

01

2013 - Maio

Revista de Defesa da Concorrência

PUBLICAÇÃO OFICIAL



Venda casada: é necessária a dúplice repressão?

Daniela Copetti Cravo¹

RESUMO

O maior exemplo de conduta que realça a interface entre Defesa do Consumidor e da Concorrência é o abuso de posição dominante, que tem como uma das suas principais manifestações a venda casada (*tying* ou *vente liée*). Além de representar danos à livre concorrência e, por conseguinte, estar tipificada como uma infração à ordem econômica na Lei de Concorrência, a venda casada constitui uma falha interna na relação de consumo, razão pela qual é capitulada como uma prática abusiva no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Assim, o mesmo fato – tendo em vista essa dupla capitulação - é reprimido tanto pela esfera do consumidor, quanto pela da concorrência. Diante desse contexto, o presente estudo visa a responder às seguintes indagações: o modelo adotado seria o que gera mais benefícios ao consumidor? Caso se conclua pela necessidade da dúplice repressão, como a política da concorrência e a do consumidor deverão ser coordenadas e harmonizadas, a fim de que resultados mais efetivos no que toca ao bem-estar do consumidor possam ser atingidos?

Palavras-chave: Venda Casada, Dúplice Repressão, Coordenação e Harmonização das Tutelas

ABSTRACT

The greatest example of conduct which emphasizes the interface between Consumer and Competition Protection is the abuse of dominant position, which has as one of its main expressions the tying practice. Besides representing damage to competition and therefore be typified as a violation of the economic order in the Competition Act, the tying practice is an internal problem in the consumption process, reason why is considered as an abusive practice in the Consumer Protection Code. This conundrum is considered and is dealt with by both the consumer sphere and the competition sphere. Given this context, this study aims to answer the following questions: does the prevailing framework generate greater benefits to the consumer? If a dual repression appears as necessary, we have to examine how competition and consumer policy should be coordinated and harmonized to ensure that more effective results, with regard to the consumer welfare, can be achieved?

KEYWORDS: Tying, Dual Repression, Policies Coordination and Harmonization

¹Advogada, graduada pela PUCRS em 2010. Mestranda em Direito do Consumidor e da Concorrência pela UFRGS, ingresso em 2012. Email: danielacopeticravo@hotmail.com

SUMÁRIO: 1. Introdução 2. Lógicas Distintas, mas Propósito Único: A Relação entre o Direito da Concorrência e o do Consumidor 3. Dúplice Repressão à Venda Casada: Problemática 4. Propostas de Coordenação e Harmonização da Dúplice Repressão 5. Considerações Finais 6. Referências Bibliográficas

1. Introdução

A teleologia da norma concorrencial é assegurar o bem-estar do consumidor, conquanto o interesse desse venha a ser tutelado de uma forma indireta pelas autoridades antitruste, que cuidam das falhas externas do mercado. Compartilhando dessa mesma teleologia, as normas protetivas do consumidor vieram, na década de 90, complementar essa proteção, direcionando ao consumidor, como lhe era merecido, uma atenção direta e específica.

Dentro do rol de condutas que são passíveis de repressão por parte do CADE, por gerarem prejuízos à livre concorrência, podemos notar que certas práticas não se relacionam com a proteção do consumidor - apenas - de uma forma indireta: pelo contrário, aquelas estão a esta intimamente relacionadas.

Em decorrência de tais peculiaridades, a doutrina aponta a repressão a essas condutas como o centro nervoso do Direito Concorrencial, em matéria de proteção do consumidor. O maior exemplo dessa densa interface entre Defesa do Consumidor e da Concorrência é o abuso de posição dominante.

O abuso de posição dominante é expressamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico, que, apesar de não definir esse fato, enumerou alguns comportamentos que se caracterizam como práticas abusivas mais triviais. Uma dessas práticas é a venda casada, a qual, na economia moderna, pode ser considerada como uma doença endêmica.

A venda casada está manifestamente presente no dia-a-dia do consumidor e causa-lhe extremo prejuízo, seja através da diminuição da sua opção de escolha e da exploração de suas deficiências motivacionais² e informacionais, seja pelo pagamento de um preço superior ao devido. Esse ilícito pode ser encontrado nas operações mais simples, como até mesmo nas

²Fala-se em exploração das deficiências motivacionais pelo fornecedor que pratica a venda casada já que o consumidor é seduzido à compra de produtos (ou serviços) que acredita ser diferenciada da venda isolada, como se fosse mais benéfico, ou lhe garantisse uma maior utilidade. No entanto, essa venda conjunta não passa de algo *fake*, que explora a sua vulnerabilidade motivacional. Interessante observar que os agentes econômicos são bastante criativos nessas práticas, sendo que muitas vezes só há a percepção de ocorrência da venda casada no final de uma relação contratual, justamente quando o consumidor deseja romper o vínculo.

mais complexas, realizadas no mercado financeiro.

De uma maneira bastante simplificada, pode-se definir a prática de venda casada como aquela que retira do consumidor a liberdade e a oportunidade de adquirir o bem que deseja sem que seja compelido a adquirir outro bem ou serviço. Buscando apoio no Direito comparado, nomeadamente na União Europeia e nos Estados Unidos, identificamos que o gênero venda casada possui duas espécies, as quais, apesar da classificação, projetam os mesmos efeitos ao mercado.

A primeira situação refere-se aos *tying agreements* (*ties-in* ou *vente liée* em francês) que ocorrem quando o fornecedor realiza uma venda de um produto (*tying product* ou *clef*), condicionado a compra de um outro produto distinto, que é o *tied product* (*lié*), do fornecedor ou de algum terceiro por esse designado. Apenas o *tied product* (*lié*) pode ser comprado separadamente.

Já a segunda diz respeito ao *bundling* (em francês, *vente jumelée*), que é a situação onde um pacote de dois ou mais produtos são oferecidos, de forma que não é facultada ao comprador a venda isolada dos componentes desse pacote. Nos Estados Unidos, que nos serve de paradigma tendo em vista a consolidação da sua tutela antitruste, essa é uma das infrações mais praticadas, que se desenvolve principalmente de forma velada³⁻⁴.

Além de ser tipificada como infração à ordem econômica pela Lei de Concorrência por representar danos à livre concorrência - já que oportuniza o domínio do mercado através da inserção de barreiras à entrada e, por conseguinte, o fechamento do mercado - a venda casada constitui uma falha interna na relação de consumo, razão pela qual é capitulada como uma prática abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Assim, o mesmo fato - tendo em vista essa dupla capitulação - é reprimido tanto pela esfera do consumidor, quanto pela da concorrência. Diante desse contexto, o presente estudo visa a responder às seguintes indagações: o modelo adotado seria o que gera mais benefícios ao consumidor? Caso se conclua pela necessidade da dúplici repressão, como a política da concorrência e a do consumidor deverão ser coordenadas e harmonizadas, a fim de que

³Um exemplo dessa estratégia velada diz respeito às empresas de informática que fazem um pacote com diferentes componentes e ofertam ao mercado como se fosse um programa de computador integrado, de maneira a impossibilitar, fisicamente, a venda individual desses componentes. Essa integração física é conhecida como venda casada tecnológica (*technological tying*), termo também utilizado para descrever a situação em que uma empresa projeta seus produtos de maneira a dificultar ou tornar incompatível a utilização de produtos produzidos por outros concorrentes.

⁴Interessante notar que na maioria dos casos sobre venda casada relatados na doutrina norte-americana, esses se referem ao setor tecnológico, inovação, diferentemente do que ocorre no Brasil, onde a venda casada está frequentemente associada aos atos praticados no mercado financeiro. Não podemos esquecer também das vendas casadas praticadas no setor de telecomunicação, as quais, igualmente, deram muita “dor de cabeça” aos consumidores, através dos combos com banda larga ,TV por assinatura, linha fixa e celular.

resultados mais efetivos no que toca ao bem-estar do consumidor possam ser atingidos?

Para tanto, divide-se o presente estudo em três partes. A primeira abordará a relação entre o Direito da Concorrência e o do Consumidor, que, apesar de possuírem uma abordagem distinta, compartilham o mesmo objetivo. A segunda visa a introduzir os problemas e as dúvidas acerca do modelo de dúplice repressão à venda casada. A terceira, por fim, busca a apontar um redirecionamento à repressão da venda casada, que torne as tutelas mais eficazes e efetivas.

2. Lógicas distintas, mas propósito único: a relação entre o direito da concorrência e o do consumidor

Os últimos anos, em termos de modificações legislativas, foram muito importantes para a Defesa da Concorrência. Junto à análise de modificações aos procedimentos técnicos substanciais e formais das autoridades antitruste brasileiras, muito se discutiu acerca do seu modelo institucional, e muitas propostas foram levantadas.

Uma dessas, inclusive, previa a criação de uma agência única, a Agência de Defesa do Consumidor e da Concorrência (ANC), que visava a reunir em uma mesma instituição o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC) e o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC). Superada a fase de estudos e pesquisas acerca de um modelo institucional ideal à defesa da concorrência, concluiu-se pelo fortalecimento do CADE, que, com a edição da Lei 12.529/11, absorveu as competências do Departamento de Proteção e Defesa Econômica (DPDE) da Secretaria de Direito Econômico (SDE) e passou a contemplar uma Superintendência-Geral com uma Procuradoria Geral, um Departamento de Estudos Econômicos e um Tribunal Administrativo. Ao Direito do Consumidor, por sua vez, coube a criação em 2012 da Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON).

Assim, diferentemente do que ocorre na Austrália⁵, por exemplo, o elo entre a Defesa do Consumidor e da Concorrência não se encontra positivado em uma Lei única, nem recai em modelo institucional unificado. Mas, onde estaria, pois, o liame que exige uma coordenação e harmonização dessas tutelas?

⁵Na Austrália, além de uma agência única, a Australian Competition and Consumer Commission (ACCC), as provisões relacionadas à proteção do consumidor, às condutas anticompetitivas e às operações societárias estão combinadas em uma Lei singular: o *Trade Practices Act 1974*. (SYLVAN, Louise. *Activating Competition: The Consumer Protection – Competition Interface*. Trade Practices Workshop, University South Australia, 2004.)

Conforme bem estabelece Calixto Salomão⁶, toda teorização econômica do Direito Concorrencial baseia-se na proteção do consumidor. Respaldam esse entendimento Lawrence A. Sullivan e Warren S. Grimes⁷, que assim frisam: “*all theorists recognize that avoiding or reducing the deadweight loss caused by monopoly is a proper goal of antitrust policy*”⁸⁻⁹.

Ao que tudo indica, para qualquer escola antitruste a busca e a preservação do bem-estar do consumidor é o fim último a ser tutelado, seja para os estruturalistas, para os neoclássicos, seja para os Ordoliberalis. A grande divergência entre as teorias decorre das possíveis conceituações ao termo “bem-estar” do consumidor.

O cerne da discussão reside principalmente no paradigma criado pela Escola neoclássica, que, ao romper a tradição estruturalista, introduz a concepção da eficiência econômica¹⁰. As concentrações não são mais vistas como algo prejudicial à estrutura de mercado, passando os seus benefícios à sociedade e aos consumidores a serem destacados e sopesados.

Ocorre que, à Escola de Chicago, uma grande contraposição é lançada, tanto pelos Ordoliberalis, quanto pelos Pós-Chicago. Esses defendem que a eficiência econômica não é suficiente para garantir que os ganhos sejam distribuídos aos consumidores e não, simplesmente, retidos pelos agentes econômicos. Além disso, nem sempre os consumidores buscam apenas preços mais baixos, razão pela qual, critérios como inovação, variedade e qualidade deveriam ser, também, levados em consideração.

Nessa senda, vivencia-se a recentralização do Direito da Concorrência, que seria a possibilidade de uma escolha efetiva pelo consumidor¹¹. Veja que esse fim último a ser

⁶SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

⁷SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000, p. 12.

⁸Tradução livre autora: “ todos teóricos reconhecem que evitar ou reduzir o peso morto causado pelo monopólio é o objetivo adequado da política antitruste”.

⁹Robert Pindyck e Daniel Rubinfeld nos ensinam que o peso morto pode ser entendido como a perda de bem-estar dos consumidores ou produtores decorrente da ineficiência do mercado. Utiliza-se tal expressão para representar que o bem-estar perdido não é aproveitado por nenhum outro grupo. (PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1999.)

¹⁰Não há como deixar de reconhecer a contribuição trazida pela Escola de Chicago ao desenvolvimento da análise do Direito Antitruste. Pode-se afirmar, com base em Thomas A. Piraino (PIRAINO, Thomas A. *Reconciling the Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. *Indiana Law Journal*. vol. 82, p. 346-409, 2007.), que “by the early 1990s, the Chicago School had completed a revolution in antitrust analysis”(tradução livre autora: “pelo início dos anos 90, a Escola de Chicago já tinha completado uma revolução na análise antitruste”).

¹¹Robert H. Lande defende sua tese sobre escolha do consumidor demonstrando que os Estado Unidos está engajado em um longo processo de mudança entre o paradigma da eficiência e da abordagem pela teoria dos preços, adotado pela Escola de Chicago, para uma nova análise, com foco na escolha. Como exemplo dessa nova fase antitruste, Robert H. Lande traz à baila o caso Microsoft, o qual ilustrou a importância da escolha, que é dependente principalmente da inovação e de novos produtos, sendo pouco importante para a resolução do caso os preços praticados pela Microsoft em relação ao seu sistema operacional ou navegador da web. (LANDE,

buscado não será atingido somente com a tutela da concorrência, mas sim em consonância com o Direito do Consumidor, conforme aduzem Neil Averitt e Robert H. Lande¹².

Visa-se, desta forma, a uma harmonização entre estes dois ramos (consumidor e concorrência), conforme igualmente vem defendendo Heloisa Carpena¹³, já que são componentes de uma única unidade, qual seja, a escolha do consumidor. Isto não quer dizer, no entanto, que ambas defesas serão reduzidas em uma só, pelo contrário, cada uma terá um papel distinto, de acordo com a sua lógica.

Lecionam Neil Averitt e Robert H. Lande¹⁴ que o poder de escolha só existirá quando configuradas duas condições fundamentais: “1) deve haver uma gama de opções para o consumidor, possibilitada pela competição; e 2) os consumidores devem poder escolher livremente dentre estas opções”. Através da definição dessas duas condições podemos delimitar a tarefa de cada disciplina.

Ao Direito da Concorrência caberá assegurar a competição do mercado, preocupando-se, portanto, com as falhas externas desse. Por intermédio dessa defesa, o Direito da Concorrência irá assegurar a primeira condição fundamental para o poder de escolha do consumidor, que é uma gama razoável de opções. Isso não quer dizer que apenas o maior número de opções, por si só, deva ser buscado, mas sim que “visa-se a um equilíbrio entre a busca de eficiência econômica e a manutenção de uma série de opções efetivas para o consumidor”, destaca Ana Paula Martinez¹⁵.

O Direito do Consumidor, segundo Neil Averitt e Robert H. Lande¹⁶, deverá, por sua vez, garantir “que os consumidores possam efetivamente escolher dentre aquelas opções sem ter suas faculdades críticas prejudicadas por violações como fraude ou retenção de informação material”. Trata-se, destarte, de uma proteção contra as falhas internas do mercado, preocupando-se com o lado da demanda (*demand-side*).

Robert H. Lande¹⁷ busca, ainda, defender que o bem-estar do consumidor é muito melhor tutelado pelo modelo de escolha do que pela teoria dos preços ou da eficiência

Robert H. Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.)

¹²LANDE, Robert H; AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*.v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

¹³CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 157.

¹⁴LANDE, Robert H. AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*.v. 45, p. 27, jan./mar. 2003.

¹⁵MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 11, n. 01, p. 73, 2004.

¹⁶LANDE, Robert H. AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*.v. 45, p. 27, jan./mar. 2003.

¹⁷LANDE, Robert H. Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

econômica. Para justificar tal afirmação, Robert H. Lande¹⁸ arrola, como exemplo, mercados onde, mesmo sendo os preços regulados pelo Estado, a competição se torna fundamental para elevar o nível de qualidade e incentivar inovações.

Para exemplos como esses, a análise neoclássica da teoria dos preços não conseguiria mensurar os danos causados pela concentração empresarial, o que geraria danos ao bem-estar do consumidor, já que uma fusão ou outra operação societária seria aprovada, tendo em vista a eficiência.

Perceba-se, portanto, que em decorrência de sua natureza e finalidade diversa, cada ramo irá proteger o consumidor de maneira distinta. No tocante ao Direito da Concorrência, imperioso esclarecer que o fato de o consumidor ser o destinatário econômico final das normas concorrenciais, não o transforma em destinatário jurídico direto das mesmas, como bem coloca Calixto Salomão¹⁹. Muito pelo contrário, em alguns casos, se o consumidor fosse o destinatário direto da norma, a tutela estaria fadada à ineficácia.

Como regra, então, a tutela do consumidor, através do Direito da Concorrência, será realizada de forma indireta, através da proteção de outros interesses, como o interesse da instituição concorrência²⁰ ou os interesses dos concorrentes. Um exemplo disso é o preço predatório.

Se apenas o interesse do consumidor de forma imediata fosse levado em consideração, tal ilícito seria considerado bom, em um primeiro momento, para os consumidores, muito embora visasse à dominação de mercado e eliminação dos concorrentes, num segundo momento. Ana Paula Martinez²¹ esclarece essa questão:

Se o interesse do consumidor fosse tutelado imediatamente, essa prática seria lícita. Porém, o interesse maior dos consumidores é a existência de um mercado competitivo, situação que não restaria no caso de prática de preços predatórios durante período suficiente para a eliminação dos concorrentes.

À guisa de exceção, resta aos consumidores a titularidade direta no que toca aos ilícitos decorrentes de abuso de posição dominante, razão pela qual, o abuso é considerado a pedra angular do Direito Concorrencial. Conforme elucida Calixto Salomão Filho²², o agente

¹⁸LANDE, Robert H. *Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law*. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

¹⁹SALOMÃO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

²⁰A expressão “instituição concorrência” é utilizada por Calixto Salomão (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003, p. 66) e pode ser definida como a necessidade da manutenção da concorrência, que interessa a consumidores e a concorrentes, “não se confundindo com o interesse individual ou com a soma dos interesses individuais de cada um desses grupos”.

²¹MARTINEZ, Ana Paula. *A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência*. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 11, n. 01, p. 75, 2004.

²²SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

que os praticam está diretamente relacionado ao consumidor, residindo nesse ponto, na verdade, “o centro nervoso do direito concorrencial em matéria de proteção do consumidor”.

Ana Paula Martinez²³ complementa apontando que o abuso de posição dominante seria o único grupo de ilícitos em que “os consumidores serão sempre tutelados de forma direta pelas normas concorrenciais”. Nesse caso, é inquestionável a existência de uma relação direta entre o agente que pratica o ilícito e o consumidor²⁴.

O abuso de posição dominante é expressamente vedado pelo nosso ordenamento jurídico, que, apesar de não definir esse fato, enumerou alguns comportamentos que se caracterizam como práticas abusivas mais triviais. Uma dessas práticas é a venda casada, a qual, na economia moderna, pode ser considerada como uma doença endêmica.

Além de ser tipificada como infração à ordem econômica pela Lei de Concorrência por representar danos à livre concorrência - já que oportuniza o domínio do mercado através da inserção de barreiras à entrada e, por conseguinte, o fechamento do mercado - a venda casada constitui uma falha interna na relação de consumo, razão pela qual é capitulada como uma prática abusiva pelo Código de Defesa do Consumidor - CDC.

Assim, o mesmo fato - tendo em vista essa dupla capitulação - é reprimido tanto pela esfera do consumidor, quanto pela da concorrência. Essa é a questão que passamos a analisar no tópico seguinte, acompanhada de suas eventuais problemáticas.

3. Dúplice repressão à venda casada: problemática

A Lei n.º 12.529/11 veio a tipificar a venda casada como uma infração à ordem econômica no seu artigo 36, §3º, inciso XVIII, que dispõe: “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”²⁵. Para a configuração da infração anticoncorrencial não basta apenas a sua prática, sendo necessário que a mesma tenha o condão de produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados: limitar ou falsar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou livre iniciativa, dominar o mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva a posição dominante.

²³MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 11, n. 01, p. 76, 2004.

²⁴SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

²⁵Note-se que a definição da prática continua a mesma da lei anterior (Lei 8.884/94).

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer²⁶ e Heloisa Carpena²⁷ defendem que a produção dos efeitos acima expostos somente existirá se o agente que praticou a conduta for detentor de poder econômico, isto é, os atos praticados por empresas sem posição dominante nunca irão configurar práticas anticoncorrenciais, já que a possibilidade de afetarem a livre concorrência e o mercado é inexistente. Paula Forgioni²⁸, no entanto, bem esclarece que indispensável para a caracterização do ilícito é apenas a verificação do objeto ou do efeito anticoncorrencial, citando como exemplo a prática de cartel, em que as empresas se associam para buscar a posição dominante, e de preços predatórios.

Independente da controvérsia anteriormente relatada, certo é que, para a configuração da venda casada, faz-se necessário a existência de poder de mercado e o seu consequente abuso. Isto porque, com apoio em Paula Forgioni²⁹, na venda casada, o adquirente deve ser coagido à aquisição conjunta dos produtos ou serviços, situação que somente existirá quando o agente coator tiver poder de mercado. Paula Forgioni³⁰ exemplifica:

Por exemplo, um açougue de determinada cidade que vincule a venda da carne bovina à carne suína. Ora, o consumidor que não se interessar pela aquisição conjunta simplesmente dirigir-se-á a outra loja. Situação bem diversa daquela em que o açougue é o único estabelecimento desse tipo na região e temos elevadas barreiras no caminho de novos entrantes.

Lawrence A. Sullivan e Warren S. Grimes³¹ apontam os efeitos decorrentes da venda casada, que são os seguintes: (a) a prática pode significar o ganho de participação no mercado do produto vinculado, que é resumido pela teoria da alavancagem, (b) o fechamento do mercado do produto vinculado ou aumento de barreiras no mercado do produto vinculado, dificultando a entrada de novos agentes, (c) a discriminação dos preços, com a exploração do adquirente e (d) o contorno de eventual fiscalização dos preços em mercados regulados.

Nos Estados Unidos, segundo o *U.S Dep't of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*³², a venda casada não é tida como

²⁶PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 140.

²⁷CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

²⁸FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

²⁹FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

³⁰FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 373.

³¹SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

³²ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 12 de abril de

um ilícito *per se*, tendo em vista que será considerada legal quando a mesma for pró-competitiva, possibilitando que as empresas reduzam seus custos, gerando benefícios aos consumidores. Na União Europeia, consoante o relatado no *DG Competition Discussion Paper*³³, a prática é condenada pelo artigo 102 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, desde que preenchidos os seguintes elementos: (a) o agente deve possuir poder de mercado em relação ao *tying product (clef)*; (b) os produtos/serviços da venda casada devem ser de mercados distintos; (c) deve haver coerção; (d) a venda casada deve ser adotada para o fechamento do mercado; (e) a venda casada não é justificada objetivamente ou pelas suas eficiências.

Veja que no Brasil a prática de venda casada também será analisada sob a ótica da regra da razão, onde a conduta poderá vir a ser justificada, tendo em vista as eficiências geradas à sociedade e aos consumidores. Muitas vezes as empresas alegam como defesa que a venda casada era necessária para a manutenção da qualidade, nos casos de serviços de instalação ou de assistência técnica.

Essa questão foi analisada pelo Cade no caso da Xerox, processo administrativo n.º 23/91, julgado em 23 de março de 1993³⁴. A Xerox foi acusada de dominar mercado e de eliminar e prejudicar a livre concorrência através da prática de venda casada. Como tese de defesa, entre outros argumentos levantados, a Xerox afirmou que os atos que ela teria praticado objetivaram única e exclusivamente a proteção de sua propriedade, marca, conceito, reputação, e da qualidade de seus produtos e serviços.

Paula Forgioni³⁵, ao comentar tal julgado, coloca que a tese de defesa de manutenção da qualidade não é válida quando a mesma pode ser garantida de outras formas. Cita a autora, como exemplo, o estabelecimento de requisitos mínimos a serem cumpridos por empresas terceiras independentes.

E foi, nesse sentido, a observação feita pelo Conselheiro do Cade José Matias Pereira em seu voto, destacando que a Xerox impedia seus clientes de utilizar peças dos concorrentes, através de cláusulas contratuais, o que constituía um ato arbitrário, sem qualquer comprovação técnica. Restou exposto, ainda, no voto, que se a Xerox estivesse mesmo preocupada com a manutenção da qualidade, essa poderia simplesmente impugnar aquelas

2012.

³³UNIÃO EUROPÉIA. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

³⁴Não foram encontrados precedentes mais recentes. As investigações mais atuais foram arquivadas por ausência de indícios da prática.

³⁵FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 380.

peças de terceiros que fossem comprovadamente danosas aos seus produtos, razão pela qual a mesma acabou sendo condenada.

Ainda, impera destacar que a venda casada não prejudica o consumidor, apenas indiretamente, quando essa produz efeitos anticompetitivos, mas também o afeta diretamente, quando diminui o seu poder de escolha. É por tal razão que a venda casada vem a ser capitulada no Código de Consumidor como uma prática abusiva.

As práticas abusivas, no Código do Consumidor, estão elencadas no seu artigo 39. Segundo Cláudia Lima Marques³⁶, até a entrada em vigor da Lei n.º 8.884/94 a lista do artigo 39 era exaustiva, tendo em vista que seu inciso x, “que indicava ser a lista apenas exemplificativa, foi vetado pelo Presidente da República, sob alegação de que este inciso tornava a norma ‘imprecisa’ e era inconstitucional, tendo em vista a ‘natureza penal’ do dispositivo”. A Lei n.º 8.884/94, por seu turno, introduziu no seu caput a expressão dentre outras práticas abusivas, o que acabou refletindo no CDC, retornando a lista a ser exemplificativa.

Antônio Herman V. Benjamin, Cláudia Lima Marques e Leonardo Roscoe Bessa³⁷ lecionam que as práticas abusivas constituem um conceito fluído e flexível, estando, tampouco, limitadas ao CDC. Como decorrência da norma do art. 7º, *caput*, são também práticas abusivas outros comportamentos que afetem o consumidor diretamente, mesmo que previstos em legislação diversa do Código.

A venda casada é elencada no CDC, no inciso I, primeira parte, do artigo 39, como uma prática abusiva. Essa proibição visa a impedir que o fornecedor, conforme Cláudia Lima Marques³⁸, prevaleça-se de sua superioridade econômica ou técnica para determinar condições negociais desfavoráveis ao consumidor. Além disso, a venda casada pode ser considerada como uma prática pré-contratual.

Importante destacar que a venda casada não se confunde com oferta combinada, que seria permitida. Na oferta combinada o consumidor tem a opção de comprar os itens separadamente, contanto que ele pague o preço normal do produto ou serviço individual.

Paulo Eduardo Lila³⁹ esclarece que, nesse caso, como não há nenhum ato restritivo, a venda casada não será ilegal. Assim, só há que se falar em prática abusiva quando o preço dos

³⁶MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 814.

³⁷BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 2 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

³⁸MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 815.

³⁹LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 10, abr./jun. 2006. p. 9-46.

produtos vendidos individualmente for exorbitantemente mais alto que o preço da venda conjunta ou quando nenhum produto ou serviço é disponibilizado ao consumidor para a compra isolada. Nessa hipótese, como bem destaca Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer⁴⁰, “o prejuízo ao consumidor é evidente: com tal prática impinge-se a ele a aquisição de um produto ou serviço não desejado, provocando-lhe, assim, uma notória perda econômica”.

Dessa forma, tendo em vista o discorrido acima, a venda casada vem a ser reprimida por dois campos do Direito. Ocorre que, apesar de ser importante que essa dupla tutela se desenvolva de uma maneira harmônica, na prática percebe-se que falta o diálogo necessário entre defesa do consumidor e da concorrência.

Desse contexto, emergem algumas questões, que acabam pondo em xeque a eficácia dessa tutela ubíqua e apartada. Há, destarte, a necessidade de um estudo mais profundo dessa prática, mas não apenas sob a ótica da concorrência ou do consumidor, e, sim, sob ambas.

Tal problemática não fica adstrita ao sistema brasileiro. Até mesmo a doutrina e jurisprudência norte-americana, que constituem um solo fértil para o estudo da venda casada, apresentam certa limitação, principalmente no que toca a essa essência dupla da prática, isto é, de gerar efeitos na esfera do consumidor e da concorrência.

Hebert Hovenkamp⁴¹ comenta que a lei que aborda a venda casada nos Estados Unidos não define de maneira apropriada a configuração do ilícito, aduzindo que essa deveria ocorrer através da identificação da redução da oferta ou do aumento de preços aos consumidores. Robert H. Bork⁴², da mesma forma que Hebert Hovenkamp⁴³, considera que a teoria legal da venda casada é inadequada.

Outra questão que pode ser levantada nesse contexto é aquela relatada por Lawrence A. Sullivan e Warren S. Grimes⁴⁴, no que diz respeito à exploração das falhas informacionais e motivacionais do consumidor, quando da prática da venda casada. Em decorrência disso, os autores indagam se a questão não deveria ser endereçada na legislação consumerista, e não na antitruste.

Tal indagação é decorrente, nomeadamente, do emblemático caso Kodak, aqui já mencionado. Lawrence A. Sullivan e Warren S. Grimes (2000)⁴⁵ apontam que é prejudicial

⁴⁰PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos.. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 139.

⁴¹HOVENKAMP, Hebert. *Antitrust*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1999.

⁴²BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993, p. 375.

⁴³HOVENKAMP, Hebert. *Antitrust*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1999.

⁴⁴SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

⁴⁵SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West

analisar, em um litígio antitruste, questões pertinentes ao consumidor, como a exploração de suas falhas informacionais e motivacionais, ainda mais se as essas forem objeto de uma outra demanda, nesse caso consumerista, em outro fórum e num momento posterior.

No Brasil, apesar da questão da venda casada não ter, ainda, recebido a atenção devida, divergências surgem, essencialmente no que toca a sua dupla capitulação e aos requisitos para sua configuração. Roberto Pfeiffer⁴⁶ defende que a venda casada pode ser apurada de forma paralela pelos órgãos de proteção ao consumidor e pelas autoridades de defesa da concorrência, não havendo que se falar em *bis in idem*, uma vez que efeitos distintos são derivados da mesma conduta.

Calixto Salomão⁴⁷, por sua vez, aponta que a inserção da venda casada no Código do Consumidor é equivocada, podendo, ainda, ocasionar sérias consequências estruturais para o sistema concorrencial, o que irá, em última análise, prejudicar o consumidor.

Paulo Eduardo Lilla⁴⁸ complementa o entendimento acima, observando que se não houver poder de mercado, o consumidor não será forçado à compra casada, motivo pelo qual não haveria que se falar em ilícito. Veja que dessa constatação emergem dois problemas: (a) sendo necessário o poder de mercado, a questão não deveria ser tratada apenas pelo Direito da Concorrência? e (b) a caracterização da venda casada como prática abusiva *per se* pela defesa do consumidor, conforme anota Arthur Badin⁴⁹, não criaria um conflito de normas, que pode “levar ao absurdo de sancionar prática ou informar políticas públicas que sejam mais benéficas para o próprio consumidor”, como o caso de práticas que visem ao desenvolvimento tecnológico, apesar de serem restritivas à concorrência?

Diante desse contexto, surge a necessidade de analisar a prática da venda casada sob a ótica consumerista e concorrencial, a fim de verificar como sua repressão poderia ser mais bem redirecionada, sempre levando em consideração que o bem-estar do consumidor é o fim último a ser buscado pelas duas tutelas, ainda que de forma diversa.

Group, 2000. SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

⁴⁶PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos.. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 131-151.

⁴⁷SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

⁴⁸LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 10, abr./jun. 2006. p. 9-46.

⁴⁹BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

4. Propostas de coordenação e harmonização da dúplice repressão

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer⁵⁰ alerta que a proteção do consumidor e a defesa da concorrência são duas políticas públicas que devem ser executadas de modo harmônico, uma vez que rendem benefícios múltiplos. No entanto, percebe-se que, no Brasil, a relação entre esses dois ramos, conforme Bruno Miragem⁵¹, mostra-se bastante inexperiente.

Nesse sentido, corrobora Arthur Badin⁵²:

Não obstante sejam verso e reverso de uma mesma política que visa, em última instância, o bem-estar dos consumidores, os dois microsistemas foram, no Brasil, tradicionalmente mantidos incomunicáveis pelas doutrinas antitruste e consumerista, o que acabou levando a uma recíproca incompreensão, de parte a parte, dos princípios e racionalidade que os informam.

Com base em uma concepção pragmática como solução do aparente dissenso, aduzimos que o Direito do Consumidor poderá servir de complemento ao Direito da Concorrência, em busca de uma tutela mais efetiva. Já sobre a possibilidade de o Direito da concorrência complementar o Direito do Consumidor, colacionamos as reflexões de Amanda Flávio de Oliveira⁵³: “até que ponto a política brasileira de defesa do consumidor está disposta a ceder aos argumentos antitruste, tanto quanto pleiteia considerações consumeristas na política antitruste? É mesmo desejável um alinhamento entre as duas políticas?”

Concretizando as reflexões de Amanda Flávio de Oliveira⁵⁴, podemos dizer que o alinhamento é sim desejável, e ocorrerá tanto em relação às influências do Direito do Consumidor ao da Concorrência, quanto ao reverso.

Dessa forma, a primeira colocação que devemos afastar, daquelas apresentadas na primeira parte desse estudo, é a trazida por Calixto Salomão⁵⁵, de que a inserção da venda casada no Código do Consumidor seria equivocada. Veja-se que na hipótese de exclusão da capitulação da venda casada prevista no CDC, o consumidor lesado pela prática poderia

⁵⁰PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. 2010. Tese(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁵¹PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. 2010. Tese(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

⁵²BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

⁵³OLIVEIRA, Amanda Flávio. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor – Análise da Situação Político institucional Brasileira em Relação à Defesa do Consumidor e da Concorrência tendo em Perspectiva os Estudos Empreendidos por Ocasão dos 90 Anos da Federal Trade Commission. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 14, n. 1, Jan. 2007, p. 178.

⁵⁴OLIVEIRA, Amanda Flávio. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor – Análise da Situação Político institucional Brasileira em Relação à Defesa do Consumidor e da Concorrência tendo em Perspectiva os Estudos Empreendidos por Ocasão dos 90 Anos da Federal Trade Commission. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 14, n. 1, Jan. 2007, p. 176.

⁵⁵SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

acabar sem qualquer proteção.

Muito embora se pudesse afirmar que o interesse do consumidor, nesse caso, seria tutelado pela Lei Antitruste, essa tutela não é feita de uma maneira individual e direta ao consumidor, não sendo concedido a esse, de uma maneira específica, a cessação da prática, nem a reparação pelos danos sofridos. José Reinaldo de Lima Lopes⁵⁶, bem elucida tal questão explicitando que o “CADE recusa-se e com razão, a transformar-se num órgão julgante ou arbitral de conflitos individuais de consumidores e fornecedores”, complementando que o “individualmente considerado não é objeto do CADE, mas a lesão de um consumidor pode ser a evidência de uma prática abusiva, cujos efeitos gerais (ou universais) sobre o mercado denotam o abuso de posição dominante”.

Perceba-se que mesmo que a prática envolvesse questões de natureza concorrencial, e portanto, legitimasse a intervenção do CADE, os interesses dos consumidores só seriam satisfeitos de uma maneira geral, ampla, seja com a repressão da prática, seja com a aplicação de uma multa que é revertida ao Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), cujos recursos são destinados à reparação de interesses difusos⁵⁷.

A reparação do dano individual do consumidor, assim, não poderia ser feita perante o CADE, já que o mesmo não é um fórum competente para tanto. Poderia, eventualmente, tendo em vista a falta de amparo no CDC, o consumidor recorrer ao direito de ação previsto no artigo 47 da Lei Antitruste, ingressando no judiciário com o denominado pela doutrina norte-americana de *private enforcement*.

Ocorre que apesar de possível, verificamos que na prática ações fundadas nessa faculdade trazida pela Lei Antitruste são praticamente incipientes. Não há tradição no Brasil, diferente da realidade americana e europeia, em ajuizamento de *private enforcements*, até mesmo porque a mesma desafia uma instrução processual bastante complexa, a qual muitas vezes sequer o judiciário está apto a lidar.

Ademais, o principal motivo pelo qual não podemos aderir ao posicionamento de Calixto Salomão⁵⁸ diz respeito às situações em que a prática da venda casada não gera qualquer efeito ao livre mercado. Nessa hipótese, o CADE não teria interesse e legitimidade para agir, de forma que, se a capitulação da venda casada fosse extirpada do CDC, o consumidor ficaria totalmente desamparado.

⁵⁶LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, v. 34, p. 79-97, 2001.

⁵⁷Apenas a título de complementação, o referido fundo é vinculado ao Ministério da Justiça e administrado por dez Conselheiros, sendo que desses, três são da sociedade civil, dois de órgãos de Estado e cinco indicados por Ministérios.

⁵⁸SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

Uma vez afastada a possibilidade de supressão da capitulação da venda casada do CDC, pergunta-se, *a contrario sensu*, se, tendo em vista que a venda casada propicia a exploração das falhas informacionais e motivacionais do consumidor pelo agente que pratica a venda casada, a mesma não deveria ser endereçada apenas sob a ótica da legislação consumerista, conforme levantado pela doutrina norte-americana?⁵⁹

Acredita-se que não, uma vez que a prática da venda casada pode vir, sim, a prejudicar a livre concorrência, como nos casos em que a mesma gere o efeito de fechamento do mercado, criando barreiras de entrada a novos agentes. Se a repressão fosse realizada apenas no âmbito do consumidor, questões como essas ficariam de fora, sem falar que condutas prejudiciais ao longo termo ao consumidor seriam aprovadas, já que disfarçadas em algum benefício imediato como descontos⁶⁰.

Assim, percebe-se que uma repressão bifurcada, mas não incomunicável, e em diferentes proporções, isto é, uma em visão macro e a outra micro, se faz necessária. Embora movidas por uma *ratio* comum, cada esfera encarará os interesses do consumidor de uma forma, sendo que para o CADE, segundo José Reinaldo de Lima Lopes⁶¹, os mesmos são tidos como um subproduto de um mercado competitivo e eficiente.

Ainda, para que a repressão se torne mais eficaz e gere mais benefícios aos consumidores, Arthur Badin⁶² aduz que seria interessante aproveitarmos do desenvolvimento da doutrina antitruste sobre venda casada para inferir uma melhor exegese do artigo 39, inciso I, do CDC.

A teleologia da norma estampada no inciso I do artigo 39 do CDC é sem dúvida a proteção à livre escolha do consumidor, não podendo esse ser obrigado a contratar e adquirir algo que não lhe seja conveniente ou que lhe seja mais custoso. Segundo Arthur Badin⁶³, “como se vê, a teleologia da norma é evitar a coerção sobre o consumidor, preservando sua soberania de escolha”.

Dessa forma, para que se possa haver a prática da venda casada sob o enfoque do

⁵⁹SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

⁶⁰Muito embora uma conduta possa ser benéfica ao consumidor num primeiro momento, como a imposição de descontos ao consumidor pela venda casada, a mesma poderá ser prejudicial ao consumidor ao longo prazo, tendo em vista que o agente busca fechar o mercado, aumentando as barreiras do mesmo, de maneira que poderá, num segundo momento, implementar condutas e preços monopolistas, extremamente prejudiciais ao consumidor, os quais são os grandes causadores das falhas internas, que buscam a ser reprimidas pelo Direito do Consumidor.

⁶¹LOPES, José Reinaldo de Lima. *Direito da Concorrência e Direito do Consumidor*. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, v. 34, p. 79-97, 2001.

⁶²BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

⁶³BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

CDC, a coerção ao consumidor deve ser considerada. Essa coerção somente ocorrerá quando o agente for detentor de poder de mercado, pois, caso contrário, não se pode considerar que o consumidor foi coagido a uma compra casada, uma vez que, como aduz Arthur Badin⁶⁴, o mesmo poderia servir-se livremente de outros produtos ofertados no mercado.

Deveras, somente quando presente poder mercado, o qual é definido pela doutrina antitruste, é que a prática de venda casada irá restringir o poder de escolha do consumidor. Arthur Badin⁶⁵, por isso, postula que o reconhecimento da venda casa como prática abusiva *per se* pela defesa do consumidor, independentemente de uma análise da estrutura do mercado, além de criar um verdadeiro conflito entre as duas normas, pode levar ao absurdo de sancionar práticas ou informar políticas públicas que sejam mais benéficas para o próprio consumidor, o que, sob a ótica pragmática, constituiria um contrassenso.

Não obstante, ainda com base nos estudos de Arthur Badin⁶⁶, considerando que a venda casada pode ser um importante instrumento de mitigação de custos – e, assim, de fornecimento à mais consumidores a menores preços – a condenação da prática sem considerar eventuais eficiências geradas levaria ao absurdo de prejudicar o interesse difuso de todos os potenciais consumidores, em favor de um consumidor marginal. Por essas razões, parece-nos que os requisitos para caracterização da prática de venda casada, face ao CDC, são os mesmos referidos para caracterização do ilícito antitruste, à exceção do requisito do objetivo ou potencialidade de gerar os efeitos do artigo 36 da Lei 12.529/11.

Assim, podemos concluir acerca da necessidade dessa dupla capitulação da venda casada. No entanto, a mesma deverá se dar de uma forma coordenada, de maneira que o Direito do Consumidor observe o estudo desenvolvido pela doutrina antitruste, a fim de que a tutela ao consumidor seja cada vez mais efetiva.

5 Considerações Finais

Conclui-se, em primeiro lugar, que a dúplice repressão à venda casada – não só não constitui um *bis in idem* – como é necessária. Não há que se falar em repressão apenas pela esfera da concorrência ou pela do consumidor, uma vez que, como bem salientado ao longo

⁶⁴BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

⁶⁵BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

⁶⁶BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

do presente estudo, em ambas as hipóteses restaria o consumidor desprotegido, sem mecanismos de defesa.

Poderá ocorrer, pois, a incidência simultânea da Lei de Concorrência e do Código do Consumidor a uma prática de venda casada. Nesse caso, cada norma irá atuar em um nível diferente de proteção ao consumidor: a primeira de forma macro e a segunda, micro.

No entanto, para que essa dúplice tutela se torne eficaz, é necessária a coordenação entre essas duas normas, a fim de que se preserve a coerência do sistema. A repressão consumerista deverá importar alguns conceitos já desenvolvidos pela técnica antitruste.

A condenação *per se* deve ser deixada de lado. Assim, a análise do caso concreto deverá verificar a existência de coerção ao consumidor, sendo o poder de mercado condição *sine qua non* para tanto. Evita-se, destarte, que condutas mais benéficas ao consumidor sejam equivocadamente reprimidas por aquele que é o seu maior protetor: o Direito do Consumidor.

Já o Direito da Concorrência, no que toca ao controle de condutas, deve dialogar mais com o Direito do Consumidor. Quando da análise de eficiências, que muitas vezes justificam a realização da prática levando em conta a Regra da Razão, a autoridade antitruste não pode ignorar o conceito restrito de consumidor, como assim foi bem definido pela Teoria Finalista.

No que toca ao interesse do consumidor, que deve ser sopesado nas eficiências, esse deve estar em equilíbrio com o seu interesse atual e futuro. Não se pode esquecer que as necessidades do consumidor não se resumem a preços mais baixos, mas a uma maior inovação, variedade e qualidade no mercado.

6 Referências Bibliográficas

BADIN, Arthur. Venda Casada: Interface entre a Defesa da Concorrência e do Consumidor. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: Iob; CADE, n. 5, jan./mar. 2005, p. 49-86.

BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*, 2 ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Free Press, 1993.

CARPENA, Heloisa. *Consumidor no Direito da Concorrência*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Competition and Monopoly: Single Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act*. Disponível em: <<http://www.justice.gov/atr/public/reports/236681.htm>>. Acesso em 12 de abril de 2012.

FORGIONI, Paula Andréa. *Os Fundamentos do Antitruste*. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos

Tribunais, 2008.

HOVENKAMP, Hebert. *Antitrust*. 3. ed. St. Paul: West Group, 1999.

LANDE, Robert H. Consumer Choice as the Best Way to Recenter the Mission of Competition Law. Edward Elgar, ed., *Academic Society for Competition Law*, 2010.

_____; AVERITT, Neil W. A Escolha do consumidor: uma Razão Prática para o Direito Antitruste e o Direito de Defesa do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*.v. 45, p. 26-50, jan./mar. 2003.

LILLA, Paulo Eduardo. Elementos para a caracterização das vendas casadas como infração à ordem econômica. *Revista de Direito da Concorrência*, Brasília: IOB/CADE, n. 10, abr./jun. 2006. p. 9-46.

LOPES, José Reinaldo de Lima. Direito da Concorrência e Direito do Consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, SP, v. 34, p. 79-97, 2001.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O Novo Regime das Relações Contratuais*. 5. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARTINEZ, Ana Paula. A Defesa dos Interesses dos Consumidores pelo Direito da Concorrência. *Revista do Ibrac*, São Paulo, v. 11, n. 01, p. 67-99, 2004.

MIRAGEM, Bruno. *Curso de Direito do Consumidor*. 3. ed, Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Amanda Flávio. Defesa da Concorrência e Proteção do Consumidor – Análise da Situação Político institucional Brasileira em Relação à Defesa do Consumidor e da Concorrência tendo em Perspectiva os Estudos Empreendidos por Ocasião dos 90 Anos da Federal Trade Commission. *Revista do IBRAC – Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional*. v. 14, n. 1, Jan. 2007, p. 169 -181.

PFEIFFER, Roberto Augusto Castelhanos. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. 2010. Tese(Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

_____. Proteção do Consumidor e Defesa da Concorrência: Paralelo entre Práticas Abusivas e Infrações contra a Ordem Econômica. *Revista de Direito do Consumidor*. Ano 19, n.76, out./dez. 2010, p. 131-151.

PINDYCK, Robert; RUBINFELD, Daniel. *Microeconomia*. São Paulo: Makron Books, 1999.

PIRAINO. Thomas A. Reconciling the Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. *Indiana Law Journal*. vol. 82, p. 346-409, 2007.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: As Condutas*. Malheiros: São Paulo, 2003.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St. Paul: West Group, 2000.

SYLVAN, Louise. *Activating Competition: The Consumer Protection – Competition Interface*. Trade Practices Workshop, University South Australia, 2004.

UNIÃO EUROPÉIA. *DG Competition Discussion Paper on the Application of Article 82 of the Treaty to Exclusionary Abuses*. Disponível em:<<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em 12 de abril de 2012.