordem concorrencial*. É preciso rechegar, de início, análises simplificadoras que tendem a reduzir o interesse do consumidor protegido pela ordem concorrencial e o interesse da ordem concorrencial a uma questão de preço.

60. Cf. C. Salomão Filho, *Histoire Critique des Monopoles – Une Perspective Juridique et Économique*, cit., p. 106.

Não se pode, nem se deve, em Direito, tratar o consumidor como um “homem unidimensional”,⁶¹ cujo único interesse é o preço do produto.

De outro lado, é inegável que a visão jurídica do direito concorrencial impõe a consideração de outros elementos que não apenas o preço, e sobre os quais deve haver “concorrência”.

Alguns desses elementos são absolutos – isto é, aplicáveis a todos os setores –, e outros relativos – ou seja, aplicáveis caso a caso, dependendo do setor envolvido.

Entre os absolutos está o respeito a regras legais, como, por exemplo, tributação e meio ambiente. Não há como admitir dois padrões de concorrência, um de empresas que respeitam normas ambientais e tributárias e outro de empresas que não as respeitam. Admitir empresas que concorrem com base em redução de custos derivados de ilegalidades tributárias ou ambientais é duplamente perverso: além de proporcionar a dominação dos mercados, pois nenhuma outra empresa conseguirá competir em preço, permite que exatamente a empresa mais danosa à ordem econômica, por seu desprezo a princípio fundantes estabelecidos no art. 170 da CF, além das normas legais, prevaleçam no mercado.

Assim, a análise dos atos de concentração deve necessariamente incluir a compreensão do respeito, ou não, dos participantes às regras básicas do direito econômico. O mesmo deve-se dizer em relação às condutas, em especial àquelas tendentes a eliminar o concorrente com base na chamada predação jurídica – ou seja, diminuição de custos decorrente do descumprimento de normas legais.

Entre os relativos incluem-se aqueles relevantes para cada setor e reconhecidos como imanescentes ao interesse da ordem concorrencial. Imagine-se, por exemplo, a questão dos meios de comunicação em geral. Não é casual que a Constituição tenha se preocupado com esse setor, destacando-o em relação aos demais. Prevê, com efeito, uma proibição *per se* dos monopólios (art. 220). A razão é clara: a informação tem valor para o público em geral que independe de preço ou eficiência. É preciso ter alternativas, pois a informação é, para o usuário, um valor em si.

61. A expressão original é de H. Marcuse (*One-Dimensional Man: Studies in Ideology of Advanced Industrial Society*, London, Routledge, 1964), referindo-se a inserção do trabalhador no sistema de produção. Alerta, no entanto, para perigos reais, hoje muito presentes na esfera do consumo e na própria vida cotidiana dos cidadãos, que no sistema capitalista tendem a ter suas vontades, habilidades e prazeres reduzidos e mensurados apenas em termos econômicos.

Não há, pois, como não incluir de forma preponderante o interesse na pluralidade de informações entre os interesses envolvidos no setor, independentemente de consideração de preço e eficiência. Essa pluralidade de informação é, por outro lado, tema a ser aprofundado. Não se refere exclusivamente à transmissão de informações, mas também à existência e à difusão de padrões diversos de formação cultural e de acesso dos grupos sociais aos meios de telecomunicação (nesse sentido, por exemplo, as discussões sobre direitos de antena).

2. Os instrumentos: estruturas e condutas no direito concorrencial

Outra consequência da aceitação da teoria jurídica estruturalista do antitruste, supraexposta, está na necessidade de revigorar e rever, para preencher de conteúdo, a dicotomia tradicional da prática antitruste entre disciplina das estruturas e dos comportamentos.

Em uma teoria jurídica que pretende elaborar uma *due process clause* em matéria de comportamento econômico, ambas são extremamente necessárias.

Se, como visto supra (Capítulo II, item 4), não bastam as concepções em matéria econômica, pois a racionalidade do monopólio leva a abusos, então, é necessário atuar diretamente sobre as estruturas para que seu comportamento não gere desequilíbrio. O devido processo econômico exige, portanto, a intervenção sobre as estruturas. Tampouco prescindindo do controle das estruturas como instrumento de correção de comportamentos e – por que não? –, muitas vezes, de intervenção estrutural.⁶²

Isso não significa, no entanto, que a interação entre os dois campos da disciplina antitruste seja sempre isenta de problemas. É o que se verá a seguir.

2.1 Controle meramente estrutural do poder no mercado

Até agora se discutiram as possíveis estruturas jurídicas através das quais o poder econômico no mercado se forma ou, ao menos, se reforça. Uma análise do poder no mercado não seria completa se não incluísse também a disciplina jurídica dos agentes econômicos que detêm poder

62. A Lei 12.529/2011, em seu art. 61, § 2º, prevê instrumentos de intervenção estrutural, tais como a cisão de sociedade, a alienação de controle societário, a venda de ativos e o licenciamento compulsório de direitos de propriedade intelectual.