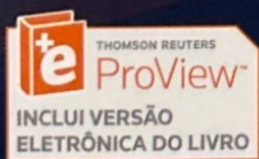


**ROBERTO AUGUSTO
CASTELLANOS PFEIFFER**

DEFESA DA CONCORRÊNCIA E BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR



**THOMSON REUTERS
REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

Diretora Responsável
Marisa Harms

Diretora de Operações de Conteúdo
Juliana Mayumi Ono

Editores: Andréia Regina Schneider Nunes, Cristiane Gonzalez Basile de Faria, Iviê A. M. Loureiro Gomes e Luciana Felix

Assistente Administrativo Editorial: Juliana Camilo Menezes

Produção Editorial
Coordenação
Juliana De Cicco Bianco

Analistas Editoriais: Danielle Rondon Castro de Moraes, Flávia Campos Marcelino Martines, George Silva Melo, Luara Coentro dos Santos, Luciano Mazzolenis J. Cavalheiro e Rodrigo Domiciano de Oliveira

Analistas de Qualidade Editorial: Cintia Mesojedovas Nogueira, Maria Angélica Leite, Rafaella de Almeida Vasconcellos e Victor Bonifácio

Capa: Chrisley Figueiredo

Administrativo e Produção Gráfica
Coordenação
Caio Henrique Andrade

Analista Administrativo: Antonia Pereira

Assistente Administrativo: Francisca Lucélia Carvalho de Sena

Analista de Produção Gráfica: Rafael da Costa Brito

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos

Pfeiffer, Roberto Augusto Castellanos. Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor / Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

Bibliografia

ISBN 978-85-203-5793-4

1. Concorrência – Leis e legislação – Brasil 2. Consumidores – Leis e legislação
3. Consumidores – Proteção – Brasil 4. Defesa do consumidor 5. Direito econômico 6. Ordem econômica I. Título.

14-11611

CDU-34:33:381:81

Índices para catálogo sistemático: 1. Brasil : Concorrência : Defesa do consumidor : Direito econômico 34:33:381:81

2

DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NA LEI 12.529/2011

A finalidade do capítulo é analisar a definição de consumidor adotada pela legislação brasileira, a fim de precisar quem é o sujeito tutelado pelas normas de defesa do consumidor e da concorrência.

2.1 Conceito de consumidor no Código de Defesa do Consumidor

A elucidação do conceito de consumidor foi, provavelmente, a questão que mais suscitou debates e fomentou polêmicas ao longo dos primeiros quinze anos de vigência do Código de Defesa do Consumidor.

Na realidade, a conceituação de consumidor é matéria extremamente debatida no mundo inteiro, não existindo uma definição única, motivo pelo qual há diversos conceitos de consumidor no direito comparado.¹

A “disputa conceitual” reside em diversos aspectos, como bem apontado por Herman Benjamin em artigo escrito antes da edição do Código de Defesa do Consumidor:

“Embora o vocábulo consumidor não esteja assentado como um conceito claro, já se podem identificar algumas áreas de disputa conceitual: a) quanto à natureza do sujeito protegido: pessoa natural ou jurídica; b) quanto à necessidade de vínculo contratual: só quando há contrato ou também nos casos de relações jurídicas extracontratuais; c) quanto à finalidade da aquisição do bem ou produto: para uso privado, pessoal, familiar, não profissional e comercial; d) quanto à qualidade do objeto da relação de consumo: apenas bens ou também serviços; e) quanto ao tipo de bens: só bens móveis ou também imóveis; f) quanto ao tipo de serviço: só serviços privados ou também serviços públicos.”²

1. BOURGOGNIE, Thierry. O conceito jurídico de consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 2. p. 7-51. São Paulo: Ed. RT, 1992.

2. BENJAMIN, Antonio Herman V. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*. vol. 628. p. 71. fev. 1988.

O Código de Defesa do Consumidor adota em seu art. 2.º, *caput*, a seguinte definição: “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Tal norma conceitua o *consumidor em sentido estrito*. Há, ainda, três normas do Código de Defesa do Consumidor que tratam da definição dos *consumidores equiparados*, que podem ser divididos nas seguintes espécies: a coletividade (art. 2.º, parágrafo único); a vítima de acidente de consumo (*bystander* – art. 17 do CDC); e o consumidor potencial (art. 29).

O conceito mais importante é o de consumidor em sentido estrito, do qual destaco três requisitos para a sua configuração: a) ser pessoa física ou jurídica; b) adquirir ou utilizar um produto ou serviço; c) ser o seu destinatário final.

No que tange ao primeiro requisito, o consumidor pode ser tanto pessoa física como pessoa jurídica, ao contrário do que ocorre em ordenamentos jurídicos de diversos outros países, que normalmente limitam o consumidor à pessoa física.³

Quanto ao segundo requisito, o consumidor em sentido estrito é aquele que efetivamente estabelece a relação de consumo, ou seja, realmente consome produto ou serviço. No entanto, tal exigência não é absoluta, pois há possibilidade de extensão de aplicação do Código de Defesa do Consumidor para os consumidores por equiparação.

Porém, é o terceiro requisito que mais suscitou polêmicas na doutrina e jurisprudência. Com efeito, a expressão “destinatário final” não explicita se a utilização do produto ou serviço deve ocorrer apenas para usufruto pessoal ou se pode ser efetivada no bojo de uma atividade econômica. Formaram-se três correntes sobre o tema, que passam a ser analisadas.

2.1.1 Teoria finalista ou subjetiva

A teoria finalista preconiza que o consumidor é apenas aquele que utiliza o produto ou serviço adquirido para seu uso próprio, sem utilizá-lo com fins econômicos. Desse modo, tal teoria preconiza que consumidor é apenas o *destinatário final econômico*, ou seja, aquele que usa o produto ou serviço para proveito próprio ou familiar, não o utilizando em atividade econômica empresarial.⁴

3. BOURGOGNIE, Thierry. Op. cit.

4. FILOMENO, José Geraldo Brito. Dos direitos dos consumidores. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. *Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995. p. 25. Geraldo Vidigal entende que o Código de Defesa do Consumidor adotou o *conceito econômico de consumidor*, e, assim, a empresa jamais será consumidora, por exercer atividade produtiva, não se podendo confundir bens finais e bens intermediários. Ver, a propósito: VIDIGAL, Geraldo. A lei de defesa do consumidor: sua abrangência. ICBC. *Cadernos ICBC 22: Lei de defesa do consumidor*. São Paulo: ICBC, 1991. p. 5-27.

Essa parece ser a mais adequada interpretação do art. 2.º do CDC. Com efeito, não se pode perder de vista a matriz constitucional da proteção do consumidor (art. 5.º, XXXII e art. 170, V), cuja inserção na Constituição Federal foi efetivada com o intuito de reequilibrar uma relação profundamente desigual entre fornecedor e consumidor. A tutela concebida pelo Código de Defesa do Consumidor visa justamente tal equilíbrio e não faria sentido uma proteção especial àqueles que utilizam o produto ou serviço como insumos ou etapas de sua atividade produtiva, devendo, em consequência, tal relação ser regida pelas normas da legislação civil ou comercial.⁵

Aliás, José Reinaldo de Lima Lopes destaca que o desequilíbrio na relação jurídica entre o fornecedor e o consumidor justifica a própria existência da normatização da relação de consumo.⁶

Fábio Konder Comparato, em artigo pioneiro no Brasil sobre o tema, escrito quinze anos antes da promulgação do Código de Defesa do Consumidor, ressaltava um aspecto primordial para a concepção do consumidor: a sua submissão “ao poder de controle dos titulares de bens de produção, isto é, os empresários”. O jurista destacava, também, que a proteção do consumidor refere-se “ao indivíduo ou grupo de indivíduos os quais, ainda que empresários, se apresentam no mercado como simples adquirentes ou usuários de serviços, sem ligação com as suas atividades empresariais próprias”.⁷

Assevere-se que os partidários do finalismo entendem que a promulgação do Código Civil de 2002 veio a reforçar o acerto da sua teoria.⁸ Com efeito, o art. 966 do novo Código Civil considera empresário “quem exerce profissionalmente atividade

5. Tal aspecto é bastante salientado na doutrina finalista. Ver, especialmente, MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais*. São Paulo: Ed. RT, 2002. p. 278-280 e BENJAMIN, Antonio Herman V. Op. cit., p. 77-78.

6. LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 1992. p. 78-79. O autor destaca que: “É certo que uma pessoa jurídica pode ser consumidora em relação a outra; mas tal condição depende de dois elementos que não foram adequadamente explicitados neste particular do Código. Em primeiro lugar, o fato de que os bens adquiridos devem ser bens de consumo e não bens de capital. Em segundo lugar, que haja entre fornecedor e consumidor um desequilíbrio que favoreça o primeiro. Em outras palavras, o Código de Defesa do Consumidor não veio para revogar o Código Comercial ou o Código Civil no que diz respeito a relações jurídicas entre partes iguais, do ponto de vista econômico”.

7. COMPARATO, Fábio Konder. A proteção do consumidor: importante capítulo do direito econômico. *Revista de Direito Mercantil*. n. 15/16. p. 89-105, 1974, p. 90-91. Fica bastante nítida a influência que tal concepção teve sobre os partidários da corrente finalista.

8. Ver, sobretudo, as observações de PASQUALOTTO, Adalberto. O Código de Defesa do Consumidor em face do Código Civil de 2002. In: ____; PFEIFFER, Roberto Augusto

econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços". Nesse contexto, como regra geral, não seriam considerados consumidores aqueles que adquirissem produtos ou serviços no bojo de uma atividade econômica, já que, em tal caso, eles seriam considerados empresários.

2.1.2 Teoria maximalista ou objetiva

A teoria maximalista preconiza a ampliação do conceito de consumidor, motivo pelo qual recebeu tal denominação. Defende a tese de que a definição de consumidor adotada pelo art. 2.º do CDC possui um conteúdo objetivo, sendo, assim, indiferente se quem consome desenvolve ou não atividade econômica endereçada ao lucro.⁹ Portanto, o consumidor seria o *destinatário final fático* do produto ou do serviço, ou seja, aquele que o retira do mercado e o consome, ainda que no bojo de uma atividade produtiva.¹⁰

A teoria maximalista possui duas subcorrentes. A primeira (que é a mais extensiva de todas) postula que o Código de Defesa do Consumidor veio para regular todo o mercado de consumo e não apenas para proteger o consumidor não profissional e considera consumidor aquele que compra o produto como insumo de sua atividade.¹¹ Inclusive, tal vertente admite que o consumidor utilize o produto

Castellanos. *Código de Defesa do Consumidor e Código Civil de 2002: convergências e assimetrias*. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 131-152.

9. Claudia Lima Marques sintetiza bem os pilares de tal teoria: "(...) os maximalistas veem nas normas do CDC o novo regulamento do mercado de consumo brasileiro, e não normas orientadas para proteger somente o consumidor não profissional. O CDC seria um Código geral sobre o consumo, um Código para a sociedade de consumo, o qual institui normas e princípios para todos os agentes do mercado, os quais podem assumir os papéis ora de fornecedores, ora de consumidores. A definição do art. 2.º deve ser interpretada o mais extensamente possível, segundo esta corrente, para que as normas do CDC possam ser aplicadas a um número cada vez maior de relações no mercado. Consideram que a definição do art. 2.º é puramente objetiva, não importando se a pessoa física ou jurídica tem ou não fim de lucro quando adquire um produto ou utiliza um serviço. Destinatário final seria o destinatário fático do produto, aquele que retira do mercado e o utiliza, o consome, por exemplo, a fábrica de toalhas que compra algodão para transformar, a fábrica de celulose que compra carros para o transporte de visitantes, o advogado que compra uma máquina de escrever para seu escritório, ou mesmo o Estado quando adquire canetas para uso nas repartições e é, claro, a dona de casa que adquire produtos alimentícios para a família" (MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor...* cit., p. 254- 255).
10. Ver, a propósito, EFING, Antônio Carlos. *Contratos e procedimentos bancários à luz do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Ed. RT, 1999. p. 46 e ALMEIDA, João Batista de. *A proteção jurídica do consumidor*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 26-27.
11. Colhem-se da jurisprudência dois exemplos típicos de existência de consumo para a teoria maximalista. Destaco inicialmente trecho do seguinte julgado: "A expressão

ou serviço com finalidade profissional, desde que não proceda à sua revenda.¹² Em relação à aquisição de serviços, afora hipóteses mais remotas de aquisição em nome de outrem ou de repasse do serviço a terceiros, normalmente a empresa que contrata serviço é considerada consumidora pela teoria maximalista.¹³

No entanto, pode ser contraposto o argumento de não ser possível enquadrar como consumidor o agente econômico que adquire um produto como insumo, transformando-o para revenda. Em tal hipótese, a rigor, ele se enquadra na definição de fornecedor adotada pelo art. 3.º do CDC.

Na realidade, o campo em que a teoria maximalista mais prosperou foi o da segunda subcorrente, que entende haver relação de consumo nas situações em que um empreendedor de atividade econômica adquire um produto no bojo de seu empreendimento, não o utilizando para fins de transformação ou comercialização, mas apenas com finalidade instrumental. É o caso, por exemplo, de uma montadora de automóveis que adquire aparelhos de ar condicionado ou mobiliário para os seus escritórios. Nessa hipótese, ela não irá transformar ou revender os produtos, pois foram adquiridos de maneira instrumental, não sendo absolutamente imprescindíveis para o desenvolvimento de sua atividade econômica. Para a teoria maximalista haveria relação de consumo no exemplo dado, uma vez que o produto é retirado da escala de produção, sendo o seu adquirente o *destinatário fático* do produto, não o utilizando diretamente na sua atividade produtiva.¹⁴ Em tais casos os defensores da teoria argumentam que mesmo na hipótese do adquirente não

'destinatário final', constante da parte final do art. 2.º do CDC, 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" (STJ, REsp 208793, 3.ª T., rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJ 01.08.2000, p. 264, RDR, vol. 18, p. 337, RT, vol. 787, p. 202). Transcrevo, ainda, o seguinte trecho de outro acórdão do STJ: "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 art. 2.º do CDC" (STJ, REsp 445854, 3.ª T., rel. Min. Castro Filho, DJ 19.12.2003, p. 453 e RJADCOAS, vol. 54, p. 38).

12. ALMEIDA, João Batista. Op. cit., p. 40.

13. Constitui exemplo de tal orientação maximalista o seguinte acórdão do STJ: "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 Código de Defesa do Consumidor, deve ser afastada a cláusula que prevê o foro de eleição diverso do domicílio do consumidor" (STJ, REsp 488274, 3.ª T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 23.06.2003, p. 367; RDDP, vol. 6, p. 227; RJADCOAS, vol. 49, p. 119 e RSTJ, vol. 178, p. 268).

14. COELHO, Fábio Ulhoa. A compra e venda, os empresários e o Código de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*. n. 3. p. 36-43. São Paulo: Ed. RT, 1992.

possuir inferioridade econômica, normalmente não deterá a mesma capacidade técnica do fornecedor.¹⁵

2.1.3 Teoria finalista ampliada

Como já ressaltado, para a teoria finalista não há relação de consumo no caso de utilização instrumental do produto ou serviço adquirido por pessoa jurídica, que desenvolve atividade empresarial. Isso porque a empresa adquirente não será o destinatário econômico do bem ou serviço.

Assevere-se, no entanto, que diversos partidários da teoria finalista admitem a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a situações que envolvam profissionais modestos ou pequenas empresas, desde que não haja revenda ou transformação do produto ou serviço e esteja presente a nota de vulnerabilidade.

Portanto, a teoria finalista ampliada entende possível estender a aplicação do Código de Defesa do Consumidor a situações nas quais em um polo está o fornecedor e no outro um empresário que contrata em condição de vulnerabilidade.¹⁶

A ampliação da proteção do Código de Defesa do Consumidor é possível por intermédio de duas técnicas. A primeira dá-se através da extensão do próprio conceito de consumidor em sentido estrito estabelecido no seu art. 2.º, *caput*. A outra técnica consiste na utilização da figura do consumidor equiparado do art. 29.¹⁷ Nos dois casos, com fundamentos diversos, chega-se ao mesmo resultado: a extensão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao profissional ou empresa que é destinatário fático não econômico, mas apresenta, concretamente, vulnerabilidade em relação ao fornecedor.

Entendo que o modo mais coerente de estender tal aplicação dá-se através da figura do consumidor equiparado. Tal interpretação possui a vantagem de conceituar o consumidor em sentido estrito como sendo sempre o destinatário final econômico. Por outro lado, permite a extensão do Código de Defesa do Consumidor, por equiparação, à pessoa física ou jurídica que apresente vulnerabilidade na relação com o fornecedor, ainda que não seja o destinatário final econômico. A aplicação extensiva é harmônica com a matriz constitucional da proteção do consumidor, cujo objetivo, ao alçá-la à categoria de direito fundamental e princípio geral da ordem econômica, foi o de compensar a desigualdade na relação entre consumidor e fornecedor. Ademais, encontra amparo no art. 4.º, I, do CDC, que expressamente inclui o “reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no

15. NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano; SERRANO, Yolanda Alves Pinto de. *Código de Defesa do Consumidor interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 15.

16. MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do consumidor...* cit., *passim*.

17. PASQUALOTTO, Adalberto. Op. cit., p. 131-152.

mercado de consumo” como um dos princípios que regem a política nacional das relações de consumo.

No entanto, tal extensão deve ser utilizada com parcimônia, apenas de modo excepcional, sob pena de subverter os fundamentos da proteção do consumidor, sendo admissível somente nas situações em que fique concretamente demonstrada a vulnerabilidade do adquirente, a ponto de permitir a sua equiparação a um consumidor.

É necessária uma nota de esclarecimento quanto à questão da necessidade de provar, em concreto, a incidência de vulnerabilidade. A menção a tal prova tem suscitado crítica de partidários da doutrina maximalista.¹⁸ Não discordo que, efetivamente, a vulnerabilidade é intrínseca à relação de consumo e, assim, há uma presunção absoluta da vulnerabilidade do consumidor em sentido estrito. No entanto, tal presunção não pode ser estendida ao consumidor por equiparação, em especial ao empresário, já que distorceria as finalidades do Código de Defesa do Consumidor.

Desse modo, a comprovação da vulnerabilidade não é exigida do consumidor em sentido estrito, ou seja, aquele que adquire o produto ou serviço para satisfação de uma necessidade pessoal ou familiar, como destinatário final fático e econômico do bem. A exigência dá-se somente na hipótese de excepcionalmente estender-se a aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao empresário que adquirir produto ou serviço com finalidade instrumental (ou seja, não diretamente relacionada com a sua atividade empresarial) e mostrar-se, no caso concreto, vulnerável.

2.1.4 Evolução jurisprudencial

A análise da evolução jurisprudencial dos Tribunais Superiores permite concluir pela prevalência do acatamento da teoria finalista pelo Poder Judiciário, como é a seguir demonstrado.

O STF adotou de modo expresse a teoria finalista, em relevantíssimo precedente no qual julgou pedido de homologação de sentença estrangeira.¹⁹ Tratou-se do caso em que empresa brasileira dedicada à fabricação de toalhas firmou um contrato de importação de algodão com empresa irlandesa. Houve litígio entre as partes que foi resolvido por arbitragem, nos termos estipulados no contrato. A empresa irlandesa, que foi vencedora na arbitragem, ingressou com homologação da sentença arbitral junto ao STF a fim de posteriormente executá-lo. No

18. Por exemplo: KHOURI, Paulo Roque. *Direito do consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 47-48.

19. O julgamento foi objeto de inúmeros comentários, destacando-se o excelente artigo de MARQUES, Claudia Lima; TURKIENICZ, Eduardo. Caso “T” vs. “A”: em defesa da teoria finalista de interpretação do art. 2.º do CDC. *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 36. p. 221-240. São Paulo: Ed. RT, out.-dez. 2000.

entanto, a empresa brasileira contestou a homologação, sustentando a incidência das normas do Código de Defesa do Consumidor. Seu principal argumento foi o de que o laudo arbitral não seria válido, pois teria sido imposto por intermédio de contrato de adesão sem o devido destaque à respectiva cláusula.

O STF decidiu pela não incidência do Código de Defesa do Consumidor, por entender que no caso concreto inexistiu relação de consumo, já que o produto adquirido (algodão) era utilizado como insumo da atividade econômica da empresa adquirente (a fabricação de toalhas). A Suprema Corte do Brasil perfilhou-se, assim, à teoria finalista, no sentido de que é apenas consumidor o destinatário final econômico. Destaco, a propósito, o seguinte trecho da ementa do acórdão:

“Homologação de laudo arbitral estrangeiro. Requisitos formais: comprovação. Caução: desnecessidade. Incidência imediata da Lei 9.307/1996. Contrato de adesão: inexistência de características próprias. Inaplicação do Código de Defesa do Consumidor.

(...)

5. O Código de Proteção e Defesa do Consumidor, conforme dispõe seu art. 2.º, aplica-se somente a “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. Pedido de homologação deferido.”²⁰

O segundo precedente é o julgamento da ADIn 2591, em que o STF, ao julgar constitucional a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos serviços financeiros, ressaltou a importância do destino final econômico para a configuração da relação de consumo em tais serviços. Tal perspectiva fica clara ao se analisar o seguinte tópico da ementa do julgamento: “3. “Consumidor”, para os efeitos do Código de Defesa do Consumidor, é toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito”.²¹

20. STF, SEC 5847, Pleno, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 17.12.1999, p. 4, ement. vol. 01976-02, p. 236.

21. STF, EADIn 2591, Pleno, rel. Min. Eros Grau, DJ 13.04.2007, p. 83, ement. vol. 02271-01, p. 55. Cumpre transcrever o seguinte trecho do voto do Min. Eros Grau sobre o tema: “4. Também não resta dúvida no que tange à caracterização do cliente de instituição financeira como consumidor, para os fins do art. 170 da Constituição do Brasil. A relação entre banco e cliente é, nitidamente, uma relação de consumo. (...) O art. 2.º do Código diz que “consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final”. E o § 2.º do art. 3.º define como serviço “qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista”. Assim temos que, para os efeitos do Código do Consumidor, é “consumidor”, inquestionavelmente, toda pessoa física ou jurídica que utiliza, como destinatário final, atividade bancária, financeira e de crédito. Isso não apenas me parece, como efetivamente é, inquestionável. Por certo que as instituições financeiras estão, todas elas, sujeitas ao cumprimento das normas estatuídas pelo Código de Defesa do Consumidor”.

Já no STJ a matéria foi longamente discutida, tendo sido alvo de intensa controvérsia, havendo acórdãos que adotaram a teoria maximalista e outros que acataram a teoria finalista.²²

Inicialmente, 2.^a Seção do STJ uniformizou a jurisprudência no sentido da teoria maximalista.²³ No entanto, posteriormente tal entendimento foi modificado com o julgamento do RE 541867, o qual restou assim ementado:

“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”.²⁴

Assevere-se que o Superior Tribunal de Justiça, em diversos julgamentos posteriores ao precedente acima citado, vem adotando a teoria finalista ampliada. Com efeito, o STJ expressamente acata a tese de ser possível a aplicação extensiva do Código de Defesa do Consumidor à situação em que se mostre, no caso concreto, incidente situação de vulnerabilidade, ainda que haja atividade empresarial. Isso fica claro em julgados das duas Turmas que compõem a 2.^a Seção do STJ que se seguiram ao *leading case* acima destacado, como se observa da ementa abaixo transcrita de acórdão da 3.^a Turma:

“Direito civil. Consumidor. Agravo no recurso especial. Conceito de consumidor. Pessoa jurídica. Excepcionalidade. Não constatação.

22. Para uma análise mais detalhada das diversas interpretações jurisprudenciais ver: PASQUALOTTO, Adalberto. Op. cit., p. 131-152.

23. STJ, CC 41056, 2.^a Seção, rel. Min. Nancy Andrigli, DJ 20.09.2004, p. 181. Destaco a ementa do julgado:

“– 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”.

24. STJ, REsp 541867, 2.^a Seção, rel. para o acórdão: Ministro Barros Monteiro, DJ 16.05.2005, p. 227.

– A jurisprudência do STJ tem evoluído no sentido de somente admitir a aplicação do Código de Defesa do Consumidor 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.”²⁵

Destaco, ainda, a fundamentação acolhida na seguinte ementa de julgado da 4.^a Turma do STJ:

“1. No que tange à definição de consumidor, a 2.^a Seção desta Corte, ao julgar, aos 10.11.2004, o REsp 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. 2.^o do CDC. Denota-se, todavia, certo abrandamento na interpretação finalista, na medida em que se admite, excepcionalmente, a aplicação das normas do Código de Defesa do Consumidor a determinados consumidores profissionais, desde que demonstrada, in concreto, a vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica.

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.”²⁶

Como se pode observar, o STJ acata a doutrina finalista, considerando consumidor apenas aquele que adquire o produto ou serviço para o seu uso próprio ou familiar. Entende o Superior Tribunal de Justiça que não se caracteriza a relação de consumo nas hipóteses em que a aquisição do produto ou do serviço dá-se no desenvolvimento de uma atuação empresarial, pois, nesses casos, não incide a figura do destinatário final econômico.

No entanto, a jurisprudência do STJ admite também a teoria finalista ampliada, aplicando o Código de Defesa do Consumidor para situações em que, não

25. STJ, AgRg no REsp 687239, 3.^a T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 02.05.2006, p. 307. No mesmo sentido: STJ, REsp 476428, 3.^a T., rel. Min. Nancy Andrighi, DJ 09.05.2005, p. 390 e RSTJ, vol. 193, p. 336.

26. STJ, REsp 660026, 4.^a T., rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 27.06.2005, p. 409. Há, ainda, acórdão que esposou o mesmo entendimento em relação à empresa que consumia energia elétrica no seu processo produtivo: STJ, REsp 661145, 4.^a T., rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ 28.03.2005, p. 286.

obstante haja a aquisição do produto ou serviço no curso do desenvolvimento de uma atividade empresarial, esteja presente, no caso concreto, a nota de vulnerabilidade (art. 4.º, I, c/c os arts. 29, 17 e 2.º, parágrafo único, do CDC). Essa é a posição consagrada por parcela representativa da doutrina e que entendo ser a mais adequada.

2.1.5 *Concepção dominante sobre a definição de consumidor em sentido estrito*

Em síntese, é possível desenvolver o seguinte esquema para explicitar o entendimento predominante sobre a definição de consumidor expressa no Código de Defesa do Consumidor:

A. Sempre há relação de consumo quando a aquisição do produto ou serviço for para a satisfação de uma necessidade pessoal ou familiar do adquirente. Assim, incide relação de consumo caso tais aquisições não sejam efetivadas no bojo de uma atividade empresarial exercida pelo comprador. Nesse caso o consumidor será o *destinatário final econômico e fático* do serviço ou produto.

B. Por outro lado, não incidirá relação de consumo nas hipóteses em que o adquirente não for o destinatário final fático, como por exemplo, nas aquisições para fins de revenda ou transformação. Igualmente, não haverá relação de consumo caso a aquisição do serviço ou do produto ocorrer no bojo de uma atividade empresarial; ou, em outras palavras, a utilização do serviço ou produto for instrumental ao desenvolvimento de atividade empresarial. Isso ocorre, por exemplo, caso uma empresa contraia um empréstimo para ampliação da sua atividade ou adquira bens e serviços no bojo de sua atividade econômica (como por exemplo, material de escritório, computadores, aparelhos de ar-condicionado etc.).

B.1. No entanto, mesmo na hipótese de a aquisição do produto ou serviço ocorrer no exercício da atividade empresarial pode ser excepcionalmente aplicado o Código de Defesa do Consumidor caso esteja presente, em concreto, uma situação de vulnerabilidade (técnica, econômica ou jurídica) e tal aquisição não se dê para fins de revenda ou transformação. Nesse caso, a nota de vulnerabilidade permite a aplicação do Código ao consumidor equiparado (art. 4.º, I, c/c arts. 29, 17 e o parágrafo único, do art. 2.º do CDC).

2.1.6 *Consumidor equiparado*

No presente item serão analisadas as hipóteses de consumidor equiparado existentes em três normas do Código de Defesa do Consumidor (o parágrafo único do art. 2.º, o art. 17 e o art. 29).

2.1.6.1 Da coletividade que tenha intervindo na relação de consumo (art. 2.º, parágrafo único, do CDC)

O parágrafo único do art. 2.º do CDC dispõe: “Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo”.

Trata-se da concepção difusa e coletiva do consumidor. Assim, não se tutela apenas o consumidor individual que tenha adquirido o produto ou o serviço, mas também o consumidor em sua dimensão coletiva ou difusa, beneficiando, inclusive, os consumidores em potencial. Assim, a coletividade dos consumidores é formada por aqueles que efetiva ou potencialmente adquirem ou utilizam produto ou serviço como destinatários finais econômicos do bem.

A concepção difusa e coletiva reforça a disposição estabelecida no art. 81 do CDC de que “a defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo”. Isso fica claro na corrente jurisprudencial que entende que os entes legitimados pelo art. 82 do CDC podem propor ações coletivas caso o direito tutelado seja de titularidade de consumidores, como será ressaltado no Capítulo 5.

Aliás, a tutela do consumidor pelas normas de defesa da concorrência pauta-se pela perspectiva coletiva, pois o impacto das decisões dos órgãos de defesa da concorrência dá-se sobre a coletividade dos consumidores, não sendo analisados ou arbitrados conflitos em uma relação de consumo individual. Se a proteção coletiva no âmbito do Código de Defesa do Consumidor pressupõe a figura do consumidor tal como definido no *caput* do seu art. 2.º, entendo que a mesma perspectiva deve ser adotada pela legislação de defesa da concorrência.²⁷ O tema será aprofundado no item 2.2 do presente capítulo.

2.1.6.2 O terceiro atingido (bystander – art. 17 do CDC)

Outra hipótese de extensão do conceito de consumidor é a do art. 17 do CDC que para as finalidades da incidência das regras de responsabilidade civil equipara aos consumidores todas as vítimas de acidentes de consumo.

Tal norma permite aplicar o Código de Defesa do Consumidor àquele que, muito embora não tenha participado da relação de consumo, foi atingido por um acidente de consumo. Por exemplo, em um desastre de avião, os consumidores em sentido estrito seriam os passageiros, que são os usuários do serviço de transporte aéreo contratado. No entanto, o Código de Defesa do Consumidor permite, através da norma do art. 17, a extensão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a todos aqueles que sofreram um dano decorrente de um acidente de avião. Desse

27. Tal matéria será tratada no tópico 3 que trata do conceito unificado de consumidor.

modo, por meio de tal norma faz-se possível estender a aplicação do Código de Defesa do Consumidor aos proprietários de veículos ou imóveis que foram atingidos em decorrência da queda de um avião. Ademais, aplicam-se as disposições do Código de Defesa do Consumidor a todos os familiares das eventuais vítimas do acidente aéreo.

Tal norma vem sendo aplicada pela jurisprudência, tanto que o STJ, em importante precedente, estendeu a proteção do Código de Defesa do Consumidor a todas as pessoas, consumidoras em sentido estrito ou não, que tiveram danos em decorrência de explosão de loja de fogos de artifício.²⁸

2.1.6.3 O consumidor equiparado do art. 29 do CDC

O art. 29 do CDC é a norma por excelência para a efetivação da equiparação do empresário vulnerável. O dispositivo estabelece que: “Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

A norma permite, em primeiro lugar, a proteção do consumidor em potencial, ou seja, aquele que, muito embora não tenha concretamente estabelecido uma relação de consumo pode vir a fazê-lo²⁹ estando exposto a ser também uma vítima de práticas abusivas, de publicidade enganosa ou de outros abusos dos fornecedores.

Tal equiparação é importante para viabilizar a prevenção a lesões efetivadas contra direitos dos consumidores, principalmente no que concerne à repressão administrativa a práticas abusivas ou a propositura de ações (ou elaborações de termos de ajuste de conduta) para cessar práticas abusivas. Trata-se de equiparação que reforça a possibilidade de proteção preventiva e coletiva.

28. REsp181580, 3.ª T., Min. Castro Filho, DJ 22.03.2004, p. 292; RJADCOAS, vol. 55, p. 42 e RSTJ, vol. 180, p. 341. Transcrevo o seguinte trecho da ementa: “(...) II – Em consonância com o art. 17 do CDC, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas que, embora não tendo participado diretamente da relação de consumo, vêm a sofrer as consequências do evento danoso, dada a potencial gravidade que pode atingir o fato do produto ou do serviço, na modalidade vício de qualidade por insegurança”.

29. BOURGOGNIE, Thierry. Op. cit., p. 27. Destaco, a propósito, as seguintes observações do autor sobre a importância da tutela dos consumidores em potencial: “(...) nada justifica excluir os adquirentes não compradores de um bem ou de um serviço. Uma pessoa pode ter tomado contato com um bem ou serviço por múltiplas outras vias que a assinatura de um contrato de compra-venda individual ou empresarial, sem perder por isso a qualidade de consumidor; seja quando o fornecimento do bem venha acompanhado de um serviço (por exemplo, o uso de loção capilar por um cabeleireiro, a substituição de uma peça defeituosa por um técnico etc.)”.

A segunda perspectiva permitida pelo art. 29 do CDC é a extensão da aplicação do Código de Defesa do Consumidor a empresários que demonstrem serem vulneráveis no caso concreto estando expostos a práticas abusivas dos fornecedores, já que a norma é utilizada como fundamento da teoria finalista ampliada.

2.2 Conceito de consumidor na Lei 12.529/2011

A Lei 12.529/2011 faz referência ao consumidor em seu art. 1.º, *caput* (que inclui a defesa do consumidor entre os princípios constitucionais que orientam a aplicação da lei de defesa da concorrência); no art. 19, I (que inclui dentre as atribuições da Secretaria de Acompanhamento Econômico opinar sobre atos normativos de interesse dos consumidores); art. 38, III (que inclui a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa dos Consumidores entre as sanções por infração contra a ordem econômica); no art. 45, V (o qual estabelece que a lesão aos consumidores é uma circunstância agravante no cálculo da sanção aplicada por infração contra a ordem econômica); e no art. 88, § 6.º, II (dispositivo que trata da preservação dos interesses dos consumidores na análise de atos de concentração). Há, ainda, expressa menção à Lei 8.078/1990 (Código de Defesa do Consumidor) no art. 47 da Lei 12.529/2011, que estabelece os legitimados para a propositura de ação coletiva para reparação de danos ou cessação de prática infrativa, e no seu art. 115, que determina a aplicação subsidiária dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor aos processos administrativo e judicial nela previstos.³⁰

No entanto, em nenhuma de suas normas a lei de defesa da concorrência define o significado de consumidor. Tal circunstância leva à seguinte indagação: o conceito a ser esposado pelos aplicadores da Lei 12.529/2011, deve ser o mesmo que é adotado no âmbito das relações de consumo ou deve ser diferenciado?

Trata-se, aliás, de debate que ocorre no âmbito do direito comparado, uma vez que a maior parte das leis de defesa da concorrência que aludem aos interesses

30. A Lei 8.884/1994 estabelecia menções praticamente idênticas a consumidor nos seguintes artigos: 1.º, *caput* (que incluía a defesa do consumidor entre os princípios constitucionais que orientam a aplicação da lei de defesa da concorrência); no art. 24, III (que inclui a inscrição no Cadastro Nacional de Defesa dos Consumidores entre as sanções por infração contra a ordem econômica); no art. 27, VI (o qual estabelece que a lesão aos consumidores é uma circunstância agravante no cálculo da sanção aplicada por infração contra a ordem econômica); e no art. 54, § 1.º, II e § 2.º (dispositivos que tratam da preservação dos interesses dos consumidores na análise de atos de concentração). Há, ainda, expressa menção ao Código de Defesa do Consumidor no art. 29 da Lei 8.884/1994, que estabelece os legitimados para a propositura de ação coletiva para reparação de danos ou cessação de prática infrativa, bem como no art. 83 da mesma lei, que determina a aplicação subsidiária dos dispositivos do Código de Defesa do Consumidor aos processos administrativo e judicial nela previstos.

dos consumidores não o conceituam, gerando a dúvida sobre a aplicação da mesma definição existente na legislação de proteção específica dos consumidores.

É o caso, por exemplo, da Itália, que não traz o conceito de consumidor nas normas que tratam da proteção da concorrência. Diversos autores defendem a tese que a lei italiana de defesa da concorrência, ao empregar o termo consumidor não se refere apenas aos usuários finais, abarcando todos os adquirentes dos produtos ou serviços, o que compreenderia também os compradores intermediários industriais ou comerciais.³¹

Nos Estados Unidos também não há definição do termo consumidor para a finalidade da política de defesa da concorrência, não existindo uma definição seja nas leis de proteção da concorrência, seja nas normas administrativas que fixam as diretrizes de análise dos atos de concentração. Robert Lande, por exemplo, defende que o conceito pode ser tomado de forma ampliada, envolvendo também os adquirentes intermediários, diante da ausência de uma definição expressa nas normas de defesa da concorrência dos Estados Unidos. Entende, ademais, que efetivar a distinção traria excessiva complexidade na análise antitruste, pois demandaria a análise de cada caso concreto para verificar se os interesses dos consumidores finais foram atingidos.³²

No Brasil, justamente pela ausência de definição na lei de defesa da concorrência, a jurisprudência do Cade não possui um conceito unívoco de consumidor. Com efeito, na maioria dos julgados do Cade não se nota preocupação com o debate da definição de consumidor, havendo, no entanto, algumas exceções. Um caso em que houve tal investigação, com influência, inclusive, na delimitação da decisão final do Conselho, foi o julgamento da operação em que as empresas OPP Petroquímica S.A., Poliolefinas S.A. e Polisul Petroquímica S.A., realizaram acordo com a central fornecedora de matéria-prima (a Companhia Petroquímica do Sul – Copesul) para viabilizar a expansão da produção de eteno e propeno indispensáveis à fabricação de produtos de segunda geração.³³

31. CASSINIS, Paolo; FATTORI, Piero. *Disciplina antitrust, funzionamento del mercato e interessi dei consumatori*. In: ALPA, Guido; LEVI, Vana. *I diritti dei consumatori e degli utenti: un commento alle Leggi 30.7.1998 n. 281 e 24.11.2000 n. 340 e al decreto legislativo 23.4.2001 n. 224*. Milano: Giuffrè, 2001. p. 195. Ver, também: FRIGNANI, A.; PARDOLESSI, R.; PATTRONI GRIFFI, A.; UBERTAZZI, L.C. *Diritto Antitrust Italiano*. Bologna: Zanichelli, 1993. p. 415.

32. KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. *The Chicago School's foundation is flawed: antitrust protects consumers, not efficiency*. In: PITOFKY, Robert (ed.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. Antitrust*. Oxford: Oxford University, 2008. p. 103, nota de rodapé 92.

33. AC 54/99. Requerentes: OPP Petroquímica S.A., Poliolefinas S.A. e Polisul Petroquímica S.A. Relator: Conselheiro Antônio Fonseca. Conselheira designada para lavrar o acórdão:

A discussão central girou em torno de possíveis restrições que poderiam ocorrer no fornecimento da matéria prima necessária para a produção de derivados de eteno e propeno (a chamada segunda geração do polo petroquímico) para empresas não envolvidas no ato de concentração. Por maioria de votos, o Cade aprovou a operação com a condição de que durante a execução do projeto de expansão do polo petroquímico houvesse a oferta pública da matéria-prima disponibilizada no desgargamento, bem como sempre que se constatassem excedentes entre as quantidades já contratadas e consumo de cada planta. Foram ainda impostas diversas obrigações para as empresas, a serem disciplinadas através da celebração de um Termo de Compromisso de Desempenho.³⁴

No entanto, apesar de haver a preocupação com os integrantes da segunda geração que não faziam parte do grupo controlador do polo petroquímico, eles não foram tratados como consumidores. Houve debate sobre o tema entre o Conselheiro Relator originário, que chegou a denominá-los de consumidores, e a Conselheira designada para redigir o acórdão, cujo voto foi o condutor da decisão do Cade, a qual expressamente afastou a tese de que os integrantes da segunda geração pudessem ser considerados consumidores, uma vez que eles adquiriam os gases produzidos pela primeira geração como insumo da sua atividade empresarial, transformando a matéria-prima em outros produtos. Nesse caso prevaleceu a posição de que a definição de consumidor para os fins da aplicação da legislação antitruste equivale à acatada pela teoria finalista. Assim, o Plenário do Cade entendeu que o sujeito tutelado pela lei de defesa da concorrência é o destinatário econômico e fático do bem ou serviço. Reproduzo, a propósito, o seguinte trecho do voto:

“Discordo respeitosamente da extensão proposta pelo Relator do conceito de consumidor às empresas de 2.ª geração integrantes do polo. No meu entender, o inc. III do § 1.º do art. 54 da Lei não permite referência às empresas integradas do polo como consumidores, nem a identificação do interesse dessas empresas com o interesse dos consumidores. O inciso revela a preocupação do legislador com o problema mais geral que relaciona eficiência e bem-estar. Nesse sentido, proteger e estimular a concorrência significa não apenas promover a eficiência, mas assegurar que esta não se traduza exclusivamente em maiores lucros, mas também em mais e melhores produtos de menor custo e que em última instância beneficiam os consumidores finais.”³⁵

Conselheira Lucia Helena Salgado e Silva. Disponível em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?e142c252a3798dad8]. Acesso em: 31.10.2014.

34. O teor do Compromisso de Desempenho encontra-se disponível em [www.cade.gov.br/temp/D_D000000265381521.pdf]. Acesso em: 31.10.2014.

35. Disponível em: [www.cade.gov.br/Default.aspx?e15cb044c84cdd37c95ea276bc56d673c6]. Acesso em: 31.10.2014.

Ainda que o art. 54 da Lei 8.884/1994 tenha sido revogado, a discussão efetivada no precedente jurisprudencial do Cade não perdeu atualidade, uma vez que o art. 88, § 6.º, II, da Lei 12.529/2011, contém redação similar à estabelecida na norma revogada.³⁶

Outro caso em que o conceito de consumidor foi importante para o resultado final da decisão do Cade foi a condenação da Associação dos Hospitais do Estado de Sergipe – AHES e seus associados por impor tabela de preços para a contratação dos seus serviços.³⁷ Em sua defesa os representados alegaram que a tabela em questão foi prevista em acordo firmado com entidade representativa de planos de saúde que operam em sistema de autogestão (o Ciefas) e revestia-se da natureza de convenção coletiva de consumo, prevista no art. 107 do CDC.

Como já referido no item 1.4 do Capítulo 1, o Cade não se pronunciou sobre a eventual compatibilidade da convenção coletiva prevista no art. 107 do CDC com as normas constitucionais e legais de defesa da concorrência. Entendeu que seria desnecessária tal investigação por verificar que o acordo firmado não se revestia da natureza de uma convenção coletiva de consumo, uma vez que as operadoras de planos de saúde filiadas ao Ciefas não poderia ser considerado consumidoras, pois não eram as destinatárias finais dos serviços prestados pelos hospitais. Na realidade, elas eram intermediárias entre os hospitais e os pacientes que eram os efetivos destinatários finais dos serviços hospitalares.

No entanto, houve casos em que o Cade não seguiu o mesmo rigor metodológico na definição de consumidor. Por exemplo, no julgamento de ato de concentração entre as duas principais empresas que operavam a plataforma de SMS (*Short Messages Services*) no Brasil, o voto condutor considerou como consumidoras as empresas de telefonia que contratavam os serviços de SMS.³⁸ Resta claro que sequer

36. Com efeito, o art. 54, § 1.º, III estabelecia que o ato de concentração restritivo da concorrência deveria, para ser aprovado, apresentar, dentre outras condições: “os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro”. Já o art. 88, § 6.º, II, da Lei 12.529/2011 utiliza a seguinte expressão: “sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”. A distinção entre as duas normas será aprofundada no capítulo quarto do livro.

37. Processo Administrativo 08012.009987 de 1998-13. Relator: Conselheiro Thompson Andrade. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000061561091.pdf]. Acesso em: 31.10.2014.

38. AC 08012.008593/2002-03. Requerentes: CMG PLC e Lógica PLC. Conselheiro Relator: Fernando de Oliveira Marques. Disponível em: [www.cade.gov.br/temp/D_D000000010471670.pdf]. Acesso em: 1.º.11.2014 Ver, particularmente, as considerações às f. 8 do voto condutor, em que denomina as empresas adquirentes de consumidoras e destaca o poder de barganha que elas possuem, ressaltando que “na hipótese de tentativa de exercício de poder de mercado pelas empresas que comercializam plataformas SMS, as consumidoras tenderiam a reagir imediatamente”.

pela teoria maximalista tais empresas poderiam ser consideradas consumidoras, por não serem destinatárias finais fáticas do serviço, o qual é usufruído justamente pelos clientes de tais operadoras de telefonia. Neste caso, elas são meras intermediárias, revendendo o serviço adquirido aos consumidores finais. Tanto que outra passagem do mesmo voto menciona como consumidores os clientes das operadoras de telefonia, estes sim efetivamente os usuários finais do SMS.³⁹

Por outro lado, nota-se que na maior parte dos julgados do Cade que mencionam os consumidores não houve a preocupação de explicitar o seu conceito, embora o benefício que se buscou resguardar tenha sido efetivamente o do destinatário final.⁴⁰

2.3 Conceito unificado de consumidor

Não obstante o tema ser polêmico, a interpretação sistemática da Constituição Federal torna possível no Brasil a adoção de um conceito unificado de consumidor, tanto para os fins do Código de Defesa do Consumidor, como para a lei de proteção da concorrência. Esta interpretação é plausível por ser a mais condizente com a harmonização dos dispositivos constitucionais contidos nos incs. IV e V do art. 170 da CF. Com efeito, ao elevar tanto a livre concorrência como a defesa do consumidor à categoria de princípios gerais da ordem econômica, a Constituição privilegiou a sua aplicação coerente e harmônica. Neste contexto, nada melhor do que adotar uma única concepção de consumidor para evitar riscos de interpretações desencontradas.

Tal argumento é fortalecido pela circunstância de que a lei de defesa da concorrência em momento algum definiu o significado de consumidor. Assim, o seu conceito deve ser buscado no Código de Defesa do Consumidor, já que é a única norma legal que estipula uma definição de consumidor. Como a doutrina finalista é a teoria mais adotada pela doutrina e jurisprudência para o conceito de consumidor, entendo que ela deva ser acatada não somente para a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, mas também na execução da política de defesa da concorrência.

Um ponto que poderia suscitar maior controvérsia para a interpretação espositiva foi superado com a edição da Lei 12.529/2012.

39. Idem.

40. Ver, por exemplo: Ato de Concentração 83/96, Requerentes: Cia. Antarctica Paulista e Anheuser-Bush International Inc. Conselheira Relatora: Lucia Helena Salgado e Silva; AC 08012.001697/2002-89. Relator Conselheiro Thompson Almeida Andrade; AC 53500.029160/2004. Relator: Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado. AC 08012.001885/2007-11. Conselheiro Relator: Fernando de Magalhães Furlan. Em nenhum desses casos, cujo teor será analisado no Capítulo 4, houve a definição de consumidor, embora a preservação de seus interesses tenha sido mencionada como fundamento das restrições efetivadas nas operações.

A dicção do revogado art. 54, § 1.º, II, da Lei 8.884/1994 utilizava a expressão “consumidores ou destinatários finais”. Mesmo com tal redação restava claríssima a exclusão dos adquirentes intermediários (ou seja, aqueles que utilizam o produto ou serviço diretamente em sua atividade produtiva, revendendo-os, transformando-os ou os utilizando como insumo), os quais não estão compreendidos na categoria de consumidores, pois não são, em nenhuma hipótese, destinatários finais do produto ou serviço.

A dúvida que poderia ser suscitada é se haveria a possibilidade da proteção ser estendida também aos empresários que adquirem o produto ou serviço com finalidade instrumental, não os transformando ou revendendo, porém os utilizando no bojo do desenvolvimento da sua atividade econômica.

Ocorre que mesmo na redação adotada pelo revogado art. 54, § 1.º, II, da Lei 8.884/1994, a interpretação mais razoável era de que a expressão “usuários finais” fora utilizada como sinônimo de consumidor,⁴¹ sendo, aliás, a mesma expressão constante do art. 2.º do CDC, que trata do consumidor em sentido estrito, não havendo razão para uma interpretação extensiva.⁴²

Se a redação da Lei 8.884/1994, ainda podia dar margem a dúvidas, a dicção adotada na Lei 12.529/2011 encerra qualquer polêmica. Com efeito, o seu art. 88, § 6.º, utiliza apenas a expressão “consumidores”,⁴³ e, assim, o conceito deve ser necessariamente buscado no Código de Defesa do Consumidor o que, pelos fundamentos expostos, equivale apenas ao destinatário final econômico do bem ou serviço.

Assim, também na perspectiva da aplicação da lei de defesa da concorrência o consumidor deve ser considerado como o destinatário final fático e econômico

41. Foi, inclusive a interpretação que adotei em minha tese de doutorado, que deu origem ao presente livro e foi defendida antes da promulgação da Lei 12.529/2012. Ver: PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Defesa da concorrência e bem-estar do consumidor*. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2010.

42. O mesmo entendimento é partilhado por CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 231. Afirmo a autora que: “a lei foi clara ao referir a ‘consumidores ou usuários finais’, adotando sem dúvida o conceito instituído pelo Código de Defesa do Consumidor. Portanto, não se trata de tutelar interesses de pequenas empresas, distribuidores, varejistas ou concorrentes, participantes do processo produtivo. Apenas o benefício proporcionado ao consumidor, seja relativo a preços, qualidade, segurança ou mesmo variedade de produtos ou serviços, constitui fundamento de legalidade do ato”.

43. O art. 88, § 6.º, da Lei 12.529/2011 possibilita a autorização de atos que limitem a concorrência, desde que atinjam eficiências econômicas e “sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”. Como se pode observar, o dispositivo utiliza exclusivamente a expressão “consumidores”, sem se referir mais a “usuários finais”. O tema é aprofundado no Capítulo 4 do presente trabalho.

do bem ou serviço. Portanto, não podem ser considerados como consumidores os adquirentes de bens ou serviços que os revendem, transformam ou os utilizam como insumos em sua atividade produtiva. Tais agentes enquadram-se na categoria de fornecedores (art. 3.º do CDC) não podendo, assim, ser tratados como consumidores.

Igualmente, como regra geral, para as finalidades da política de defesa da concorrência não são considerados consumidores os adquirentes “instrumentais”, ou seja, aqueles que, mesmo sem a transformação direta do produto, o utilizam no desempenho de uma atividade empresarial, já que não são os destinatários finais econômicos do produto ou serviço.

Por outro lado, reveste-se de absoluta excepcionalidade a adoção, no âmbito da política de defesa da concorrência, do conceito finalista ampliado, o qual inclui também o empresário que seja destinatário final fático e apresente vulnerabilidade na sua relação de consumo. Ocorre que a extensão do conceito de consumidor ao empresário demanda uma análise da relação estabelecida com o fornecedor para verificar se no caso concreto há vulnerabilidade. Como na defesa da concorrência não ocorre adjudicação direta de direitos ao consumidor⁴⁴ não há necessidade (e sequer pertinência) para a análise da relação individual de consumo, já que a proteção efetivada através da legislação de defesa da concorrência é necessariamente coletiva. Assim, haveria ensejo para a ampliação do conceito apenas em hipóteses nas quais fosse evidente que a coletividade de adquirentes finais empresariais é vulnerável.

A adoção de um conceito único confere maior sistematicidade à tutela do bem-estar do consumidor pela política de defesa da concorrência. Ele deixa claro que não é qualquer “adquirente” que pode ser considerado consumidor e, assim, somente o agente econômico vulnerável deve ser sujeito de uma proteção especial.

As consequências práticas da adoção do conceito finalista não são tão radicais como inicialmente possam parecer, uma vez que normalmente haverá interesses de consumidores sendo atingidos. Assim, a regra será a presença de consumidores, sendo exceção a completa ausência de interesses dos usuários finais envolvidos em um ato de concentração ou em uma conduta. Desse modo, bastará à autoridade antitruste identificar, em abstrato, a inclusão da categoria de consumidores em sentido estrito dentro do universo de agentes econômicos atingidos pelos efeitos de uma conduta ou fusão, para que as normas que aludem a consumidor possam ser operadas, sendo desnecessária uma investigação aprofundada da natureza de todas as relações estabelecidas no mercado relevante atingido. Neste contexto, a adoção de um conceito unificado de consumidor não irá adicionar excessiva complexidade à análise antitruste.

44. Tal aspecto será aprofundado no capítulo 3.

Por exemplo, no âmbito do controle de atos de concentração, normalmente a intervenção da autoridade de defesa da concorrência que bloquear a fusão ou impor-lhe restrições acabará revertendo em benefício dos demais adquirentes, já que em regra não será possível cindir a decisão. Assim, a proibição ou a imposição de restrições ao ato de concentração para salvaguardar o bem-estar do consumidor em sentido estrito normalmente reverterá também em benefício dos demais adquirentes, pela indivisibilidade da decisão adotada (ou seja, em regra não será possível modular os efeitos da decisão em razão da espécie de “comprador” atingido).⁴⁵

Consequência prática mais intensa ocorrerá nos atos de concentração que envolvam produtos intermediários que são necessariamente transformados ou revendidos e cujos efeitos não possam atingir os consumidores finais (por exemplo, caso trate-se de matéria-prima empregada para fabricação de determinado bem e os empresários atingidos não tenham condições de repassar o aumento do preço para os produtos finais). Em tal caso efetivamente não poderão os adquirentes ter o mesmo tratamento conferido aos consumidores. No entanto, não serão muito numerosas as situações nas quais inexistam qualquer tipo de efeitos sobre os consumidores finais. Portanto, para contornar a suposta adição de complexidade, basta adotar a presunção (relativa) de que o interesse do consumidor final em sentido estrito está presente, afastando-a nas situações em que ficar patente e facilmente identificável que nenhum dos compradores do produto ou serviço que compõe o mercado relevante encaixa-se em tal categoria.

Hipótese ainda mais incisiva dá-se na análise do art. 45, V, da Lei 12.529/2011, que permite o agravamento da sanção pecuniária imposta por infração contra a ordem econômica nos casos em que houver lesão aos consumidores. Assim, para que o Cade possa aplicar a agravante, além da demonstração da ocorrência de lesão, faz-se imprescindível comprovar que dentre a categoria dos adquirentes prejudicados pela infração contra a ordem econômica incluem-se também os destinatários finais econômicos. No entanto, como a presença de consumidores em sentido estrito será a regra e não a exceção, tal ônus não adicionará excessiva complexidade à análise das autoridades de defesa da concorrência.

45. Tal raciocínio é válido, sobretudo, em relação aos produtos e serviços adquiridos pelos empresários vulneráveis que normalmente também são comprados pelos consumidores em sentido estrito. Assim eles também serão beneficiados pelas decisões que imponham restrições a atos de concentração com vistas a resguardar o bem-estar do consumidor em sentido estrito.