

**“O PARADOXO DA DEFESA DO CONSUMIDOR COMO FINALIDADE DAS  
POLÍTICAS DE CONCORRÊNCIA NO BRASIL - ÉGIDE DA LEI N. 8.884/94”**

**"LA PARADOJA DE LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES COMO  
FINALIDAD DE LAS POLÍTICAS DE COMPETENCIA EN BRASIL - AEGIS de la  
Ley N. 8884/94"**

Fabiano César Rebuzzi Guzzo<sup>1</sup>

**RESUMO:** O trabalho em apreço caminha na identificação da figura de zelo pelo bem estar do consumidor quando da ação Estatal ao implementar Políticas Concorrenciais, em especial, se a proteção do consumidor é ponto nevrálgico quando da repressão de práticas anticoncorrenciais estabelecidas em lei. Dentro da variedade de fins perseguidos pelas Políticas Concorrenciais, indaga-se qual seria o papel ocupado pelo ente consumerista, se, efetivamente, têm alguma posição de destaque. **PALAVRAS-CHAVE:** Política Estatal; Concorrência; Consumidor.

**RESUMEN:** La obra en cuestión entra en la identificación de la figura de celo por el bienestar del consumidor cuando la acción del Estado para implementar políticas de competencia, en particular, cuando la protección del consumidor es el punto crítico en que la represión de las prácticas anticompetitivas establecidas por la ley. Dentro de la gama de objetivos perseguidos por las políticas de competencia, se pregunta cual es el papel desempeñado por la entidad de consumo, si es que tienen un lugar destacado.

**PALABRAS CLAVE:** Política de Estado, la competencia, los consumidores.

**SUMÁRIO:** Introdução. 1 – Estudo da Lei n.º: 8.884/1994: 1.1 – Considerações Primárias e Sistematização da Análise. 1.2 – Concepções do Art. 1º - Princípios Constitucionais. 1.3 – Art. 20 e Art. 21 – Infrações Concorrenciais. 1.4 – Art. 54 – Atos de Concentração. 2 – Reflexões sobre a Lei 8.884/94. – Bibliografia

---

<sup>1</sup> Currículo: Mestre em Direito e Globalização, Especialista em Direito Público, Especialista em Docência Superior, Professor Assistente II da Universidade Federal de Ouro Preto, Professor Assistente da Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete, Professor Adjunto I da Universidade Presidente Antônio Carlos, Coordenador do NPJ/DEDIR/UFOP.

Dados: E-mail: [rebuzzi guzzo@hotmail.com](mailto:rebuzzi guzzo@hotmail.com); Tel: 31-88738631, 31-35591543, 31-35522334; Endereço: Rua Alvarenga, 686, Cabeças, Ouro Preto – MG, 35400.000

## Introdução

O século XX representa um dos períodos da humanidade com as mais profundas e sensíveis mudanças, sendo lembrado tanto pelos avanços científicos nas mais variadas searas do conhecimento, quanto pelas mazelas que assolaram o cotidiano mundano.

Olhando pelo prisma das conquistas, para um setor específico do conhecimento humano, mais precisamente para a Economia<sup>2</sup>, o referido século foi fundamental para difusão das concepções teóricas da atualidade.

Alguns episódios históricos como a Primeira e a Segunda Guerra Mundial, bem como, a Crise da Bolsa de Nova York representam o momento no qual o ideário de intervenção ou não do Estado na Economia passa por uma profunda reflexão, sendo revistos alguns conceitos do pensamento Liberal.

A concepção “Smithiana” pautada na não intervenção estatal no setor econômico, em uma ordem natural da economia, vinha definindo desde a segunda metade do século XIX, não conseguindo acompanhar as novas nuances do capitalismo industrial, principalmente, a realidade das concentrações empresariais, assim, não servindo mais como modelo econômico e encontrando seu declínio no início do século passado.

Portanto, é a partir século XX que o Estado<sup>3</sup>, passa a intervir diretamente na economia, tendo como escopo inicial proteger a coletividade em razão da crise que assolou o liberalismo econômico.

Contudo, esta nova concepção de maior participação Estatal na economia, de uma real ingerência no campo econômico, não se deu de forma repentina, pelo contrário, vislumbra-se um processo tênue, no qual, identificam-se momentos diferenciados do real papel adotado pelo Estado, ou seja, notam-se momentos de maior e menor influência.

Esclarecendo o pensamento supra, percebe-se em um primeiro momento<sup>4</sup>, o qual pode ser identificado nas décadas iniciais do século XX, que o Estado adota postura de regulador das atividades

---

<sup>2</sup> Para o Dicionário Aurélio Economia significa: “*Ciência que trata dos fenômenos relativos à produção, distribuição, acumulação e consumo dos bens materiais*”. Cf. FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Dicionário da Língua Portuguesa*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Editora Nova Fronteira, 1988, p. 234, verbete “Economia”.

<sup>3</sup> O pensamento de Gaspar Ariño Ortiz elucida as razões da intervenção estatal no setor econômico: “*A primeira razão da intervenção do Estado se situa no fracasso do mercado e na necessidade imperiosa de recriar o mercado. A intervenção teve por finalidade justamente garantir a livre competição no mercado, dando-lhe consistência. O Estado veio assumir tarefas que, sem a sua interferência, poderiam constituir-se em perturbadoras do funcionamento adequado do mercado; a existência de monopólios naturais, de estruturas de mercado não competitivas (monopólio de fato, abuso de posição dominante, distribuição assimétrica de informação.), bens públicos, externalidades. A segunda razão consiste nos critérios de equidade na distribuição. Ante a insuficiência dos puros e naturais critérios econômicos - capitalistas, torna-se necessária a intervenção estatal para se eliminarem as desigualdades. O Estado assume o compromisso de atuar na justiça distributiva, buscando uma justa distribuição da renda. Uma terceira razão, a que tem dado azo a críticas e servido de repulsa à crescente atuação do Estado no setor econômico, é a que consiste na obtenção rápida de determinados objetivos de política econômica e na luta contra o ciclo da economia. O Estado passa exercer a função empresarial com o fim de conseguir mais prontamente metas que só demoradamente seriam alcançadas pelos particulares.*” Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 276-277.

econômicas, a intervenção aparece como a saída imediata para sanar os problemas oriundos do Liberalismo econômico, a atuação do ente Estatal se dá, como mencionado, em função de se proteger a sociedade das novas realidades capitalistas.

Em um segundo momento<sup>5</sup>, melhor identificado na segunda metade do século em questão, o Estado passa a ter uma postura além de mero regulador da atividade econômica, sua presença se faz veementemente como ator na economia, adota uma posição de verdadeiro agente de mercado passando a competir com a iniciativa privada, sendo, também, um titular da liberdade de iniciativa.

Nesta fase o Estado assume, verdadeiramente, uma função empreendedora, acreditando ser possível gerar o desenvolvimento através da ação como agente econômico, muitas vezes utilizando-se do monopólio de setores estratégicos.

Por fim, em um terceiro momento<sup>6</sup>, melhor vivenciado a partir das décadas finais do século XX, já sob influências do processo de Globalização, bem como, do que se convencionou chamar de Neoliberalismo<sup>7</sup>, o Estado adota postura de retração, ou seja, recua, principalmente, em sua função de agente empreendedor no mercado.

---

<sup>4</sup> Este primeiro momento da intervenção Estatal no campo econômico pode ser identificado no ordenamento pátrio pela análise do Art. 135 da Constituição Federal de 1937, a seguir transcrito: “*Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado*”. Cf. PORTO, Walter Costa. *Coleção Constituições Brasileiras – 1937. Vol. IV*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 104. Tais concepções intervencionistas do Estado, também, são visualizadas na Constituição Federal de 1946, contudo, já apontando para a idéia de Estado ator econômico, mais tarde, consolidada com a Constituição Federal de 1967, conforme se nota da redação do Art. 146, a seguir reprisado: “*A União poderá, mediante lei especial, intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade. A intervenção terá por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados nesta Constituição*”. Cf. BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Coleção Constituições Brasileiras – 1946. Vol. V*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 103.

<sup>5</sup> Este segundo período da intervenção Estatal na seara econômica pode ser identificado no ordenamento nacional pela análise do Art. 163 da Constituição Federal de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº.: 01 de 17.10.1969, a seguir transcrito: “*São facultados a intervenção no domínio econômico e o monopólio de determinada indústria ou atividade, mediante lei federal, quando indispensável por motivo de segurança nacional ou para organizar setor que não possa ser desenvolvido com eficácia no regime de competição e liberdade de iniciativa, assegurados os direitos e garantias individuais*.” Cf. CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Coleção Constituições Brasileiras – 1967. Vol. VI*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 169.

<sup>6</sup> O terceiro momento da participação Estatal na economia pode ser identificado no sistema pátrio pela análise dos Art. (s) 173 e 174 da Constituição Federal de 1988, vejamos: “*Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.*” – “*Art. 174 – Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado*”. Cf. TÁCITO, Caio. *Coleção Constituições Brasileiras – 1988. Vol. VII*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001, p. 171-172.

<sup>7</sup> Sobre o pensamento Neoliberal das décadas finais do século XX, vejamos: “*Entretanto, já na década de 80 do século XX, o modelo intervencionista dava mostras de exaustão, gerando enormes déficits para os governos e recebendo críticas ácidas quanto à sua capacidade de fazer frente às necessidades econômicas. O período foi marcado pelas políticas de privatização da era Thatcher e pela “reaganomics” norte-americana. Foi nesse contexto que ressurgiram as teorias liberais na economia (o neoliberalismo), reivindicando uma retração do Estado, exigindo que ele deixasse de ser empresário e passasse a cuidar de necessidades básicas, como saúde e*

O descrédito e desconfiança, acarretados com o Estado empreendedor, redundam em uma situação de revisão do seu real papel na economia, ficando evidente tal conjectura com o global processo de privatização ou re-privatização de empresas.

Acrescenta-se que neste contexto, o qual reflete a realidade atual, o Estado volta-se mais para uma posição de normatizador da atividade econômica, tendo funções direcionadas para a fiscalização, fomento e incentivo, ocupando-se subsidiariamente da tarefa de atuar diretamente sob a economia como um agente.

Desta forma, o século XX representa a mudança radical na lógica da co-relação Estatal com o mercado, de uma posição de total absentéismo, o Estado passa a intervencionista, e, mais tarde, fica em situação intermediária, intervindo somente quando necessário.

Nesta conjectura histórica de real participação Estatal na seara econômica que surge o Direito Econômico<sup>8</sup> como um conjunto de meios jurídicos aptos a proporcionarem o efetivo direcionamento dos rumos da economia. Assim, em sua faceta intervencionista no campo econômico, o Estado, necessariamente, conta com um arcabouço jurídico para a efetivação dos seus objetivos.

Portanto, na visão contemporânea, diante de tamanhas e profundas mudanças na Economia, as quais estão, intimamente, entrelaçadas, com o desenvolvimento do sistema jurídico econômico, nasce, naturalmente, o ideário de Política Econômica<sup>9</sup>.

E a partir da identificação da noção de Política Econômica<sup>10</sup>, ato contínuo, é a visão de persecução de objetivos diversos através das mesmas, bem como, dos instrumentos utilizados pelo Estado para conquistar tais fins<sup>11</sup>.

---

*educação.*” Cf. AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006, p.56.

<sup>8</sup> Com relação ao conceito de Direito Econômico: “Direito Econômico é o ramo do Direito que tem por objeto a juridicização, ou seja, o tratamento jurídico da política econômica e, por sujeito, o agente que dela participe. Como tal, é o conjunto de normas de conteúdo econômico que assegura a defesa e harmonia dos interesses individuais e coletivos, de acordo com a ideologia adotada na ordem jurídica.” Cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. 5. ed., São Paulo: Editora LTr, 2003, p. 23.

<sup>9</sup> Sobre o conceito de Política Econômica: “*Do conceito de política, é a idéia de direção que mais nos interessa aqui, por que é a partir da idéia de direção que vamos derivar o conceito de política econômica como a decisão do Estado que se materializa por meio de um ato (pode ser uma ação, uma medida concreta, a edição de uma norma, ou mesmo uma decisão judicial) que tem por finalidade inculcar determinada direção às atividades econômicas*”. Cf. FLORENZANO, Vincenzo D. *Sistema Financeiro e Responsabilidade Social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito*. São Paulo: Texto Novo, 2004, p. 27.

<sup>10</sup> Ainda sobre o conceito de Política Econômica o pensamento de Jacques e Colette Nême: “[...] a política econômica pode ser entendida no sentido estrito de um conjunto de decisões relativas aos objetivos que um país ou um grupo de países se propõe a atingir, no domínio econômico, e relativas aos meios de os realizar. Mas este conceito só cobre uma parte do campo de ação da política econômica, referindo-se somente a seus objetivos próprios, conquanto ela seja frequentemente um instrumento a serviço de outros fins – sociais, políticos e militares.” Cf. FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 25.

<sup>11</sup> Com respeito ao desenvolvimento da Política Econômica: “*No desempenho dessa sua nova função de direção da economia, o Estado utiliza instrumentos jurídicos que lhe permitem ‘estabilizar, estimular e dirigir o rumo de sua economia sem apelar para a ditadura e substituir um sistema baseado na propriedade por um sistema de poder ostensivo’.* Esses instrumentos viabilizarão, mediante a direção do comportamento dos agentes

Dentro do leque instrumental utilizado pelo Estado em seu processo de ingerência, objetivando a efetivação de certas Políticas Públicas de natureza Econômica, notam-se recursos diversos como: medidas fiscais e financeiras; reservas de setores específicos da economia para a exploração exclusiva (monopólio estatal); iniciativa pública como agente de mercado; medidas concorrenciais, ações no setor monetário, comércio exterior, dentre outros, sempre, amparado em um arcabouço normativo.

Sendo que ganha destaque entre os mecanismos anteriormente citados, o Direito da Concorrência<sup>12</sup>, considerado por muitos estudiosos como importante e fundamental ferramenta Estatal, haja vista sua estreita relação com o mercado.

Desta feita, fala-se, atualmente em Direito Concorrencial como Instrumento de implantação de Políticas Estatais, sendo neste sentido as colocações de Forgioni (2005, p. 87):

Para nós, entretanto, importa notar que muitas vezes a atuação do Estado sobre a economia (“intervenção”) é efetuada mediante a utilização de uma norma destinada a tutelar a livre concorrência entre os agentes ou reprimir o abuso do poder econômico, ou seja, uma norma antitruste. Dentre as técnicas de organização dos mercados colocam-se, então, as normas destinadas a regular a concorrência entre os agentes econômicos e o abuso do poder econômico. Ora, vista sob esse novo ângulo, a análise contemporânea das normas antitruste não pode prescindir de sua consideração como uma técnica, como um instrumento de que lança mão o Estado para atuar determinada política pública.

Contudo, quando se pensa nos objetivos perseguidos ou almejados pelo Estado através de sua Política Econômica, ou mais precisamente, através das Políticas de Ordem Concorrencial, percebe-se que tais fins variam muito, identificando-se entre os mesmos a própria fomentação do mercado pelo incentivo da livre iniciativa; a eficiência econômica; a repressão ao abuso do poder econômico; a proteção do consumidor; o incentivo à pequena empresa; a proteção aos trabalhadores; o controle dos preços; otimização de recursos ou mesmo, o combate à inflação e o desenvolvimento da justiça, para ficarmos nos mais citados.

A pluralidade de objetivos das Políticas Concorrenciais<sup>13</sup> são bem compreendidos nas palavras do Diretor do Grupo de Ambiente Negocial do Departamento de Desenvolvimento do Setor Privado do Banco Mundial, Rughvir Shyam Khemani<sup>14</sup>, vejamos:

---

*econômicos, não apenas a preservação, mas a condução do mercado. Daí falarmos em técnicas de direção sobre o mercado, de que se utiliza o Estado em sua função de implementação de uma política pública”. Cf. FORGIONI, Paula A. Os Fundamentos do Antitruste. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 85.*

<sup>12</sup> Sobre o Conceito de Direito da Concorrência: “*Pode-se então conceituar que o Direito da Concorrência é o ramo do Direito Econômico cujo objeto é o tratamento jurídico da política econômica de defesa da concorrência, com normas a assegurara a proteção de interesses individuais e coletivos, em conformidade com a ideologia adotada no ordenamento jurídico*”. Cf. BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. São Paulo: Atlas, 2005, p. 121.

<sup>13</sup> Neste trabalho considera-se Política Concorrencial e Política Antitruste como sinônimos, contudo vale transcrever a seguinte consideração: “*Ruy Santacruz, em tese de doutorado, faz distinção entre política antitruste e política de defesa da concorrência. A primeira apresenta excessiva ênfase sobre o controle das estruturas de mercado e, mais especificamente, sobre o grau de concentração dos mercados, enquanto que a*

Esse panorama dos diferentes objetivos da política de concorrência indica que, na maioria das jurisdições, os propósitos básicos são manter e estimular a concorrência, com o intuito de promover a utilização eficiente dos recursos e, ao mesmo tempo, proteger a liberdade de atividade econômica dos vários participantes do mercado. A política de concorrência costuma ser interpretada como uma maneira de alcançar ou preservar uma série de outras finalidades, como: pluralismo, descentralização na tomada de decisões econômicas, prevenção dos abusos do poder econômico, promoção das pequenas empresas, justiça e equidade e outros valores sociopolíticos. Esses objetivos suplementares costumam variar nas diferentes jurisdições e no decorrer do tempo, refletindo a natureza e a capacidade de adaptação da política de concorrência, à medida que busca solucionar as preocupações atuais da sociedade, ao mesmo tempo em que permanece inflexível quanto aos seus intuítos básicos. A inclusão de múltiplos objetivos, no entanto, aumenta o risco de conflitos e da aplicação inconsistente da política de concorrência. Os interesses de diferentes participantes de mercado podem reduzir a independência das autoridades da política de concorrência, levar à intervenção política e ao comprometimento, destruindo um dos maiores benefícios do processo competitivo, qual seja, a eficiência econômica. Na maioria dos casos, os conflitos entre a eficiência e outros objetivos de política ou são insignificantes ou podem ser equacionados. Não obstante, a classificação e a importância atribuídas aos múltiplos propósitos da política de concorrência continuam sendo muito ambíguas e precisam ser definidas. Isso é necessário para garantir tanto a segurança das empresas quanto a responsabilidade da administração pública. (2003, p. 42-43)

No entanto, mais complexo que demonstrar os objetivos almejados pelo ente Estatal através de sua Política de Concorrência, é, rastrear dentro desta gama de metas, qual ocupa um papel de destaque.

Estabelecer o objetivo primordial do Direito Antitruste, identificar dentro de uma Política Econômica Estatal quais os principais fins perseguidos pelas Políticas Concorrenciais é matéria conflituosa, em que as posições teóricas divergem, estando longe de uma pacificação doutrinária, sendo que muitos teóricos da atualidade defendem a idéia que, tais objetivos, variam conforme o contexto histórico e a jurisdição.

Demonstrando preocupação quanto à complexidade do assunto são as considerações de Carpena (2006, p. 22-23), a seguir transcritas:

Maior e melhor expressão do Direito Econômico, o Direito da Concorrência se refere à chamada organização industrial. Disciplina formas de intervenção do Estado no domínio econômico, tendo por objeto garantir a competição entre empresas no mercado. Ou ainda, constitui o conjunto de regras jurídicas que disciplina a disputa travada no mercado, entre os agentes econômicos que buscam \_ concomitantemente \_ criar e manter clientes. Seus objetivos, como será visto adiante, não são rigorosamente definidos, divergindo a doutrina e a jurisprudência

---

*segunda tem maior ênfase no estímulo ao processo concorrencial, através do controle e repressão das condutas consideradas anticompetitivas.” Cf. GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 23-24.*

<sup>14</sup> Sobre o Autor: “*Antes de entrar para o Banco Mundial Rughvir Shyam Khemani cursou a Faculdade de Comércio e Administração de Empresas da Universidade de British Columbia, em Vancouver, Canadá. Ocupou várias posições seniores no Departamento de Concorrência do Canadá, inclusive as de principal economista e diretor de economia e questões internacionais. Participou dos trabalhos de duas Royal Comissions no Canadá e publicou e editou várias monografias, livros e artigos em jornais acadêmicos, sobre questões relacionadas à política da concorrência”.* Cf. ESTADOS UNIDOS, The World Bank; FRANÇA, OECD. *Diretrizes para Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência*. Tradução de Fabíola Moura e Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Editora Singular, 2003, p.26.

sobre qual interesse deve preponderar: o das pequenas empresas, o dos consumidores ou o do próprio mercado? A questão, longe de ser retórica, é altamente complexa, tendo em vista que estes interesses muitas vezes estarão em conflito e uma solução que atenda a um deles pode restringir os demais.

Desta feita, é justamente na discussão de qual seja o objetivo preponderante das Políticas Concorrenciais que se apresenta a problematização deste estudo. É na definição do objetivo principal das Políticas Concorrenciais Brasileiras que se foca o presente trabalho, sendo o mesmo, inicialmente, justificável, face à variedade de posições interpretativas do tema, por parte dos juristas nacionais.

Como dito, as posições teóricas pátrias divergem, demasiadamente, por todo o processo histórico de desenvolvimento das concepções concorrenciais, sendo que as linhas defendidas, quando levados em consideração os fins das Políticas Concorrenciais, restringem-se, basicamente, em proteção e fomentação do mercado, repressão ao abuso do poder econômico, proteção do consumidor, ou mesmo, proteção da coletividade como um todo.

Na linha de defesa do mercado como finalidade primordial das Políticas Concorrenciais podemos citar, a título de ilustração, a posição de Coelho (1995, p. 05):

A rigor, a legislação antitruste visa tutelar a própria estrutura do mercado. No sistema capitalista, a liberdade de iniciativa e de competição se relacionam com aspectos fundamentais da estrutura econômica com vistas a garantir o funcionamento do livre mercado. Claro que, ao zelar pelas estruturas fundamentais do sistema econômico de liberdade de mercado, o direito da concorrência acaba refletindo não apenas sobre os interesses dos empresários vitimados pelas práticas lesivas, como também os consumidores, trabalhadores e, através da geração de riquezas e aumento de tributos, os interesses da própria sociedade em geral.

Em sentido análogo, caminha a posição de Miron (2005, p. 212-213), em artigo comemorativo aos 10 (dez) anos da Lei 8.884/94, vejamos:

Entretanto, o principal interesse protegido pela legislação antitruste é a estrutura do mercado, não o consumidor. Este possui legislação específica em seu proveito, o Código de Defesa do Consumidor, que procura protegê-lo das mais diferentes formas, seja individual, seja coletivamente, buscando nivelar as relações contratuais e incentivando, inclusive, o caráter da cidadania nas relações de consumo. Na legislação antitruste, o objetivo principal é a regulamentação do mercado, sendo o consumidor considerado apenas de forma mediata, como critério nas considerações de práticas anticoncorrenciais. Nesse aspecto, nunca se pode perder de vista a noção de mercado, que é o verdadeiro objeto de tutela.

Na corrente dos defensores dos interesses da coletividade e do próprio mercado cabe mencionar o pensamento de Bruna (1997, p.169), conforme transcrição:

Deve-se ter em vista que a disciplina antitruste não é estabelecida em favor dos interesses individuais dos concorrentes, mas sim do interesse da sociedade como um todo. Não se destina essa modalidade de ação estatal à proteção de direitos individuais dos concorrentes, mas sim à preservação dos mecanismos de mercado. Trata-se, pois, de intervenção estatal em favor do capitalismo e não dos capitalistas.

Por outro lado, seguindo aqueles que defendem como primado concorrencial a proteção do consumidor, temos como exemplo inicial o pensamento de Comparato (1978, p. 481), que já defendia, tal idéia, na década de 70, observa-se:

No campo da legislação repressora do abuso de poder econômico nos mercados. O interesse do consumidor passou a constituir o seu máximo princípio diretor, acarretando alterações normativas de não pequena monta. Entendeu-se, assim, de lado, que a proibição absoluta de ajustes ou acordos entre empresas concorrentes pode conduzir a uma concorrência irracional e predatória, em prejuízo da estabilidade econômica das empresas e da qualidade do serviço prestado ao consumidor.

Mais recentemente, em dissertação de mestrado na linha de proteção ao consumidor, manifestou-se Glória (2003, p. 93): “A proteção do consumidor é o princípio básico do direito da concorrência, pois se não houver concorrência, não há uma efetiva defesa do consumidor. Em outras palavras, a empresa sem o consumidor não existe!”.

Em sentido conexo de raciocínio, menciona-se Figueiredo (2006, p. 118):

A fixação de políticas públicas para a defesa da concorrência e da liberdade de mercado denota que o exercício das liberdades individuais deve ser disciplinado de forma racional pelo Estado, de modo a garantir que o consumidor, parte hipossuficiente no ciclo econômico (produção, circulação e consumo), e o próprio Poder Público não fiquem a mercê de medidas arbitrárias impostas pelos agentes detentores de poder econômico.

Ainda no que tange à defesa do consumidor como prioridade dentro do contexto concorrencialista cabe trazer a baila, a concepção fundamentada no ordenamento pátrio em tese defendida por Heloisa Carpena, a qual tem sua sustentação e vinculação na Teoria da Soberania do Consumidor sobre o Mercado através do seu Direito de Escolha, concebida pelo Prof. Robert Lande da Universidade de Baltimore<sup>15</sup>, nos seguintes termos:

Sua proposta é definir cada área da lei, para delinear o limite entre elas, a fim de mostrar como elas interagem entre si e para mostrar como elas dão suporte definitivo uma a outra como dois componentes de uma unidade simples e geral.

<sup>15</sup> No original: “*Its purpose is to define each area of law, to delineate boundary between them, to show how they interact with each other, and to show how they ultimately support one another as the two components of a single overarching unity. That overarching unity is consumer choice. Antitrust and consumer protection law share a common purpose in that both are intended to facilitate the exercise of consumer sovereignty or effective consumer choice. Such consumer choice exists when two fundamental conditions are present: (1) there must be a range of consumer options made possible through competitions; and (2) consumers must be able to select freely among these options. The boundary between antitrust and consumer protection is best defined by reference to these two elements of consumer choice. The antitrust laws are intended to ensure that the marketplace remains competitive, so that meaningful range of options is made available to consumers, unimpaired by practices such as price fixing or anticompetitive mergers. The consumer protection laws are intended to ensure that consumers can select effectively from among those options with their critical faculties unimpaired by such violations as deception or the withholding of material information. Protection by both the antitrust and consumer protection is needed to ensure that a market economy can continue to operate effectively. (Robert H. Lande. Neil W. Averitt. Consumer choice: the practical reason for both antitrust and consumer protection law. Loyola Consumer Law Review, v. 10 n. 1, 1998, p. 44-62)*”. Cf. CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 260-261.

Essa unidade é a escolha do consumidor. As leis de proteção e de defesa do consumidor comungam de uma proposta comum na qual ambas pretendem facilitar o exercício da soberania ou a escolha efetiva do consumidor. Tal escolha do consumidor existe quando duas condições fundamentais estão presentes; (1) deve haver uma variedade de opções, para os consumidores, que se tornem possíveis através das Leis de Proteção e (2) os consumidores devem ser capazes de escolher livremente dentro dessas opções. O limite entre a defesa e a proteção do consumidor é melhor definido pela referência a esses dois elementos de escolha do consumidor. As leis de proteção ao consumidor pretendem assegurar que o mercado permaneça competitivo, assim essa variedade significativa de opções se torna disponível para os consumidores prejudicados por práticas tais como fixação de preço ou fusões não-competitivas. As leis de proteção ao consumidor pretendem assegurar que os consumidores possam escolher, efetivamente, dentro dessas opções, quando são prejudicados por violações como enganação ou a negação de material informativo. Tanto a proteção quanto a defesa do consumidor se faz necessária para assegurar que a economia de mercado possa continuar operando efetivamente.

Conforme Carpena (2006, p. 265 -266), o consumidor ocupa posição de destaque, pois a faculdade usufruída pelos mesmos de poder escolher no mercado, entre muitas opções, a que lhe melhor convém, faz dele um verdadeiro agente econômico, fazendo de sua soberania da escolha uma ferramenta de fomentação da concorrência, vejamos:

A defesa da concorrência encontra sua razão de ser na tutela do direito de escolha do consumidor, sem a qual a própria concorrência deixa de ser efetiva. A soberania do consumidor no mercado, ainda que possa parecer utópica, é um fim a ser perseguido, visando a garantia da dignidade da pessoa humana no seu escopo econômico. Soberania significa exercício de poder, tal como o poder titularizado pelas empresas produtoras, o poder de participar efetivamente nas decisões e no planejamento do mercado. Ao decidir de forma consciente, informada e livre o que deseja adquirir, o que é vantajoso em termos de preço, o que possui qualidade, o consumidor exerce sua soberania, deixando de se submeter ao poder dos fornecedores.

Desta forma, a importância do consumidor face ao mercado seria de tamanha monta, que sua atuação influenciaria as condutas como um todo, o que por certo, lhe alçaria a uma posição de destaque quando da fomentação e desenvolvimento das Políticas de Concorrência.

Vislumbra-se que no ordenamento pátrio não resta pacificado a matéria dos fins primordiais das Políticas de Concorrência, o que também acontece nos ordenamentos estrangeiros, contudo, a proteção do consumidor, ocupa papel destacado para alguns juristas e teóricos.

Assim, neste trabalho adotamos a premissa de ser o consumidor<sup>16</sup>, o ente central da Política Nacional de Concorrência, e, desta forma, se procura testar a hipótese sugerida. E para tal, se faz o estudo das Políticas Estaduais em matéria de Concorrência através da análise da norma jurídica que rege o ordenamento pátrio na atualidade.

---

<sup>16</sup> Identifica-se aqui o consumidor conforme conceituação do Código de Defesa do Consumidor: “Art. 2º - Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final. \_ Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.” Cf. BRASIL. *Código de Proteção e Defesa do Consumidor e Legislação Correlata*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2003, p. 03.

Ou seja, com o intuito de vislumbrar o ideário político em matéria de concorrência opta-se por fazer o estudo do atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sob a égide da Lei n.º: 8.884/94.

## **1. ESTUDO DA LEI N.º: 8.884/1994**

Neste item concentramos o estudo na atual legislação concorrencial brasileira, sendo que para uma melhor e detalhada apreciação opta-se por dividir a análise em tópicos específicos.

### **1.1 – Considerações Primárias e Sistematização da Análise.**

O atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência é pautado na Lei n.º: 8.884/94, sendo esta promulgada no então Governo do Presidente Itamar Franco, e, nascida, como, anteriormente, mencionado, em época de regresso às concepções econômicas liberais, em período de Neoliberalismo e Globalização.

Sendo resultado imediato do Projeto de Lei n.º: 3.712 – E de 1993, a presente legislação concorrencial nacional, buscou a fixação de novo modelo institucional que proporcionasse uma melhor ação governamental neste importante campo econômico.

O contexto histórico desta Lei é, justamente, o mesmo da celebrada Lei n.º: 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, onde o Estado permite a iniciativa privada impulsionar o desenvolvimento econômico, no qual o Estado deixa de ser amplamente intervencionista, passando a adotar postura, mais, regulamentadora e fiscalizadora, somente agindo diretamente sob a economia, quando houver relevante interesse coletivo.

Tal instituto normativo, veio em substituição à Lei n.º: 8.158/91, até, então, diploma pátrio em matéria concorrencial, bem como, reiterou princípios constitucionais em matéria econômica, surgidos com a Carta Magna de 1988.

Expondo sobre o momento temporal da norma, manifesta-se Cunha (2003, p. 134):

Neste contexto surge a Lei n. 8.158, já sob a égide da Constituição de 1988, procurando dar novo fôlego à repressão ao abuso do poder econômico. Apesar de tal iniciativa, não alcançou o resultado esperado. Para reestruturar todo o sistema de defesa da concorrência surge a Lei n. 8.884/94. Foi criada em momento extremamente crítico da economia nacional, no qual o Estado deixa, cada vez mais, de ser agente econômico, voltando-se apenas ao seu papel regulador da economia. As privatizações e as quebras de monopólio garantem à iniciativa privada, inclusive a empresas estrangeiras, acesso a setores até então reservados ao Estado. Apesar da forte pressão pela crescente desregulamentação, o Estado deve impor regras aos novos ramos da economia sujeitos aos particulares, provenientes da privatização e da quebra dos monopólios. A função regulatória adquire grande importância neste momento de diminuição da esfera pública e aumento da esfera privada.

Orientada por ditames constitucionais como liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa do consumidor e repressão ao abuso do poder econômico, a mencionada Lei divide-se em 09 (nove) títulos assim estruturados: Título I - Das Disposições Gerais; Título II - Do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE); Título III - Do Ministério Público Federal perante o CADE; Título IV - Da Secretaria de Direito Econômico (SDE); Título V - Das Infrações da Ordem Econômica; Título VI - Do Processo Administrativo; Título VII - Das Formas de Controle; Título VIII - Da Execução Judicial das Decisões do CADE e Título IX - Das Disposições Finais e Transitórias.

Tal normatização concorrencial, da mesma forma que o diploma consumerista pátrio, segue a idéia de micro-sistema jurídico, ou seja, um corpo legal menor, com particularidades e lógica próprias, caminhando em sentido diametralmente oposto às grandes codificações que abarcam toda a matéria de determinado ramo do Direito.

Feitas estas pontuações iniciais, volta-se para a apreciação do texto normativo da Lei n.º: 8.884/94 com vistas para a problemática proposta neste estudo, qual seja, saber se o atual ordenamento concorrencial brasileiro tem na pessoa do consumidor o ente central de proteção, saber se o bem estar do consumidor é um objetivo relevante defendido pelas Políticas Concorrências Brasileiras.

Neste sentido, a análise da Lei n.º: 8.884/94 pode ser feita através de uma sistemática já utilizada por juristas pátrios, mais, recentemente, em estudo do Procurador Federal Rafael Brum Miron, a qual divide o texto legal em 03 (três) núcleos ou focos de apreciação.

Os núcleos sistematizados para o estudo dividem-se conforme a seguinte ótica: em um primeiro momento se analisa o Art. 1º dentro de uma perspectiva dos Princípios Constitucionais, já que tal artigo traça as chamadas finalidades da Lei Concorrencial Brasileira, buscando, assim, vislumbrar a importância dada à proteção do consumidor.

Posteriormente, analisa-se o que se convencionou chamar de Infrações à Ordem Econômica através da identificação de pontos convergentes aos interesses consumeristas nos Art. (s) 20 e 21 da Lei n.º: 8.884/94.

E, por fim, o estudo concentra o foco na parte preventiva da legislação antitruste nacional, encabeçada pelo Art. 54, parte esta referente ao Controle dos Atos de Concentração, verificando, desta forma, menções aos consumidores nos dispositivos, e, se existem instrumentos de proteção que resguardam os seus interesses.

Não obstante a sistemática apresentada adiciona-se, ainda, o estudo de outros dispositivos legais da norma em contendo, como, por exemplo, os Art. (s) 24, 27, 29 e 83, os quais deixam entrever preocupação com a proteção dos interesses dos consumidores.

Frisa-se que o estudo destes dispositivos esparsos ganha importância quando percebemos que muitos dos artigos do microsistema concorrencial brasileiro possuem correlatos no Código de Defesa do Consumidor.

Nestes termos, feitas as considerações primárias, cabe executar o desenvolvimento da sistemática exposta.

## 1.2 – Concepções do Art. 1º - Princípios Constitucionais

Conforme estabelece o Título I, concernente às Disposições Gerais da Lei n.º: 8.884/94, mais especificamente, no Capítulo I – Da Finalidade, percebemos alguns ditames importantes, os quais podemos transcrever: liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Nota-se que o artigo inicial da Lei Brasileira reiterou importantes princípios constitucionais do Art. 170 da Constituição Federal de 1988, além de mencionar a repressão ao abuso de poder econômico, versado no Art. 173, § 4º da Carta Constitucional de 1988, este último, não sendo, propriamente, um princípio.

Visualiza-se mais, os brocardos estabelecidos são expostos conjuntamente, não deixando entrever entre os mesmos qualquer preponderância, ou mesmo, sobreposição que indique a primazia de um ditame, ou princípio, face ao outro.

Neste sentido, são claras as palavras de Carpena (2005, p. 228-229):

Os princípios são mencionados sem ordem de prioridade, e de forma um tanto atécnica, visto que a norma referiu também à 'repressão ao abuso do poder econômico' que não é princípio, antes constitui seu objeto. Tal como no art. 170 da CF, ao estabelecer os princípios constitucionais da ordem econômica, a norma da lei antitruste não cria qualquer precedência, sugerindo que o intérprete deva considerar todas essas finalidades como igualmente relevantes. Sua posição e conteúdo indicam que se trata de uma norma que pretende expressar os objetivos da aplicação da lei, conduzindo à interpretação teleológica.

O fato de existirem vários princípios constitucionais, ou melhor, ideais constitucionais dispostos em uma mesma relação de igualdade, não significa, propriamente, um problema, pois concepções como liberdade de iniciativa, ou mesmo, defesa do consumidor, possuem uma amplitude e importância, que a opção por um primado, não implica desrespeito ao outro. Todos são de grande valia podendo ter mensuração diversa, muitas vezes, conforme o caso concreto.

Tal ideário é bem identificado nos dizeres de Grau (2001, p. 95):

Ainda que fosse percebido algum conflito entre esses diversos princípios, dele não resultaria antinomia. Os princípios possuem uma dimensão de peso e importância que faz com que a opção por um não implique desobediência ao outro nem sua invalidade. Todos permanecem válidos, podendo, em outra oportunidade, ocorrer uma mensuração diversa da importância dos mesmos.

Assim, nos aparenta claro que valorizar de forma diferenciada os preceitos constantes do Art. 1º da Lei n.º: 8.884/94 é um equívoco, pois possuem particularidades e intuítos próprios, não indicando que o Legislador procurasse dar maior ênfase a um primado frente ao outro.

Contudo, restam dúvidas se tais ditames são realmente representativos dos objetivos centrais da norma Concorrencial em questão, ou, se denotam as prerrogativas que devam pautar toda a sistemática da interpretação e aplicação da lei.

Ou seja, a existência de múltiplos princípios na esfera do Art. 1º da Lei Antitruste Nacional, não representa, em si, que os mesmos sejam os objetivos centrais da legislação, ou mesmo das Políticas de Concorrência almejados por meio desta, mas que sejam primados orientadores das ações pautadas na norma em questão, os quais devem ser considerados.

Tal assertiva deve-se a uma finalidade maior da norma concorrencial em estudo defendida no próprio Art. 1º, Parágrafo Único, “*in verbis*”:

Parágrafo Único – A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.

Percebe-se que o próprio texto legal deixa a indicação de quem pretende focar, ou seja, a coletividade, o todo, o conjunto, não fazendo, menção, a qualquer ente diferenciado, não priorizando ninguém, dentro do contexto global.

Salientando-se uma forte ligação do disposto no Art. 1º, Parágrafo único da Lei n.º: 8.884/94, com o “*caput*” do Art. 170 da CF/88.

Nota-se que o interesse de proteção da coletividade dentro de uma perspectiva concorrencial nacional encontra-se inserido em um pensamento maior, em escala constitucional, que visa à proteção de todos em busca da existência digna, dentro de uma concepção de ordem econômica, ou melhor, de Política Econômica.

Neste diapasão, verificam-se dentro do primado da Ordem Econômica Brasileira os interesses da coletividade conforme idéias de justiça social, fazendo com que a norma infraconstitucional, também, siga a concepção de proteção coletiva.

Coadunando com tal ponderação, ensina Miron (2005, p. 213-214):

Assim, embora sejam inegáveis e desejáveis os benefícios aos consumidores decorrentes da sadia competição entre empresas, a legislação concorrencial visa à manutenção da estrutura do mercado, tutelando a livre concorrência em proveito da coletividade. Busca-se o desenvolvimento econômico e tecnológico em vista do bem-estar de toda a população. Em virtude disso, o parágrafo único do artigo 1º LA preceitua que coletividade é titular do interesse jurídico protegido naquele diploma.

Importante, aqui, entender a titularidade dos interesses da coletividade como interesse de toda a população, onde se incluem os empresários, os trabalhadores, os consumidores, ou seja, uma gama de entes que configuram a própria sociedade.

Desta forma, tudo indica que a coletividade seja a titular da Lei Antitruste Brasileira, e, principalmente, que os princípios ou ideais constitucionais consagrados em seu Art. 1º devam pautar toda a sistemática de sua interpretação e aplicação.

Assim, quando se interpretar ou aplicar o contexto introdutório da Lei n.º: 8.884/94 deve-se ter em mente que a mesma está alicerçada em ditames como liberdade de iniciativa, defesa do consumidor, função social da propriedade, livre concorrência, repressão ao abuso de poder econômico, o que de certo redundará em benefícios aos empresários, consumidores, trabalhadores, à sociedade em geral, ou seja, à coletividade.

Nestes termos, os consumidores ocupam posição de destaque no atual contexto legislativo brasileiro, pois, além de ser parte integrante da já mencionada coletividade, a defesa de seus interesses é princípio constitucional dentro da ordem econômica, bem como, ditame importante que deve ser respeitado e observado na norma infraconstitucional.

Contudo, ante a análise do Art. 1º da Lei n.º: 8.884/94, fica difícil colocar o consumidor como ente central e principal da tutela concorrencial nacional, o que por certo, vai em sentido contrário à hipótese proposta neste trabalho.

O estudo dos primados, constantes do texto inicial da Lei Concorrencial Brasileira, afastam a possibilidade de situar o consumidor como ente central das Políticas Concorrenciais Pátrias, no entanto, deixam entrever posição relevante que merece ser salientada.

### **1.3 – Art. 20 e Art. 21 – Infrações Concorrenciais.**

O estudo dos Art. (s) 20 e 21 da Lei n.º: 8.884/94, constantes do Título V - Das Infrações da Ordem Econômica, com o intuito de se vislumbrar o enfoque dado à proteção ao consumidor, passa, inicialmente, pela compreensão da dinâmica adotada pelo sistema pátrio quando da configuração de tais infrações.

Inicialmente, se faz prudente, compreender que a sistemática adotada por nós, é, de certa forma, híbrida, pois para se estabelecer a incidência de violações de natureza concorrencial, como aquelas descritas no Art. 21, são necessários alguns efeitos presentes no Art. 20, mesmo que não alcançados.

Desta maneira, somente se visualizarão as hipóteses lesivas à ordem econômica, conforme aquelas tipificadas no Art. 21 da Lei Nacional, na medida em que caracterizam algum resultado constante dos incisos I, II, III e IV do Art. 20 da mesma lei, o que faz concluir que as hipóteses do Art. 21 são exemplificativas, não se exaurindo naquele rol, sendo certo a possibilidade de outras, desde que acarretem ou possam acarretar os efeitos já mencionados.

Neste sentido manifesta-se Carpena (2005, p. 132):

A caracterização da infração á ordem econômica decorre da conjugação dos dois dispositivos da lei antitruste – arts. 20 e 21 – os quais são a expressão da coexistência dos princípios constitucionais da liberdade de iniciativa e da livre concorrência.

Feitos tais esclarecimentos, volta-se o estudo para o foco proposto, buscando analisar traços de proteção ao consumidor quando da matéria relativa às infrações à ordem econômica, inicialmente, no Art. 20, por representar a “espinha dorsal” da norma em contendo.

O referido artigo é de suma importância, na medida em que seus 04 (quatro) incisos colacionam ideais centrais como: fomento à livre iniciativa e livre concorrência, repressão ao domínio de mercado e ao abuso de posição dominante, bem como, repressão ao lucro arbitrário.

Dentre tais primados, especificamente, no inciso III do Art. 20, aparece certo direcionamento à proteção do consumidor, quando se veda o aumento arbitrário de lucros. Isto, pois não é crível que a repressão aos lucros abusivos possa incentivar a livre iniciativa e a concorrência, haja vista que os agentes de mercado caminham para onde a lucratividade cresce, e, não, ao contrário.

Sobre tal ponderação elucida Forgioni (2005, p. 279-280):

O inciso III do art. 20 da Lei Antitruste coíbe o aumento arbitrário de lucros do agente econômico, sem qualquer referência a eventual posição dominante por ele detida. Há de se notar que a repressão aos altos lucros, em princípio, não traz incentivo algum à concorrência ou à livre iniciativa, à medida que a possibilidade de sua aferição é um sinalizador para a concorrência potencial apto a aumentar o grau de competitividade do mercado relevante. Por óbvio, os altos lucros atraem agentes econômicos, incentivados que são pela possibilidade de ganhos. Costuma-se dizer que esses agentes estão prontos a alçar vôo, para entrar naquele setor da economia (*in the wings*). Onde há lucros, se não houver elevadas barreiras à entrada, a concorrência potencial tende a transforma-se em efetiva. Ora, se a repressão ao lucro arbitrário não vai ao encontro dos interesses do mercado, seria mesmo fechar-se em uma teórica torre de marfim não admitirmos que essa repressão visa, precipuamente, à proteção do consumidor. Desde há muito, encontram-se nos diplomas brasileiros antitruste, bem como, nas normas constitucionais, a repressão aos lucros arbitrários ou a preços excessivos correlatos ao abuso de poder econômico, tendo em vista a proteção da população dos consumidores.

Aqui, percebe-se, inquestionavelmente, que a repressão aos lucros abusivos acarreta vantagens aos consumidores, sendo que tal previsão se materializará quando da análise do caso concreto.

Contudo, tal estipulação legal não é suficiente para enquadrar como fim primordial da norma, no que tange às tipificações infrativas, o zelo pelo ente consumerista, isto, pois como acontece com o Art. 1º da Lei n.º: 8.884/94, onde se verificam diversos princípios a serem respeitados, não se podendo sobrepor um frente a outro, o Art. 20, também, apresenta em seus incisos várias concepções que devem ser cumpridas, não se podendo valorar uma mais que outra, pois são, identicamente, núcleos norteadores.

Ou seja, dentro da gama instrumental do Art. 20 da Lei n.º: 8.884/94 podem ser visualizados diversos interesses a serem protegidos, não havendo sobreposição de um frente a outro, sendo que na aplicação prática aos casos reais, poderá ocorrer certa elevação de algum interesse.

Frisa-se, no entanto, que se o Art. 20, III direciona-se para uma preponderância do consumidor dentro da norma, é plenamente possível que o mesmo também possa ser beneficiado quando da incidência dos demais incisos deste artigo. Porém há de se ressaltar que enquanto na repressão ao aumento dos lucros as vantagens são diretamente absorvidas, na defesa da livre concorrência e livre iniciativa, na repressão ao domínio de mercado, bem como, na repressão ao abuso do poder de mercado, as benesses aos destinatários finais de produtos e serviços é sentida indiretamente, como consequência lógica das medidas econômicas.

Agora, no que diz respeito às infrações constantes do Art. 21 da Lei n.º: 8.884/94, analisadas sob o foco de vinculação aos interesses próprios dos consumidores, cabe trazer, à luz, que alguns dos seus incisos possuem correlatos similares no Código de Defesa do Consumidor.

Ou melhor, podemos encontrar pontos de contato entre as previsões legais de ambos os microsistemas legais, o que por certo traz elementos que ressaltam o interesse Estatal na proteção consumerista.

Dentre tais, poderíamos citar o inciso XXIII do Art. 21 da Lei Antitruste, este relativo à venda casada, prática extremamente prejudicial aos consumidores, o qual possui previsão equivalente no Art. 39, I, do CDC (Código de Defesa do Consumidor), vejamos:

Art. 21 – As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

Art. 39 – É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

I – condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;

Outro dispositivo que merece ser mencionado é o inciso XXIV do Art. 21 da Lei da Concorrência Brasileira, referente aos preços abusivos, o qual possui similar no Art. 39, X do CDC (Código de Defesa do Consumidor), “*verbis*”:

Art. 21 – (...)

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

Art. 39 – (...)

X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços;

Por fim, vale relacionar os incisos, XIII e XXII do Art. 21 do diploma concorrencial, concernente à retenção injustificada de bens, ou mesmo, recusa de venda, e, seus correlatos no Art. 39, II e IX do CDC (Código de Defesa do Consumidor), “*verbis*”:

Art. 21 – (...)

XIII – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;

XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

Art. 39 – (...)

II – recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades de estoque, e, ainda, de conformidade com os usos e costume;

IX – recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento, ressalvados os casos de intermediação regulados em lei especiais;

Salienta-se aqui que a redação dos incisos IX e X do Art. 39 do CDC (Código de Defesa do Consumidor) foi dada por força da previsão constante do Art. 87 da Lei n.º: 8.884/94.

Nos casos mencionados, seja a venda casada, o aumento de preços, ou mesmo, na retenção de bens, o interesse protegido é sem dúvidas o do consumidor, sendo a correlação dos dispositivos concorrenciais com os consumeristas a prova cabal de tutela do bem estar do consumidor dentro de uma perspectiva de Política Concorrencial.

Não obstante, percebem-se, ainda, fortes traços de repressão aos Cartéis no Art. 21 sob análise, sendo estes, prática abominável que atinge diretamente aos interesses dos consumidores, vejamos:

Art. 21 – (...)

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;

Novamente, cabe trazer a baila, o posicionamento de Miron (2005, p. 225), conforme transcrição:

Todas as condutas previstas nos incisos I, II, III, VIII, X referem-se a acordos visando a condutas uniformes, correspondendo à formação de cartéis. Na maior parte dos casos, esse tipo de acordo tem por intuito harmonizar os preços existentes ou evitar gastos em tecnologia na melhora dos produtos. Quando isso acontece, sua repressão objetiva diretamente os interesses dos consumidores. Se o objetivo é o aumento da margem de lucros, não há prejuízo a livre concorrência, mas apenas aos consumidores, o que evidencia, novamente, uma preocupação do Direito da Concorrência com a tutela dos interesses dos consumidores.

Ante ao exposto, percebe-se que é real o zelo pela defesa dos interesses dos consumidores quando da análise dos referidos incisos do Art. 21 da Lei n.º: 8.884/94, o que demonstra preocupação do legislador com este agente do mercado.

Contudo, o próprio Art. 21 suscitado, demonstra outras preocupações em seus demais incisos, que não o consumidor, sendo a tutela da livre concorrência e da livre iniciativa outros aspectos que merecem ser destacados.

Percebe-se que a repressão às práticas como: criação de dificuldades aos concorrentes (Inciso V), impedimento ao acesso a insumos por concorrentes (Inciso VI), exigir ou conceder exclusividade (Inciso VII), dentre outras, visam à manutenção da própria livre concorrência, da liberdade do mercado, podendo, até, trazer benesses aos consumidores, mas de forma indireta.

Ou seja, a tônica de manutenção do ambiente concorrencial sadio pautada na Constituição Federal de 1988, bem como, na Lei n.º: 8.158/91, também subsiste no ordenamento atual quando das matérias infracionais, procurando-se dar maior liberdade aos agentes econômicos.

Assim, da mesma forma que o Art. 20 supra-mencionado, não se pode afirmar que o Art. 21 traz, exclusivamente, o ideal de proteção do consumidor sob a ótica das Políticas Concorrenciais, pois o dispositivo almeja proteger fins diversos e variados.

Desta forma, pode-se concluir que dentro da previsão normativa em questão, a matéria concernente às infrações concorrenciais elencadas nos Art. (s) 20 e 21, em muito, destaca o fim de proteção do consumidor, chegando a ocupar papel reluzente, porém seria precipitado e incoerente afirmar que o consumidor é o ponto central de proteção, haja vista, como já mencionado, existirem muitos interesses em zelo na matéria.

Sendo certo que a preservação do ente consumidor poderá ocupar papel, ora mais destacado, quando da aplicação legal ao caso concreto.

#### 1.4 – Art. 54 – Atos de Concentração.

A concentração de empresas é medida típica da economia de mercado, sendo um reflexo natural da busca lucrativa, onde o aumento patrimonial pela junção de forças de dois ou mais agentes econômicos pode redundar em diminuição de custos e aumento da produtividade.

A princípio, podem-se verificar as concentrações no plano horizontal e vertical, sendo que nos acordos horizontais nota-se o envolvimento dos agentes econômicos atuantes em um mesmo mercado, ou seja, em relação direta de concorrência, enquanto nos acordos verticais, os agentes desenvolvem atividades em mercados distintos, indiretos.

Suas conseqüências apresentam muitas variantes, o que gera a necessidade de um estudo pormenorizado sobre suas implicações, pontuando-se os aspectos positivos e negativos, antes de uma definição final pela aprovação, ou não, do ato de concentração.

Sobre o assunto manifesta-se Miron (2005, p. 226), conforme a seguinte referência:

A concentração empresarial, via de regra, causa prejuízos aos consumidores. Na medida em acarreta a saída de um ou mais agentes econômicos do mercado, reduz as possibilidades de escolha aos consumidores, além de facilitar a cartelização e a busca de condutas uniformes pelas demais empresas. Existem traços positivos, contudo que não devem ser desprezados. A criação do poder econômico privado acarreta maior capacidade de investir em tecnologia, redução dos riscos decorrentes de flutuações conjunturais, maior economicidade na produção e distribuição, entre outros fatores. Isso fez com que inúmeras legislações desenvolvessem formas de admitir a concentração, desde que respeitados alguns requisitos. Fala-se então em admissibilidade dos atos que limitam a concorrência.

Percebe-se, assim, como já frisado, que a aprovação das Concentrações Empresariais são pautadas na observação dos benefícios oriundos das mesmas, no contraponto entre vantagens e desvantagens aos agentes econômicos envolvidos direta ou indiretamente.

Neste sentido, explana Glória (2003, p. 90):

Deste modo, verifica-se que o legislador brasileiro adotou, a exemplo francês, o sistema do balanço econômico. Em outras palavras, será autorizada uma concentração se esta proporcionar vantagens econômicas e sociais (denominadas na economia por eficiências econômicas) suficientes para compensar os efeitos nocivos à concorrência.

Desta forma, por meio da análise econômica das concentrações empresariais, ou melhor, do estudo da norma concorrencial restrita a tal matéria, podemos identificar alguns importantes fins almejados pela Política Estatal.

Neste sentido a matéria foi posta no ordenamento brasileiro através do Título VII da Lei 8.884/94 – Das Formas de Controle, em especial no Capítulo I – Do Controle de Atos e Contratos.

Neste Título ganha enfoque destacado o Art. 54, o qual já em seu “*caput*” demonstra uma preocupação das recentes Políticas Concorrenciais Nacionais que é, justamente, proteger a Livre Concorrência e reprimir o Domínio de Mercado.

Ou seja, a preocupação das modernas normatizações com a preservação do próprio ambiente concorrencial é uma meta que permeia o Controle de Concentrações no atual ordenamento brasileiro, plenamente justificável face à continuidade das linhas de pensamento entre as Leis n.º: 8.158/91 e n.º: 8.884/94, ambas sob a égide dos primados da Constituição Federal de 1988.

Por outro lado, o intuito em se proteger os consumidores também é estabelecido no mencionado Art. 54, em especial no seu § 1º, quando se vislumbram as condições para um ato de concentração ser aprovado, “*in verbis*”:

§ 1º - O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o *caput*, desde que atenda as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

- a) aumentar a produtividade;
- b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
- c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados;

Nota-se, que a fomentação da eficiência e da melhoria dos bens e serviços constantes do inciso I, bem como, a distribuição equitativa de benefícios entre as empresas e os consumidores e usuários finais de produtos constantes do inciso II, são preocupações que refletem, inquestionavelmente, vantagens aos consumeristas.

Não obstante, necessário se faz mencionar certa flexibilidade das condições expostas nos incisos I, II, III e IV do § 1º do Art. 54, desde que não acarretem prejuízos aos consumidores, o que consolida a preocupação do legislador com este ente, conforme disposto no Art. 54, § 2º, vejamos:

§ 2º - Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderante da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.

Desta maneira, visualizam-se nos §§ 1º e 2º do Art. 54 que a figura do consumidor merece proteção dentro de uma perspectiva de Política Concorrencial, sendo esclarecedoras as palavras de Miron (2005, p. 231), novamente, transcritas:

Da análise feita se percebe que os interesses dos consumidores possuem um significativo papel no controle dos atos de concentração. Quando se busca eficiência econômica, maximizam-se os interesses dos mesmos. Além disso, no julgamento de um ato de concentração que possa limitar a concorrência, a sua aprovação impõe benefícios ao consumidor. Apenas em último caso, havendo motivo preponderante de economia nacional ou do bem comum é que o consumidor não terá benefícios diretos, mas também não deverá sofrer prejuízos. Verifica-se assim que existe clara preocupação com a tutela dos interesses dos consumidores no controle dos atos de concentração.

Contudo, deve-se analisar com ressalvas a preocupação do legislador em proteger o consumidor quando da análise de concentrações, pois, ao que parece o fim primordial visado com tal Controle das Concentrações Empresarias seria zelar pelas próprias estruturas do mercado, reprimindo-se qualquer violação à livre concorrência, ou seja, a Política Concorrencial, em questão, caminha no sentido de um ambiente de concorrência sadio, sendo que, indubitavelmente, os interesses dos consumeristas são analisados e protegidos dentro do prisma das vantagens e prejuízos do ato.

Assim, na parte relativa ao controle preventivo das infrações concorrenciais, estabelecida no Art. 54 da Lei n.º: 8.884/94 seria demasiadamente perigoso afirmar, categoricamente, ser a proteção do consumidor o objetivo principal da norma, haja vista um interesse maior que é proteger o próprio mercado.

## **2. REFLEXÕES SOBRE A LEI 8.884/94**

Como visto, a Lei n.º: 8.884/94 insere-se nas concepções atuais de Política Econômica pautadas em primados de maior liberalidade na economia, estas já consubstanciadas no ordenamento pátrio por meio da Constituição Federal de 1988, bem como, pela legislação antitruste precedente.

Tais premissas de Política Estatal no campo da concorrência sugerem para uma menor posição intervencionista dos governos, almejando-se uma economia equilibrada, onde as forças dos agentes se equivalem e pautam-se na liberdade de iniciativa, no qual a norma visa, precipuamente, coibir as ações ou efeitos danosos ao mercado sadio.

Neste contexto, é perceptível que o consumidor ocupa uma posição de relevo quando da análise do atual corpo legal antitruste brasileiro, seja quando o foco do estudo se atém aos primados constitucionais constantes da norma infraconstitucional, ou mesmo, quando do vislumbre da repressão aos atos infracionais, até quando, da análise preventiva das condutas concentracionistas.

Mesmo havendo vários brocardos constitucionais que orientam a norma em apreço, mesmo existindo inúmeras tipificações legais concernentes à concorrência, mesmo identificando fins diversos quando do controle das concentrações, é certo o zelo pelos interesses dos consumidores.

Ou melhor, em toda a estrutura da norma concorrencial em vigor encontram-se traços de proteção aos destinatários finais de produtos ou serviços, muitas vezes depara-se como uma similaridade incontestável de dispositivos entre o sistema legal antitruste e consumerista demonstrando a proximidade das Políticas de Estado.

Em várias ocasiões podemos identificar o consumidor na condição de beneficiado indireto pelas preocupações constantes do texto normativo, outras vezes, na posição de agente econômico diretamente protegido, variando o foco em tal ente, muito em função da aplicação legal ao caso concreto.

Olhando pelo ponto de vista da evolução histórica da legislação concorrencial nacional, percebe-se, sem dúvidas, que tal texto normativo representa uma maior sobreposição dos interesses consumeristas. Na legislação atual há uma natural elevação desta categoria conforme primados internacionais.

Contudo, deve-se pontuar com ressalvas a preocupação do legislador em proteger o consumidor quando do estudo das Políticas de Concorrência sob a égide da Lei n.º: 8.884/94, pois, ao que parece o fim primordial visado seria zelar pelas próprias estruturas do mercado em prol da coletividade, e, não, o fim principal focado na defesa do consumidor.

## BIBLIOGRAFIA

AGUILLAR, Fernando Herren. *Direito Econômico: Do Direito Nacional ao Direito Supranacional*. São Paulo: Atlas, 2006.

BAGNOLI, Vicente. *Direito Econômico*. São Paulo: Atlas, 2005.

BALEEIRO, Aliomar; SOBRINHO, Barbosa Lima. *Coleção Constituições Brasileiras – 1946. Vol. V*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei n.º: 8.884 de 11 de Junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 11 jun. 1994.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão; BRITO, Luiz Navarro de; BALEEIRO, Aliomar. *Coleção Constituições Brasileiras – 1967. Vol. VI*. Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

CARPENA, Heloisa. *O consumidor no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Direito antitruste brasileiro: comentários à Lei n. 8884/94*. São Paulo: Saraiva, 1995.

COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. *Direito Econômico. Coleção Didática Jurídica*. São Paulo: MP Editora, 2006.

FILHO, Calixto Salomão. *Direito Concorrencial – as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FLORENZANO, Vincenzo Demetrio. *Sistema Financeiro e Responsabilidade Social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito*. São Paulo: Texto Novo, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Lei de Proteção da Concorrência – Comentários à Legislação Antitruste*. 3. ed., Revista e Atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

GLÓRIA, Daniel Firmato de Almeida. *A Livre Concorrência como Garantia do Consumidor*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Princípio da livre concorrência: função regulamentar e função normativa*. Revista Trimestral de Direito Público, n. 4, São Paulo, 1993.

KHEMANI, Rughvir Shyam. *Objetivos da Política de Concorrência*. In: Estados Unidos. The World Bank; FRANÇA. OECD. *Diretrizes para Elaboração e Implementação de Política de Defesa da Concorrência*. Tradução de Fabíola Moura e Priscila Akemi Beltrame. São Paulo: Editora Singular, 2003.

MIRON, Rafael Brum. *O Direito da Concorrência como Instrumento de Defesa do Consumidor*. In: ROCHA, João Carlos de Carvalho; MOURA JÚNIOR, Flávio Paixão de; DOBROWOLSKI, Samantha Chantal; SOUZA, Zani Tobias de. (Orgs.). *Lei Antitruste – 10 anos de combate ao abuso de poder econômico*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

PORTO, Walter Costa. *Coleção Constituições Brasileiras – 1937. Vol. IV.* Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.

SILVA, Américo Luís Martins da. *Introdução ao Direito Econômico.* Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Primeiras Linhas de Direito Econômico.* 5. ed., São Paulo: Editora LTr, 2003.

TÁCITO, Caio. *Coleção Constituições Brasileiras – 1988. Vol. VII.* Brasília: Senado Federal e Ministério da Ciência e Tecnologia, Centro de Estudos Estratégicos, 2001.