

CONCESSÃO DE DESCONTOS PARA PAGAMENTOS EM DINHEIRO SOB A ÓTICA CONCORRENCIAL E CONSUMERISTA: UMA ANÁLISE DO RESP 1.479.039 E DA MP Nº 764/2016

**André Santos Ferraz
Caroline Guyt França**

Resumo: A MP nº 764/2016 autorizou a diferenciação de preços em função do instrumento de pagamento utilizado, como, por exemplo, dinheiro e cartões de crédito. No entanto, o STJ, no REsp nº 1.479.039, entendeu ser descabida qualquer diferenciação de preços entre diferentes instrumentos de pagamentos, já que a mesma configuraria prática abusiva no mercado de consumo, sendo, portanto, proibida pelo CDC; e, além disso, infração à ordem econômica, segundo a Lei nº 12.529/2011. Contudo, o artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 vem sendo interpretado, no âmbito do Direito Concorrencial brasileiro, a partir da chamada regra da razão. Nesse sentido, o presente artigo pretende demonstrar a conformidade da diferenciação de preços para aqueles que optarem pelo pagamento em dinheiro ou cheque com a legislação antitruste vigente no país e também possíveis benefícios auferidos pelos consumidores a partir da prática.

Palavras-chave: Medida Provisória nº 764/2016. Recurso Especial nº 1.479.039-MG. Discriminação de preços. Instrumentos de pagamentos. Lei nº 12.529/2011. Código de Defesa do Consumidor.

Abstract: Recently, the Provisory Measure n. 764/2016 authorized price differentiation between cash payments and credit cards payments. However, the Brazilian Superior Court of Justice understood that any price differentiation, including the granting of discounts, between cash payments and credit cards payments would be inappropriate, since this would result in an abusive practice on the market, being therefore, forbidden by the Code of Consumer Defense and Protection; and, besides that, an infringement to the economic order, according to the Law n. 12.529/2011. Meanwhile, the article 36 of the Law n. 12.529/2011 has been interpreted by the rule of reason. Therefore, the present article intends to demonstrate that price differentiation to those who choose to pay by cash or check are in accordance with Brazilian antitrust legislation and possible benefit consumers.

Keywords: Provisory Measure n. 764/2016. Special Appeal n. 1.479.039-MG. Price discrimination. Payment instruments. Law n. 12.529/2011. Code of Consumer Defense and Protection.

1. Introdução

Recentemente, foi editada a Medida Provisória nº 764/2016 (“MP 764/2016”),¹ a qual autorizou a diferenciação de preços entre pagamentos realizados por diferentes instrumentos de pagamentos, *in verbis*:

“Art. 1º Fica autorizada a diferenciação de preços de bens e serviços oferecidos ao público, em função do prazo ou do instrumento de pagamento utilizado.

Parágrafo único. É nula a cláusula contratual, estabelecida no âmbito de arranjos de pagamento ou de outros acordos para prestação de serviço de pagamento, que proíba ou restrinja a diferenciação de preços facultada no caput.”²

No entanto, em outubro de 2015, a decisão do Superior Tribunal de Justiça (“STJ”) no Recurso Especial nº 1.479.039-MG (“REsp. 1.479.039”)³ entendeu ser descabida qualquer diferenciação de preços, inclusive concessão de descontos, entre pagamentos realizados em dinheiro ou cheque e pagamentos realizados em cartão de crédito, já que a mesma configuraria prática abusiva no mercado de consumo, sendo, portanto, proibida pelo Código de Defesa do Consumidor (“CDC”); e, além disso, infração à ordem econômica, segundo a Lei nº 12.529/2011, a Nova Lei Antitruste Brasileira.

Na mídia, a possibilidade de diferenciação de preços para pagamentos realizados em dinheiro, por exemplo, tem ganhado destaque devido ao provável interesse do setor de bens e serviços sobre o tema.⁴

¹ A MP 764/2016 foi publicada no dia 27 de dez. de 2016, durante o recesso do Congresso Nacional, e prorrogada em 03 de abr. de 2017, tendo vigência, portanto, até o dia 1º de jun. de 2017. Importante ressaltar que, até o momento, o Congresso Nacional ainda não se manifestou a respeito da referida Medida Provisória.

² BRASIL. **Medida Provisória nº 764/2016**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/Mpv/mpv764.htm>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em 06 de out. de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201402231634>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

⁴ Destacam-se, por exemplo: MARCONDES, Daniel. **Oferecer desconto em compra com dinheiro é ilegal, decide STJ**. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 02 de nov. de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/11/1701251-oferecer->

No âmbito do STJ, a discussão sobre a possibilidade da diferenciação de preços não é inédita.⁵ Contudo, a inovação apresentada, no julgamento do Resp 1.479.039, foi a utilização do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 para fundamentar a impossibilidade de tal prática. Até então, não havia sido observada a aplicação do referido diploma legal nas discussões do STJ sobre o tema.⁶

A partir disso, deve-se ressaltar que o Direito Concorrencial brasileiro tem pautado as análises de condutas unilaterais a partir da regra da razão ou *rule of reason*, conforme será observado a seguir. Isso importa no exame de razoabilidade da conduta, ao invés da pura presunção de ilegalidade das práticas previstas nos incisos do §3º do art. 36, da Lei nº 12.529/2011, como parece ter entendido o STJ no julgamento do REsp 1.479.039.

Nesse sentido, o presente trabalho pretende demonstrar a conformidade da diferenciação de preços e, por conseguinte, da concessão de descontos em função do instrumento de pagamento utilizado com a legislação antitruste vigente no país e também os possíveis benefícios auferidos pelos consumidores a partir desta diferenciação.

Para tanto, o artigo será dividido em cinco partes, além da presente introdução e das conclusões. Primeiramente, analisar-se-á a jurisprudência do STJ sobre diferenciação de preços entre pagamentos realizados em dinheiro ou cheque e pagamentos realizados em cartão de crédito. A partir disso, buscar-se-á fazer uma breve síntese da lide que culminou no REsp. 1.479.039 e da manifestação do STJ no mesmo. Em sequência, serão realizadas considerações sobre o mercado de cartões de crédito, o que, como será visto, também foi feito pelo Ministro Relator do referido Recurso Especial. A parte seguinte será dedicada ao estudo do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011, buscando demonstrar o

[desconto-em-compra-com-dinheiro-e-ilegal-decide-stj.shtml](#)>. Acesso em: 09 de fev. de 2016; e MOREIRA, Talita. **MP autoriza cobrança de preços diferentes conforme meio de pagamento**. *Valor Econômico*, São Paulo, 27 de dez. de 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/4818996/mp-autoriza-cobranca-de-precos-diferentes-conforme-meio-de-pagamento>>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

⁵ Citam-se, por exemplo, as manifestações do STJ nos julgamentos dos seguintes recursos: Recurso Especial nº 229.586-SE; Recurso Especial nº 827.10-RJ; Recurso Especial nº 1.133.410-RS; Recurso Especial nº 1.178.360-SP; Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.181.256-AL; e Agravo em Recurso Especial nº 266.664-MG. A respeito de tais julgamentos, serão feitas considerações no tópico seguinte.

⁶ Os julgamentos dos recursos citados na nota de rodapé acima, por exemplo, não se referiram diretamente à Lei nº 12.529/2011 e, tampouco, à Lei nº 8.884/1994, antiga responsável por dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e vigente na época da maioria dos referidos julgamentos.

possível equívoco de sua interpretação, pelo STJ, no julgamento do Recurso Especial em questão. Por fim, antes da apresentação das conclusões do presente artigo, serão expostos possíveis benefícios auferidos pelos consumidores a partir da diferenciação de preços autorizada pela MP 764/2016 e, por conseguinte, a conformidade daquela também com as disposições do Código de Defesa do Consumidor.

2. A jurisprudência do STJ sobre diferenciação de preços entre pagamentos em dinheiro ou cheque e pagamentos em cartão de crédito

As primeiras manifestações do STJ sobre a possibilidade de diferenciação de preços entre pagamentos realizados em dinheiro ou cheque e pagamentos realizados em cartão de crédito aconteceram em lides que envolviam a atuação da Superintendência Nacional de Abastecimento (“Sunab”).⁷

O Recurso Especial nº 229.586-SE (“REsp 229.586”),⁸ por exemplo, foi interposto pela Fazenda Nacional, objetivando definir como legítima a atuação da Sunab na fiscalização de venda de produtos através de cartão de crédito por preços superiores aos praticados em vendas à vista. Em tal julgamento, o ex-Ministro Relator Garcia Vieira, acompanhado por unanimidade pelos então ministros da Primeira Turma do STJ, sustentou que, não contraria nenhuma lei e nem há abuso de poder econômico, vender mercadorias mediante cartão de crédito por preço superior ao cobrado à vista, acrescentando ainda que o “Estado exerce suas funções de fiscalização e planejamento, sendo este apenas indicativo para o setor privado (artigo 174 da CF)”⁹ e que “sua intervenção deve ser nos limites estabelecidos pela lei,

⁷ A Sunab foi um órgão da Administração Pública Indireta, criado pela Lei Delegada nº 4/1962, com poderes para intervir no mercado a partir da fixação de preços e do controle de estoques. Na década de 1980, ganhou mais importância no cenário nacional em virtude dos planos econômicos vigentes na época, os quais determinavam, por exemplo, congelamento de preços na tentativa de controlar a inflação, conforme leciona: LACERDA, Antônio C. de; et. al. **Economia Brasileira**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Foi extinta em pelo Decreto nº 2.280 em 1997.

⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 229.586-SE**. Relator: Ministro Garcia Vieira. Julgado em: 16 de dez. de 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199900817222>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

⁹ *Ibidem*, p. 1.

devido imperar a livre concorrência.”¹⁰

No mesmo sentido, discutiu-se, no Recurso Especial nº 1.178.360-SP (“REsp 1.178.360”),¹¹ a possibilidade da “diferenciação do preços para vendas à vista e a prazo no cartão de crédito e se a Sunab, fundamentada na Lei Delegada nº 4/1962, artigo 11, ’n’,¹² poderia multar empresa que adotasse tal conduta por prática abusiva. Em sua decisão, o Ministro Relator Humberto Martins afirmou que:

“A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte se firmou no sentido de que a simples oferta de desconto nas vendas feitas com dinheiro ou cheque, em relação às efetuadas por meio de cartão de crédito, não encontra óbice legal, pela inexistência de lei que proíba essa diferenciação e por não caracterizar abuso de poder econômico. (...)

Assim, descabe aplicar sanção administrativa ao comerciante que majorou o preço da mercadoria para a transação realizada com cartão de crédito em relação ao preço à vista, uma vez que não há vedação legal (...).”¹³

O entendimento de que não há vedação legal à cobrança diferenciada para pagamento com cartão de crédito¹⁴ e que, portanto, tal prática não é abusiva também foi manifestado pelo STJ nos julgamentos do Recurso Especial nº 827.120-RJ,¹⁵ dos Embargos de Divergência em Recurso Especial nº

¹⁰ Ibidem, p. 1.

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.178.360-SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 12 de fev. de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000204744>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

¹² Ibidem, p. 3.

¹³ Ibidem, pp. 3 e 4.

¹⁴ Deve-se mencionar a existência da Resolução nº 34/1989 do Conselho Nacional de Defesa do Consumidor do Ministério da Justiça, a qual proíbe a diferenciação de preços entre pagamentos realizados em dinheiro ou cheque e pagamentos realizados em cartão de crédito. No entanto, resoluções são normas infralegais e, portanto, o presente estudo adotará o posicionamento de que não existe óbice legal para adoção da referida prática.

¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de justiça. **Recurso Especial nº 827.10-RJ**. Relator: Ministro Castro Meira. Julgado em: 18 de mai. de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200600509326>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

1.181.256-AL¹⁶ e do Agravo em Recurso Especial nº 266.664-MG.¹⁷

No entanto, tal jurisprudência encontrou divergência no julgamento do Recurso Especial nº 1.133.410-RS (“REsp 1.133.410”),¹⁸ o qual se concentrou “em saber se a cobrança de preços diferenciados, pela mesma mercadoria (...), para pagamento em espécie e para pagamento efetuado por meio de cartão de crédito, constitui ou não prática consumerista reputada abusiva.”¹⁹ O ex-Ministro Massami Uyeda, Relator do referido Recurso Especial, defendeu que a celeuma ali encontrada deveria ser analisada sob o enfoque da legislação consumerista vigente no país, em virtude da inexistência de diploma legal específico que trate tal questão.²⁰

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.181.256-AL**. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em: 02 de fev. de 2012. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica®istro=201001790618>>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial nº 266.664-MG**. Relator: Ministro: Humberto Martins. Julgado em: 04 de jun. de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica®istro=201202532735>>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.133.410-RS**. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 16 de mar. de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica®istro=200900652208>>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.133.410-RS**. Voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 1. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8443665®istro=200900652208&data=20100407&tipo=91&formato=PDF>>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

²⁰ Deve-se ressaltar que, como já foi apresentado no presente estudo, o STJ, em outras oportunidades, já afirmou que a diferenciação de preços entre pagamentos realizados em dinheiro ou cheque e pagamentos realizados por meio de cartão de crédito não encontra óbice legal justamente pela inexistência de legislação que proíba essa diferenciação. Nesse sentido: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.178.360-SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 12 de fev. de 2010. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica®istro=201000204744>>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

Em seu voto, acompanhado por unanimidade pela Terceira Turma do STJ, o ex-Ministro Massami Uyeda sustentou que o pagamento realizado em cartão de crédito é, na realidade, uma modalidade de pagamento à vista, muito assemelhado, portanto, ao pagamento realizado em dinheiro ou cheque, já que naquele a administradora do cartão se responsabiliza integralmente pela compra do consumidor, assumindo o risco do crédito e, até mesmo, de eventuais fraudes. Ou seja, ainda segundo as manifestações do Relator, “o consumidor, ao efetuar o pagamento por meio de cartão de crédito (que só se dará a partir da autorização da emissora), exonera-se, de imediato, de qualquer obrigação ou vinculação perante o fornecedor, que deverá conferir aquela plena quitação.”²¹

A partir disso, o referido ex-Ministro concluiu que a pura concessão de descontos não é, por si só, proibida, mas que inexistem razões plausíveis para a diferenciação de preços entre formas de pagamento que são muito assemelhadas, o que afirmou acontecer entre os pagamentos em dinheiro ou cheque e os pagamentos em cartão de crédito (não parcelado). Acrescenta, ainda, que esta diferenciação constitui, “inclusive, prática de consumo abusiva, nos termos dos artigos 39, inciso X, e 51 inciso X, ambos do Código de Defesa do Consumidor.”²²⁻²³

Dessa forma, apesar de a jurisprudência analisada indicar uma tendência para que a diferenciação de preços entre pagamentos em dinheiro e em cartão de crédito seja considerada legal, o REsp 1.133.410, acima mencionado, já havia indicado que a matéria não poderia ser considerada pacífica no âmbito do STJ, mesmo quando analisada somente sob o enfoque da legislação consumerista.

²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.133.410-RS**. Voto do Ministro Relator Massami Uyeda, p. 5. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=8443665&num_registro=200900652208&data=20100407&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

²² Ibidem, p. 7.

²³ Art. 39, CDC. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: (...)

X - elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços. (...)

Art. 51, CDC. São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que: (...)

X - permitam ao fornecedor, direta ou indiretamente, variação do preço de maneira unilateral.

3. Breve síntese do Recurso Especial n.º 1.479.039-MG

O julgamento do REsp 1.479.039 reforçou a afirmação de que a possibilidade de diferenciação de preços em função do instrumento de pagamento utilizado ainda é matéria que não está pacificada no âmbito do STJ.²⁴

O Recurso em tela foi interposto pela Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte (“Recorrente”) em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (“TJ/MG”) que afirmou que:

“a cobrança de preços diferenciados por uma mesma mercadoria para o pagamento à vista, mediante dinheiro ou cheque, e para aquele efetuado por meio de cartão de crédito, constitui prática abusiva, em evidente vulneração aos artigos 39, V e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor.”²⁵

A divergência entre e o acórdão proferido pelo TJ/MG e as manifestações do STJ nos já referidos REsp 229.586, 1.178.360 e 1.181.256, por exemplo, foi apontada pela Recorrente em suas razões. Além disso, a

²⁴ A partir da jurisprudência do STJ analisada até aqui, nota-se, inclusive, que o próprio Ministro Humberto Martins já havia se manifestado a favor da “possibilidade de oferta de desconto nas vendas cujo pagamento é feito com dinheiro ou cheque, em relação ao efetuado por meio de cartão de crédito”, em julgamento posterior ao do REsp 1.133.410, conforme observado em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo em Recurso Especial n.º 266.664-MG**. Decisão do Ministro Relator Humberto Martins, p. 3. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=26755056&num_registro=201202532735&data=20130214&tipo=0&formato=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016. Além disso, o referido Ministro, também em julgamento posterior ao do REsp 1.133.410, afirmou que não se verifica prática ilícita na cobrança de preços diferenciados para vendas à vista e a prazo no cartão de crédito: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.178.360-SP**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 05 de ago. de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000204744>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

²⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Apelação Cível n.º 1.0024.10.117577-6/002**. Relator: Desembargador Elias Camilo. Julgado em 12 de set. de 2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jseccionid=CA8A60E06712D6F3BE95750C3E4598F0.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.10.117577-6%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em: 10 de fev. de 2016.

mesma trouxe outras alegações que merecem destaque, *in verbis*:

“(...) a impossibilidade de desconto para aquele que não se vale do cartão de crédito, isto é, para o cliente que paga à vista, importa em prejuízo para tal consumidor, eis que os preços estão definidos para cima, embutidos os custos da utilização do cartão de crédito.

Ademais, a venda por intermédio do cartão de crédito beneficia o consumidor que tem um maior prazo para pagamento, o que não ocorre com o consumidor que efetua suas compras à vista (dinheiro ou cheque), e que, por assim ser, tem o direito de se beneficiar de descontos.

Além disso, inexistente no ordenamento jurídico pátrio qualquer lei que obrigue o comerciante a praticar os mesmos preços de venda à vista - em dinheiro ou cheque - àquelas efetuadas em cartão de crédito.”²⁶

Em desacordo com o alegado pela Câmara de Dirigentes Lojistas de Belo Horizonte, no entanto, o Ministro Relator Humberto Martins iniciou seu Voto sustentando que o preço à vista deve ser estendido aos que optam por pagar suas compras por meio do uso do cartão de crédito, os quais, por conseguinte, também deverão ser contemplados por eventuais descontos e promoções concedidos aos que optam por pagar em dinheiro ou cheque.

Para corroborar esse ponto de vista, o referido Voto apresentou a distinção entre consumidor, emissor e fornecedor nos contratos de cartão de crédito, apontando brevemente as relações jurídicas entre tais agentes, *in verbis*:²⁷

“existe relação jurídica entre a **instituição financeira** (emissora) e o **titular do cartão** (consumidor), o qual obtém crédito e transfere àquela a responsabilização pela compra autorizada mediante o pagamento da taxa de administração ou mesmo de juros oriundos do parcelamento da fatura.

(...) há uma relação jurídica entre a **instituição financeira** (empresa emissora e, eventualmente, administradora do cartão de crédito) e o **estabelecimento comercial credenciado** (fornecedor). A emissora do cartão credencia o estabelecimento comercial e assume o risco integral do crédito e de possíveis fraudes. Para que essa assunção de risco ocorra,

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Voto do Ministro Relator Humberto Martins, p. 2. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52684741&num_registro=201402231634&data=20151016&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

²⁷ O próximo tópico buscará pormenorizar o mercado de cartões de crédito no Brasil, apresentando todos os *players* existentes no mercado e as relações estabelecidas entre os mesmos.

o estabelecimento comercial repassa à emissora, a cada venda feita em cartão de crédito, um percentual dessa operação, previamente contratado. (...) também existe uma relação jurídica entre o **consumidor** e o **estabelecimento comercial credenciado** (fornecedor). Aqui, o estabelecimento comercial, quando possibilita aos consumidores efetuarem a compra mediante cartão de crédito, incrementa a atividade comercial, aumenta as vendas e obtém lucros, haja vista a praticidade do cartão de crédito, que o torna uma modalidade de pagamento cada vez mais costumeira.”²⁸

A partir da retrotranscrita distinção, o Ministro Relator afirmou que a autorização da transação pela emissora liberaria o “consumidor de qualquer obrigação ou vinculação junto ao fornecedor”,²⁹ possibilitando caracterizar o pagamento realizado em cartão de crédito como modalidade de pagamento à vista, *pro soluto*. Ou seja, segundo o Relator do REsp 1.479.039, o pagamento realizado em cartão de crédito torna o contrato de compra e venda, estabelecido entre o consumidor e o fornecedor, perfeito e acabado, assemelhando-o, assim, às relações em que se observam pagamentos realizados em dinheiro ou cheque.³⁰

Com base nisso, o referido voto concluiu, de maneira concisa e sem desenvolver maior fundamentação, que a diferenciação entre pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito é “prática abusiva no mercado de consumo”³¹, nociva ao equilíbrio contratual, nos termos dos artigos 39, V e X,

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Voto do Ministro Relator Humberto Martins, p. 5. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52684741&num_registro=201402231634&data=20151016&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Voto do Ministro Relator Humberto Martins, p. 6. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52684741&num_registro=201402231634&data=20151016&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

³⁰ De fato, a autorização, pela emissora, da transação realizada por meio de cartão de crédito garante o adimplemento daquele pagamento junto ao fornecedor. Entretanto, considerar, apenas por esse motivo, pagamentos realizados em cartão de crédito como modalidade de pagamento à vista pode ser equivocado, conforme buscar-se-á demonstrar na próxima parte do presente estudo.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Voto do Ministro Relator Humberto Martins, p. 7. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=52684741&num_registro=201402231634&data=20151016&tipo=91&formato=PDF>

e 51, do CDC; e, além disso, infração à ordem econômica, conforme o artigo 36, §3º, X e XI, da Lei nº 12.529/2011.³²⁻³³

Como já foi visto, o STJ, em manifestações anteriores sobre o tema, baseou-se eminentemente na ausência de legislação específica, à época, e na legislação consumerista para fundamentar suas decisões. Dessa forma, a decisão proferida pelo Tribunal no REsp 1.479.039, além de não citar a inexistência de legislação específica para disciplinar a matéria, como foi feito em julgamentos anteriores, inovou ao citar a Lei nº 12.529/2011 em sua fundamentação e também ao considerar, como infração à ordem econômica, a diferenciação de preços para pagamentos realizados em dinheiro ou cheque.³⁴⁻

35

4. O mercado de cartões de crédito

4.1. *Breves considerações sobre o cartão de crédito sob a ótica da*

o=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

³² Em face da referida decisão, foram interpostos Embargos de Divergência, os quais ainda careciam de decisão até o momento da submissão do presente artigo.

³³ Apesar do referido Voto ter sido acompanhado por unanimidade pelos demais ministros da Segunda Turma do STJ, o Ministro Herman Benjamin questionou a tese adotada pelo Ministro Relator, mesmo manifestando-se também pelo não provimento do REsp 1.479.039. O Ministro Herman Benjamin afirmou que, caso fosse relator do caso, teria se posicionado de maneira oposta à adotada pelo Relator. Acrescentou ainda que, em tempos de inflação, tal decisão do STJ poderia ainda fazer com que lojistas aumentassem os preços de seus produtos.

³⁴ Deve-se ressaltar ainda que, nas palavras do Voto do Ministro Relator, a caracterização de concessão de descontos para pagamentos realizados em dinheiro ou cheque como prática abusiva e infração à ordem econômica representa “evolução no entendimento do STJ no tocante à inadiável tutela do consumidor”, conforme observa-se em: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Voto do Ministro Relator Humberto Martins, p. 10. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&seq_uencial=52684741&num_registro=201402231634&data=20151016&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

³⁵ Mais recentemente, no julgamento do REsp nº 1.610.813-ES, em 18 de agosto de 2016, o STJ reafirmou, citando as decisões proferidas nos Recursos Especiais nºs 1.133.410 e 1.479.039, que a diferenciação de preços é prática abusiva no mercado de consumo, ofendendo o art. 39, incisos V e X, do CDC. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.610.813-MG**. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1479039&b=ACOR&p=tr ue&l=10&i=1>>. Acesso em: 05 de dez. de 2016.

Economia Monetária

Cumprе ressaltar que, sob a ótica da Economia Monetária, o cartão de crédito não é um meio de pagamento. Tal enfoque estabelece que os meios de pagamento consistem “na totalidade de ativos possuídos pelo público que pode ser utilizado a qualquer momento para a liquidação de qualquer compromisso futuro ou à vista”,³⁶ representando apenas a soma do papel-moeda em poder do público, também chamado de moeda manual (ou seja, cédulas e moedas metálicas nas mãos dos agentes econômicos – consumidores e fornecedores), e dos depósitos à vista nos bancos comerciais, os quais também são conhecidos como moeda escritural (ou seja, saldos disponíveis em contas correntes).³⁷⁻³⁸

Os cartões de crédito, por sua vez:

“não são considerados meios de pagamento porque são tidos apenas como um meio de se obter crédito, que deverá ser honrado com moeda escritural ou manual em uma data futura. (...) nem toda criação de crédito significa criação de moeda - e o pagamento feito através do uso de um cartão de crédito significa tão-somente a obtenção de crédito sem qualquer criação de moeda.”³⁹

Ou seja, quando o consumidor utiliza o cartão de crédito para efetuar uma compra, na verdade, ele está dividindo tal compra em mais de um pagamento: o fornecedor receberá um crédito por aquela compra, o qual será devidamente quitado no futuro (pelos denominados credenciadores), porém, não integralmente;⁴⁰ e o consumidor estará se financiando, devendo quitar tal

³⁶ CARVALHO, Fernando J. Cardim de; *et. al.* **Economia Monetária e Financeira: teoria e política.** Rio de Janeiro: Elsevier, 9ª reimpressão (2012), 2007, p. 4.

³⁷ Os meios de pagamento são representados pela seguinte equação: $MP = PMPP + DV_{BC}$.

³⁸ O acelerado desenvolvimento tecnológico nos campos da informática e das telecomunicações permitiu o surgimento dos chamados cartões de débito, os quais também são conhecidos como dinheiro eletrônico. Todas operações realizadas por meio da utilização de um cartão de crédito impactam automaticamente nos depósitos à vista em bancos comerciais. Por esse motivo, cartões de débito podem ser considerados meios de pagamento, diferentemente do que acontece com os cartões de crédito. Nesse sentido: CARVALHO, Fernando J. Cardim de; *et. al.* **Economia Monetária e Financeira: teoria e política.** Rio de Janeiro: Elsevier, 9ª reimpressão (2012), 2007.

³⁹ CARVALHO, Fernando J. Cardim de; *et. al.* **Economia Monetária e Financeira: teoria e política.** Rio de Janeiro: Elsevier, 9ª reimpressão (2012), 2007, p. 4.

⁴⁰ Será descontada a chamada taxa de desconto, conforme ainda será observado no presente estudo.

operação, também no futuro, em dinheiro ou cheque, junto ao emissor.⁴¹

A partir disso, conclui-se que, sob o prisma da Economia Monetária, cartões de crédito não são meios de pagamento, pois são considerados apenas uma forma de diferir o pagamento, não podendo ser caracterizados como forma de pagamento à vista. Entretanto, é bastante comum a expressão “meio de pagamento” ser utilizada para se fazer referência ao cartão de crédito.

4.2. *A estrutura do mercado de cartões de crédito no Brasil*

Em seu Voto, o Ministro Relator do REsp 1.479.039⁴² apontou as relações existentes entre consumidor, emissor e fornecedor no mercado de cartões de crédito. Essa breve caracterização do referido mercado já havia sido manifestada pelo STJ no Voto Relator do ex-Ministro Massami Uyeda no REsp 1.133.410.

No entanto, o mercado de cartões de cartões é um pouco mais complexo do que a análise realizada nos referidos votos, contando, inclusive, com outros agentes e relações, conforme é possível observar a partir dos seguintes agentes econômicos do mercado em tela e das estruturas que serão apresentadas abaixo:⁴³

⁴¹ A próxima seção do artigo pormenorizará toda a estrutura do mercado de cartões de crédito no Brasil, definindo as funções desenvolvidas por cada um dos agentes da cadeia.

⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.479.039-MG**. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em 06 de out. de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&numero_registro=201402231634>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

⁴³ Para identificação dos agentes econômicos listados, o presente estudo utiliza como base as seguintes referências: BRASIL. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10** (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Mastercard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.). Publicado em 26 de jan. de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mhs0JCZwmZI3NYE4LnsW911Bguh1wOhQruc8ZTjV-OSJQ,>>. Acesso em: 15 de fev. de 2016; BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**, 2010. Disponível em:

- i) Bandeira:⁴⁴ é proprietária de todos os direitos, respondendo pelos deveres de utilização da marca e fixando regras e padrões gerais de organização e funcionamento da sua rede; ou seja, é a responsável pela comunicação do conjunto de transações que é realizado entre o portador e o emissor.⁴⁵ As tarifas cobradas pela utilização de sua rede dos emissores e dos credenciadores são sua fonte de receita. Citam-se como exemplos: Visa, MasterCard, American Express, Diners, Elo, Hiper e etc.;⁴⁶
- ii) Credenciador:⁴⁷ sua principal atividade consiste no credenciamento (prospecção, análise e submissão de propostas) de estabelecimentos comerciais (fornecedores) para que os mesmos passem a aceitar os cartões de crédito. Também costuma realizar outras atividades, entre as quais: “relacionamento com os estabelecimentos; gerenciamento de conta; gerenciamento de problemas; e gestão de informações.”⁴⁸ No Brasil, os credenciadores mais conhecidos

<https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016; e KASZNAR, Istvan K. **Meios Eletrônicos de Pagamento: A realidade do mercado de cartão de crédito**. São Pauli: Book Express Editora, 2015.

⁴⁴ Também são denominadas de “proprietárias do esquema de pagamentos”, segundo o Relatório sobre a Indústria de Cartões de Crédito.

⁴⁵ KASZNAR, Istvan K. **Meios Eletrônicos de Pagamento: A realidade do mercado de cartão de crédito**. São Pauli: Book Express Editora, 2015.

⁴⁶ A Lei nº 12.865/2013, a qual dispõe sobre os arranjos de pagamento e as instituições de pagamento integrantes do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), utilizou a expressão “arranjo de pagamentos” para se referir às bandeiras *lato sensu*. Segundo o artigo 6º da referida lei, arranjos de pagamento são um “conjunto de regras e procedimentos que disciplina a prestação de determinado serviço de pagamento ao público aceito por mais de um recebedor, mediante acesso direto pelos usuários finais, pagadores e recebedores.” Ou seja, por definição, o arranjo de pagamentos apenas disciplina a prestação de serviços, não executando, em si, atividades. O referido artigo ainda acrescenta que um arranjo de pagamento é detido e gerido por um “instituidor de pagamento - pessoa jurídica responsável pelo arranjo de pagamento e, quando for o caso, pelo uso da marca associada ao arranjo de pagamento” (art. 6º, I e II, Lei nº 12.865/2013).

⁴⁷ São comumente chamadas de “adquirentes”, segundo o Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10.

⁴⁸ BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**, 2010, p. 69. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de

são Cielo e Rede.

- iii) Emissor do cartão: é o banco ou instituição financeira autorizado pelas bandeiras a emitir ou conceder seus cartões de créditos. A partir disso, o emissor é o encarregado por toda relação com o portador do cartão de crédito, ou seja, é o responsável “pela habilitação, identificação e autorização do pagamento; pela liberação de limite de crédito ou saldo em conta corrente; pela fixação de encargos financeiros; pela cobrança de fatura e pela definição de programas de benefícios”.⁴⁹⁻⁵⁰ De maneira resumida, o emissor “é a empresa que administra, gerencia o cartão.”⁵¹
- iv) Portador do cartão: é o agente que faz o uso do cartão de crédito como instrumento de pagamento de suas compras. Para que o mesmo utilize o cartão de crédito, é assinado um contrato com o emissor do cartão e, além disso, é cobrado, comumente, uma tarifa de anuidade. No presente estudo, o portador do cartão é chamado de consumidor ou comprador;
- v) Estabelecimento: é o fornecedor/vendedor de produto e/ou serviço que aceita receber seu pagamento por meio de um esquema de cartão de crédito; e
- vi) Facilitador: agente que opera no comércio eletrônico possibilitando ao usuário cadastrado em seu *site* realizar transações eletrônicas sem precisar repassar às lojas virtuais suas informações financeiras e permitindo que fornecedores recebam tais “pagamentos sem a necessidade de se credenciar junto às diferentes empresas de cartão de crédito. Exemplos dos chamados facilitadores são Paypal (Ebay), MercadoPago

2016.

⁴⁹BRASIL. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10** (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Mastercard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.), p. 2. Publicado em 26 de jan. de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mhsoJCZwmZI3NYE4LnsW911Bguh1wOhQruc8ZTjV-OSJQ,,>>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

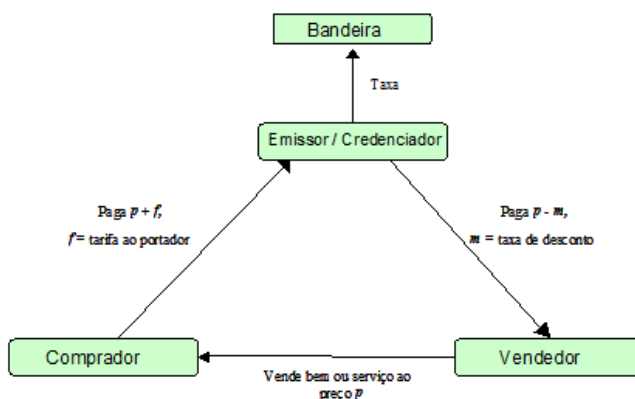
⁵⁰ Como será visto a seguir, uma empresa pode, ao mesmo tempo, desempenhar as funções típicas de credenciador e de emissor.

⁵¹ KASZNAR, Istvan K. **Meios Eletrônicos de Pagamento: A realidade do mercado de cartão de crédito**. São Pauli: Book Express Editora, 2015, p. 45.

(MercadoLivre), PagSeguro (UOL) e Pagamento Digital.⁵² Mais recentemente, esses agentes passaram a intensificar sua atuação também no mercado físico, com foco, principalmente, em pequenos estabelecimentos comerciais, autônomos e ambulantes.⁵³

Diante dos agentes expostos, é possível analisar toda a estrutura do mercado de cartões de crédito a partir das seguintes figuras:

Figura 1. Estrutura do mercado de cartões de crédito em que as funções de emissor e de credenciador são desempenhadas pelo mesmo agente.



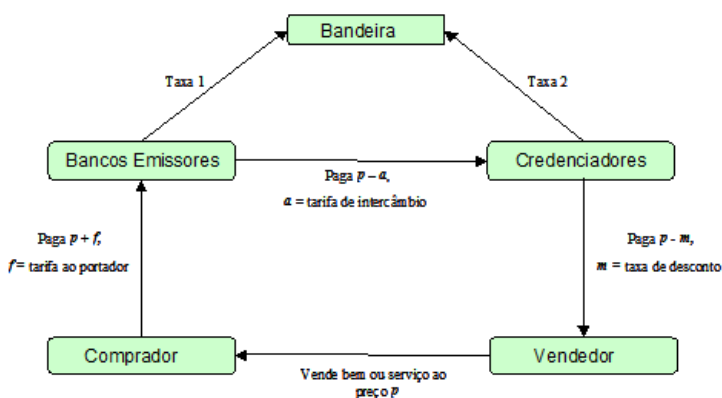
Fonte: Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10.⁵⁴

⁵² BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**, 2010, p. 15. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁵³ O principal foco do presente estudo gira em torno da concessão de descontos para pagamentos efetuados em dinheiro ou cheque em face daqueles realizados em cartão de crédito. Tal prática, a qual tende a ser comum no varejo físico, parece ser praticamente impossível de ser observada no varejo eletrônico, já que nesse é quase inexistente a negociação entre o fornecedor e o consumidor. Por tal motivo, a estrutura do mercado de cartões de crédito apresentada não fará referência aos facilitadores, os quais, como visto, atuam, principalmente, no comércio eletrônico.

⁵⁴ BRASIL. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10** (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Mastercard Brasil Soluções

Figura 2. Estrutura do mercado de cartões de crédito em que emissor e credenciador são agentes diferentes.



Fonte: Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no A.C. nº 08700.009363/2015-10.⁵⁵

A partir das Figuras 1 e 2, observa-se, de fato, que o mercado de cartões de crédito no Brasil possui estrutura mais fragmentada do que a proposta pelo Relator do REsp 1.479.039, o qual deixou de mencionar aquele que, provavelmente, é o agente mais importante do mercado em tela: as Bandeiras (as quais, como já visto, são as responsáveis por ditar as regras e padrões gerais de organização e funcionamento de toda sua rede).

A principal diferença entre as duas estruturas apresentadas acima encontra-se nas figuras do emissor e do credenciador, as quais, conforme observado na Figura 1, podem ser desempenhadas por um único agente. Nesse modelo, são exemplos de redes em que a função de emissor e credenciador é desempenhada ao mesmo tempo: American Express, Diners e Hipercard. Por sua vez, no modelo apresentado na Figura 2, em que o emissor e o credenciador são agentes diferentes, podem ser citados como exemplos as bandeiras Visa e a MasterCard.

Contudo, o foco do presente artigo não reside na pormenorização das relações verticais existentes entre os agentes do mercado de cartões de crédito no Brasil, análise já realizada em estudo

de Pagamento LTDA.), p. 4. Publicado em 26 de jan. de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mhsoJCZwmZI3NYE4LnsW911Bguh1wOhQruc8ZTjV-OSJQ,>>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁵⁵ Ibidem, p. 4.

desenvolvido, conjuntamente, pelo Banco Central (Bacen), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (“Seae”) e pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (“SDE”);⁵⁶ e, mais recentemente, pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”), na apreciação de um Ato de Concentração que envolvia a constituição de uma *joint venture* entre agentes do mercado em tela.⁵⁷

O foco aqui é demonstrar que existem importantes diferenças entre pagamentos realizados em dinheiro ou cheque e pagamentos realizados por intermédio de cartões de crédito.

Nesse sentido, deve-se verificar que as estruturas apresentadas também ilustram as taxas e tarifas cobradas quando um consumidor realiza um pagamento em cartão de crédito, podendo todas essas relações ser assim resumidas:

“Quando um portador utiliza seu cartão para realizar uma compra, o estabelecimento comercial recebe do credenciador o preço do bem ou serviço “p” menos a taxa de desconto “m”. O emissor paga ao credenciador o valor “p” menos a tarifa de intercâmbio “a”. Adicionalmente ao preço do bem “p”, o banco emissor também recebe uma tarifa “f”. Além dessas tarifas, é comum que tanto o credenciador quanto o banco emissor paguem uma taxa à bandeira pelo uso da marca e por serviços da rede internacional e que o estabelecimento pague ao credenciador uma taxa de permanência na plataforma, geralmente correspondente ao aluguel de equipamentos e ao custo de manutenção de softwares.”⁵⁸

⁵⁶ BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**, 2010, p. 15. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁵⁷ Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10 (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Mastercard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.).

⁵⁸BRASIL. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. **Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10** (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Mastercard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.), p. 4. Publicado em 26 de jan. de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mhsoJCZwmZI3NYE4LnsW911Bguh1wOhQruc8ZTjV-OSJQ,,>.

Apesar da garantia do adimplemento pela emissora dos cartões de crédito, destacada por diversas vezes pelo Ministro Relator do REsp 1.479.039 em seu voto, esta não é suficiente para caracterizar o cartão de crédito como uma forma de pagamento à vista, tendo em vista que o valor resultante da transação é repassado aos lojistas com os devidos descontos e, além disso, após vinte e oito dias da venda do produto e/ou serviço, em média.

Ressalta-se, ainda, que muitos lojistas, com o objetivo de gerar fluxo de caixa, recorrem aos bancos para uma modalidade de crédito conhecida como antecipação de recebíveis, a qual garante o recebimento antecipado do valor referente às vendas realizadas por meio de cartões de crédito. No entanto, a referida antecipação é condicionada ao pagamento de juros, os quais remuneram à instituição financeira pela concessão da antecipação. Em outras palavras, ao antecipar o recebimento da quantia referente à venda realizada, o lojista, além do abatimento da taxa de desconto, deve pagar juros à instituição financeira que concedeu a antecipação em tela.

A partir disso, o demasiado foco empregado, pelo Ministro Relator do REsp 1.479.039, na garantia do adimplemento pela emissora (assegurada ao fornecedor que comercializa seus produtos e/ou serviços por meio do cartão de crédito), parece ser utilizado equivocadamente na tentativa de demonstrar que tal pagamento é, na verdade, uma forma de pagamento à vista, *pro soluto*, pois, em relação às tradicionais formas de pagamento à vista (dinheiro e cheque), o cartão de crédito apresenta as seguintes diferenças para o lojista:

- i) o fornecedor, apesar de vender determinado produto e/ou serviço por pelo preço '*p*', não recebe a integralidade deste valor, já que é descontada, pela credenciadora, a taxa de desconto '*m*';
- ii) o valor é repassado, pela credenciadora ao emissor, após vinte

e oito dias da venda do produto e/ou serviço, em média.⁵⁹⁻⁶⁰; e

- iii) caso deseje receber o valor antes do prazo acima mencionado, o lojista deve contratar uma modalidade de crédito conhecida como antecipação de recebíveis, que importa em um novo desconto (juros) no valor original da venda (preço *p*).

Ou seja, mesmo com a garantia de recebimento, o fornecedor só receberá tal valor no futuro e, ainda, de forma não integral, o que, por sua vez, resta suficiente para não caracterizar o cartão de crédito como modalidade de pagamento à vista, cumprindo ressaltar que essa conclusão apresenta-se em consonância com as lições apresentadas pela Economia Monetária.

5. Diferenciação de preços e o artigo 36, da Lei nº 12.529/2011

A efetivação da política antitruste nos Estados Unidos, a partir do início da década 1930,⁶¹ fez com que a jurisprudência norte-americana sistematizasse duas regras para analisar os casos concretos a ela submetidos: a regra *per se* e a regra da razão.⁶²

⁵⁹ “Nas transações com cartão de crédito no Brasil, o prazo entre a data da compra e a data do crédito ao estabelecimento, é, em geral, de trinta dias, diferentemente do prazo praticado no exterior, de dois dias. Isso faz com que os emissores no Brasil não arquem com o custo do dinheiro no tempo, pois, os portadores pagam sua fatura em média vinte oito dias após a compra e o estabelecimento recebe trinta dias, em média, após a compra”, conforme: BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**, 2010, p. 11. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁶⁰ Importante, ainda, verificar que: “o cartão de débito é mais eficiente e menos custoso ao estabelecimento comercial, seja em função das diferenças entre os prazos de liquidação da transação – 28 dias em média para o crédito, e apenas 2 dias para o débito; seja em função das taxas de desconto, média de 2,84% e 1,56%, respectivamente, crédito e débito.” BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. **Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos**, 2010, p. 7. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

⁶¹ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

⁶² GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Dessa forma, condutas anticompetitivas costumam ser analisadas sob as óticas das referidas regras, cabendo, no entanto, destacar as afirmações do ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo sobre a utilização das mesmas:

“Na verdade, entendo que o que chamamos de regras “da razão” e “*per se*” nada mais é senão os dois pontos extremos de uma mesma escala de presunções (algumas absolutas, outras relativas) de que lança mão o direito pra (sic) lidar, pragmaticamente, com o leque de condutas anticompetitivas, aproximando umas da presunção de ilegalidade, outras da presunção de legalidade, e colocando outras tantas em várias posições intermediárias, por razões de política legislativa e jurisprudencial. A tais presunções corresponde, no processo administrativo, um leque também variado de arranjos possíveis de distribuição de ônus probatórios entre a autoridade persecutora e as pessoas físicas e jurídicas investigadas, cada qual sendo compatível com um tipo específico de conduta, na medida, naturalmente, de sua gravidade e da frequência com que ela produz efeitos deletérios.”⁶³

Sendo assim, a presunção de ilegalidade de determinadas condutas decorre, em grande parte, de estudos econômicos ou de provas e indícios já obtidos em casos anteriores que apontam para o efeito líquido prejudicial das mesmas. Logo, a adoção da chamada regra *per se* justifica-se pela economia de recursos obtida a partir do conhecimento acumulado da autoridade sobre certas práticas anticompetitivas.

Apesar das considerações feitas pelo ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, a utilização da regra da razão e da regra *per se* na análise casos ainda é tema de inúmeros debates no Direito Concorrencial. No Brasil, pacificou-se o entendimento de que os cartéis *hard core* deveriam ser considerados condutas ilícitas *per se*, pois, nestes casos, são verificados verdadeiros conluíus de concorrentes “para produzir produzir efeitos nefastos ao mercado e prejuízos à concorrência e aos consumidores. Quando identificada esta hipótese, entende o Cade que não há como considerá-la racional e, portanto, lícita.”⁶⁴ Por sua vez, as condutas unilaterais seriam, quase sempre,⁶⁵ analisadas pela regra da razão,

⁶³ Voto-vista do ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo nos Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (Representada: SKF do Brasil Ltda.), p. 4.

⁶⁴ CORDOVIL, Leonor; et. al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 108.

⁶⁵ A unimilitância, por exemplo, já é vista pelo Cade como uma presunção de ilicitude quase absoluta e, a partir disso, diversas cooperativas médicas já foram condenadas por esta prática. Mais recentemente, foi proposto pela Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt que condutas relacionadas a cláusulas de raio, quando preenchessem algumas condições que seriam definidas pela autoridade antitruste, também deveriam ser enquadradas como ilícitas *per se*, interpretação a qual não foi aceita pelo Tribunal do Cade na ocasião. Nesse sentido, voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no Processo Administrativo nº 08012.012740/2007-46

devendo, nesse sentido, ser verificada a racionalidade da mesma, sopesando, ainda, seus efeitos pró e anticompetitivos.

Sendo assim, cumpre destacar os seguintes passos para verificar a ilegalidade de uma conduta na esfera antitruste:

“(i) Primeiro é necessário mostrar que a conduta, por meio da qual a infração à concorrência se daria, de fato ocorreu e pode ser imputada à representada.

(ii) Segundo, para que a prática empresarial possa configurar uma conduta anticompetitiva é necessário que a representada possua condições para realizar a alegada conduta infrativa, ou seja, que possua posição dominante que possa ser utilizada de modo a restringir a concorrência.

(iii) Finalmente, uma vez tendo sido constatada a ação por meio da qual haveria restrições à concorrência por uma determinada empresa e detendo esta poder de mercado, é necessário mostrar que tal conduta pode gerar efeitos deletérios à concorrência e que não esteja associada a ganhos de eficiência suficientes para contrabalançar os prejuízos de eventual redução da concorrência.”⁶⁶

Logo, a prática de diferenciação de preços em função do instrumento utilizado deve ser analisada a partir desse entendimento.

Tendo em vista que a diferenciação de preços pode ser entendida como um abrangente gênero de práticas comerciais em que um fornecedor concorda em reduzir seu preço caso o comprador aceite determinadas condições,⁶⁷ a prática de diferenciar preços para compras cujo os pagamentos são realizados em dinheiro pode ser enquadrada como espécie do referido gênero, podendo destacar-se, ainda, outras espécies, como, por exemplo, preços diferenciados por quantidade.

Em relação à diferenciação de preços a partir de concessão de

(Representados: Administradora Gaúcha de Shopping Center S/A; Companhia Zaffari Comércio e Indústria; Bourbon Administração, Comércio e Empreendimentos Imobiliários Ltda.; Isdralit Indústria e Comércio Ltda.; Shopping Rua da Praia Ltda.; Condomínio Civil Shopping Center Iguatemi Porto Alegre; Condomínio Shopping Moinhos (Fundo de Investimento Imobiliário Pateo Moinhos de Vento); Shopping Centers Reunidos do Brasil Ltda.; Iguatemi Empresa de Shopping Centers S/A; Condomínio Civil do Shopping Center Praia de Belas; Br-Capital Distribuidora de Títulos de Valores Mobiliários S/A; e Niad Administração Ltda.).

⁶⁶ GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 132.

⁶⁷ MOORE, Derek W.; WRIGHT, Joshua D. **Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing**. *George Mason Law Review*, v. 22(5), 2015, p. 1205.

descontos, apesar de ser potencialmente pró-competitiva, economistas e juristas reconhecem que, em alguns casos, condicionar descontos à determinada prática pode prejudicar ou enfraquecer concorrentes e, ainda, reduzir o bem-estar social.⁶⁸

A ambiguidade e dificuldade inerentes a sopesar os efeitos pró e anticompetitivos de tais práticas, entendimento em linha com os ditames da regra da razão, fazem com que diferenciação de preços e descontos condicionados ainda permaneçam como objeto de estudo Direito Concorrencial.⁶⁹

Por sua vez, o principal debate em torno dos descontos condicionados parece residir, principalmente, em torno da conduta na qual a referida prática se enquadra. Nesse sentido, descontos condicionados já foram analisados como sendo uma conduta predatória, uma conduta de fechamento de mercado ou uma combinação destas.⁷⁰

Uma conduta predatória ocorre quando um fornecedor oferta bens por preços menores do que seus custos com objetivo de expulsar os concorrentes do mercado para, em um momento posterior, recuperar esse “investimento” ao cobrar um preço monopolista em virtude da ausência de concorrência.

Por sua vez, uma conduta de fechamento é observada quando um fornecedor impede que seus concorrentes tenham acesso a determinados canais de distribuição, obstando, por conseguinte, que os mesmos atinjam uma escala mínima eficiente.

Apesar do debate em torno da concessão de descontos condicionados como sendo uma conduta predatória ou uma conduta de fechamento, importante ressaltar que a diferenciação de preços e, por conseguinte, a concessão de descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque, por exemplo, não se enquadram em nenhuma destas, pois:

- i) o valor cobrado do consumidor que realiza pagamento em dinheiro parece não diminuir o preço do bem comercializado ao ponto que o mesmo alcance patamares inferiores ao seu preço de custo. Ao conceder o desconto para um pagamento realizado em dinheiro, por exemplo, o fornecedor visa apenas

⁶⁸ MURPHY, Keven M.; SNYDER, Edward A.; TOPEL, Robert H. *Competitive Discounts and Antitrust Policy*. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, Daniel (editors). **The Oxford Handbook of International Antitrust Economics**, v. 2. Oxford: Oxford University Press, 2014.

⁶⁹ MOORE, Derek W.; WRIGHT, Joshua D. **Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing**. *George Mason Law Review*, v. 22(5), pp. 1205-1246, 2015.

⁷⁰ Idem.

eliminar as taxas e tarifas que seriam descontadas caso a transação fosse realizada por meio da utilização de um cartão de crédito e, além disso, receber o valor daquela operação no momento em que a mesma é realizada, o que, conforme destacado acima, não ocorre nos pagamentos realizados em cartão de crédito;

- ii) o fornecedor que diferencia preços por meio de descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque é, na maioria das ocasiões, o pequeno ou o médio varejista, o qual, por conseguinte, não possui capacidade para impor um fechamento de mercado que impeça seus concorrentes de atingirem uma escala mínima eficiente.

Nesse sentido, cumpre ainda destacar que “descontos não explicados por critérios objetivos podem ser contestados se o sujeito ativo da conduta é detentor de poder econômico.”⁷¹ No entanto, os fornecedores que comumente concedem descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque não costumam ser detentores de poder econômico e os mesmos possuem critério objetivo para adoção de tal prática: receber, de forma integral e no momento da compra, o valor pelo produto ou serviço comercializado, o que, como já visto anteriormente, não acontece em transações que envolvem a utilização de cartões de crédito.

Portanto, a partir da análise da razoabilidade das práticas de diferenciação de preços e de concessão de descontos para pagamentos em dinheiro, a qual se encontra em linha com a lições da regra da razão, não há motivo para considerar a mesma como anticompetitiva e, por conseguinte, ilícita sob os ditames da Lei nº 12.529/2011.

No entanto, de modo contrário ao exposto até aqui, o Ministro Relator do REsp 1.479.039 entendeu que a diferenciação de preços para consumidores que optam em realizar uma compra por meio de pagamento em dinheiro ou cheque é infração à ordem econômica, pois violaria os incisos X e XI, do §3º, do art. 36, da Lei nº 12.529/2011, *in verbis*:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

⁷¹ CORDOVIL, Leonor; et. al. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 113.

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica: (...)

X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;

XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais.

Contudo, a interpretação do artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 por meio da regra *per se*, conforme parece ter feito o referido Ministro, é exceção, aplicada no Direito Concorrencial brasileiro, basicamente, em casos de cartéis *hard core*, o que, de fato, não se observa na conduta de diferenciação de preços para pagamentos em dinheiro ou cheque.

Nesse mesmo sentido, para que as condutas previstas nos incisos X e XI, do §3º, da Lei nº 12.529/2011, possam caracterizar infração à ordem econômica, as mesmas devem se enquadrar na hipótese do *caput* do referido artigo, o que também não se verifica na conduta ora estudada, pois a diferenciação de preços em função do instrumento de pagamento utilizado:

- i) não prejudica, de forma alguma, a livre concorrência. Pelo contrário, parece impulsiona-la, já que fornecedores concorrentes, provavelmente, tenderiam a adotar tal prática, beneficiando, por sua vez, os consumidores. Além disso, em relação ao princípio constitucional da livre iniciativa, a proibição da referida conduta (e não a sua prática) aparenta violar o mesmo;⁷²

⁷² No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da livre iniciativa não impera de maneira absoluta, ficando condicionado, por exemplo, ao princípio da livre concorrência, o qual se apresenta como um limite negativo daquele (RAGAZZO, Carlos E. J. **Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência.** *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006). Na prática em tela, no entanto, não se verifica qualquer

- ii) não parece ser capaz, em hipótese alguma, de conferir a capacidade para um agente dominar determinado mercado relevante. A prática acontece, na grande maioria das vezes, em negociações independentes e pontuais, nas quais a verdadeira intenção do fornecedor é apenas comercializar seu produto ou serviço naquele instante;
- iii) é incapaz de aumentar arbitrariamente os lucros do fornecedor que a pratica, dado que o preço mais alto para pagamentos em cartão de crédito é justificado em virtude das taxas existentes em uma transação realizada com tal instrumento de pagamento;
- iv) na grande maioria das vezes, é praticada por pequenos e médios varejistas que não detêm a parcela mínima de 20% (vinte por cento) do mercado relevante ao qual pertence e, tampouco, seriam capazes de alterar as condições de mercado.

Em relação particularmente ao inciso X, do §3º, do artigo ora discutido, o mesmo está intimamente relacionado ao consagrado princípio geral da igualdade, pelo qual entende-se que, em regra, “deve-se dispensar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais”,⁷³ o que, nesse sentido, possibilita a diferenciação de preços para formas de pagamentos diferentes.

No tocante ao inciso XI, do §3º, do art. 36, da Lei nº 12.529/2011, o enquadramento da diferenciação de preços em função do instrumento de pagamento utilizado, na conduta por ele descrita, parece ser equivocado, visto que não há recusa “a venda de bens ou prestação de serviços, dentro das condições de pagamentos normais aos usos e costumes comerciais.”⁷⁴ Dinheiro, cheque, cartão de débito e cartões de crédito são todas modalidades de pagamento cotidianas e amplamente utilizadas nas relações de consumo.

Dessa forma, diferenciar preços entre pagamentos realizados por diferentes instrumentos não gera efeitos deletérios à concorrência. Pelo contrário, pode ser vista como um verdadeiro incentivador da mesma, beneficiando, por último, os consumidores, como se pretende demonstrar abaixo.

prejuízo à livre concorrência, não podendo a mesma, por conseguinte, limitar o princípio da livre iniciativa. Dessa forma, o princípio da livre iniciativa deve imperar, possibilitando que sejam concedidos descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque.

⁷³ GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. **Direito Antitruste**. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 141.

⁷⁴ Artigo 36, §3º, inciso XI, Lei nº 12.529/2011.

6. Diferenciação de preços para pagamentos em dinheiro e seus benefícios ao consumidor: a MP n. 764/2016

Apesar das diferenças existentes, principalmente, no tocante à abordagem analítica, a defesa da concorrência e a defesa do consumidor preocupam-se em evitar que “a detenção de poder econômico seja usada pelas empresas em prejuízo dos consumidores.”⁷⁵ Além de fazerem parte de um mesmo ordenamento jurídico, a proximidade entre as duas áreas está inclusive disposta por seus respectivos diplomas legais, tendo em vista que divesas condutas passíveis de punição pelo CDC também são consideradas ilícitas pela Lei nº 12.529/2011.⁷⁶

Na prática ora analisada, o consumidor que realiza uma compra por meio do cartão de crédito tem, de fato, maior prazo de pagamento do que o consumidor que realiza sua compra por meio de dinheiro ou cheque. Tal afirmação é possível visto que a fatura do cartão de crédito, na qual se encontra contabilizada aquela transação, não deve ser adimplida no dia seguinte da realização da compra.

Desse modo, o consumidor que opta pelo pagamento em cartão de crédito pode, por exemplo, investir aquele valor “gasto” em diferentes aplicações, objetivando que o dinheiro renda, para, no futuro, quitar sua fatura do cartão.

Sendo assim, o fornecedor que diferencia preços para pagamentos em dinheiro ou cheque está, na verdade, aumentando o poder de barganha do consumidor naquela negociação, pois, a partir disso, este poderá negociar, com aquele, um desconto maior do que o retorno obtido, caso escolhesse investir aquela quantia até o vencimento da fatura do cartão de crédito. Exemplificadamente, um desconto de 10% (dez por cento) pode ser visto como extremamente vantajoso, já que parecem ser extremamente raros investimentos com retornos dessa proporção no curto prazo de um ou dois meses (tempo médio que pode demorar para a referida fatura do cartão de crédito vencer).

Por sua vez, o referido aumento do poder de barganha do consumidor pode ser observado, inclusive, como uma diminuição do desequilíbrio natural da relação existente entre fornecedor e consumidor, fundamento basilar do

⁷⁵ REZENDE, Gustavo M.; ALMEIDA, Sílvia F. Defesa do Consumidor e Disciplina Antitruste. In: SCHAPIRO, Mario G.; CARVALHO, Vinícius M. de; CORDOVIL, Leonor (orgs.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 293.

⁷⁶ REZENDE, Gustavo M.; ALMEIDA, Sílvia F. Defesa do Consumidor e Disciplina Antitruste. In: SCHAPIRO, Mario G.; CARVALHO, Vinícius M. de; CORDOVIL, Leonor (orgs.). **Direito Econômico Concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 293.

Direito do Consumidor.

Além disso, cumpre ressaltar que a prática comercial ora analisada não viola os dispositivos do CDC citados pelo Ministro Relator do REsp 1.479.039. Em primeiro lugar, o inciso V, do artigo 39, do CDC, afirma que, ao exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva, o fornecedor incorre em prática abusiva. No entanto, isso não se observa na concessão de descontos em pagamentos em dinheiro, pois, na verdade, o fornecedor concede uma vantagem ao consumidor, aumentando seu poder de barganha e de escolha. Em segundo lugar, não há qualquer elevação de preço, prevista no inciso X, do art. 39, do CDC, na referida conduta, devendo ser destacada as lições do o também Ministro Herman Benjamin sobre o inciso em tela:

“visa assegurar que, mesmo num regime de liberdade de preços, o Poder Público e o Judiciário tenham mecanismos de controle do chamado preço abusivo. (...)

A regra, então, é que os aumentos de preço devem sempre estar alicerçados em justa causa, vale dizer, não podem ser arbitrários, leoninos ou abusivos.”⁷⁷

E, em terceiro lugar, conceder descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque não se enquadra em nenhuma hipótese do rol exemplificativo do artigo 51, do CDC, e, tampouco, poderia ser vista como cláusula nula de pleno direito, devendo ser ressaltado, ainda, que inexistente, no ordenamento jurídico pátrio, proibição de tal conduta, conforme já afirmado até mesmo pelo STJ, em decisões anteriores ao REsp 1.479.039.

A partir disso, pode-se concluir que, além de não configurar infração à ordem econômica, como já visto, a concessão de descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque parece também não atentar contra as diretrizes do Direito do Consumidor.

Em linha com o exposto até aqui, foi editada a MP 764/2016, que, ao autorizar a diferenciação de preços de bens e serviços em função do instrumento de pagamento utilizado, lista os seguintes benefícios relevantes para os consumidores, segundo sua exposição de motivos, *in verbis*:

“i) permitir que os estabelecimentos tenham a liberdade de sinalizar, por meio de seus preços, os custos de cada instrumento de pagamento, promovendo maior eficiência econômica – a impossibilidade de diferenciar preços tende a distorcer a natureza da contestabilidade entre

⁷⁷ BENJAMIN, Antonio H. de V. e. Práticas abusivas. In: BENJAMIN, Antonio, H. de V e; MARQUES, Claudia L.; e BESSA, Leonardo R. **Manual de Direito do Consumidor**. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 311.

os diversos instrumentos de pagamento, dificultando a escolha do instrumento menos oneroso na relação de consumo; ii) alterar o equilíbrio de forças entre os agentes do mercado – o fato de os estabelecimentos terem a possibilidade de praticar preços diferenciados pode promover um maior equilíbrio no processo de negociação entre os agentes de mercado com benefícios para o consumidor; e iii) minimizar a existência de subsídio cruzado dos consumidores que não utilizam cartão (majoritariamente população de menor renda) para os consumidores que utilizam esse instrumento de pagamento (majoritariamente população de maior renda).”⁷⁸

O referido texto ainda afirma que existem evidências de que o preço médio de produtos que tiveram preços diferenciados em virtude do instrumento de pagamento utilizado é menor do que quando não existe diferenciação⁷⁹ e, também, a possibilidade de diferenciação de preços está alinhada com a regulação adotada em outros países.⁸⁰

A partir do exposto até aqui, verifica-se que a MP 764/2016 não atenta contra os preceitos do CDC e, tampouco, da Lei nº 12.529/2011, podendo gerar, ainda, benefícios ao consumidor e conferindo segurança jurídica aos varejistas que praticam diferenciação de preços e concessão de descontos em virtude do instrumento de pagamento utilizado, como, por exemplo, dinheiro ou cheque.

7. Conclusões

Conforme foi visto, a discussão no âmbito do STJ sobre a possibilidade de diferenciar preços em função do instrumento de pagamento utilizado não é recente. A maioria da jurisprudência daquela Corte, ora analisada, demonstra que a falta de óbice legal proibindo tal conduta pode ser entendida como sua permissão.

No entanto, os pontuais julgamentos dos Recursos Especiais nº

⁷⁸ BRASIL. **Exposição de Motivos Medida Provisória nº 764/2016**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-764-16.pdf>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

⁷⁹ De fato, a referida afirmação carece de comprovação, a qual poderia ser realizada com o desenvolvimento de estudos estatísticos robustos a partir de amostras de diferentes produtos. No entanto, além de fugir do escopo do presente artigo, tais amostras só poderão ser obtidas a partir do momento em que a diferenciação de preço ser uma realidade do varejo brasileiro.

⁸⁰ BRASIL. **Exposição de Motivos Medida Provisória nº 764/2016**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-764-16.pdf>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

1.133.410-RS e nº 1.479.039-MG, ao entenderem que tal conduta viola o Código de Defesa do Consumidor, demonstraram que a matéria ainda não restou pacificada. Além disso, o Resp 1.479.039 inovou a jurisprudência ao afirmar que a concessão de descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque constitui também infração à ordem econômica, conforme estabelece o artigo 36 da Lei nº 12.529/2011.

Porém, como buscou demonstrar brevemente o presente estudo, a presunção de ilegalidade das condutas listadas pelos incisos do §3º do artigo 36, da Lei nº 12.529/2011, conforme entendeu o STJ no Resp 1.479.039, é exceção no Direito Concorrencial brasileiro, devendo ser aplicada, na análise de condutas desse tipo, a regra da razão.

Por sua vez, a diferenciação de preços e, por conseguinte, a concessão de descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque parecem também não violar os ditames do CDC, pois aumentam o poder de barganha do consumidor, diminuindo sua situação de vulnerabilidade, e, inclusive, podem conferir benefícios ao mesmo.

Proibir a prática comercial em tela parece ainda atentar contra o princípio constitucional da livre iniciativa, pois, como a livre concorrência não é atingida pela mesma, não haveria limites para a fruição daquele. Nesse sentido, conforme entendido pelo STJ em diversas ocasiões, a inexistência de óbice legal para concessão de descontos para pagamentos realizados em dinheiro ou cheque permitia tal prática.

Dessa forma, a MP 764/2016 parece ser a solução mais factível⁸¹ para que a diferenciação de preços e, por conseguinte, a concessão de descontos para pagamentos em dinheiro ou cheque sejam permitidas e, por sua vez, a única capaz de impedir decisões como a proferida no REsp 1.479.039.

8. Referências

BENJAMIN, Antonio, H. de V e; MARQUES, Claudia L.; e BESSA, Leonardo R. Manual de Direito do Consumidor. 6ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 – Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Disponível em:

⁸¹ Destaca-se que matéria com o mesmo conteúdo tramita, desde 2007, no Congresso Nacional (Projeto de Lei do Senado nº 213/2007).

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

BRASIL. Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112865.htm>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

BRASIL. Exposição de Motivos Medida Provisória nº 764/2016. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Exm/Exm-MP-764-16.pdf>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

BRASIL. Medida Provisória nº 764/2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/Mpv/mpv764.htm>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

BRASIL. Banco Central do Brasil; Secretaria de Acompanhamento Econômico - Ministério da Fazenda; Secretaria de Direito Econômico - Ministério da Justiça. Relatório sobre a Indústria de Cartões de Pagamentos, 2010. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/spb/Relatorio_Cartoes.pdf>. Acesso em: 15 de fev. de 2016.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo de Suturação de Atos Normativos do Poder Executivo nº 1476/2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=615037>>. Acesso em: 2 de jul. de 2016.

BRASIL, Câmara dos Deputados. Projeto de Decreto Legislativo de Suturação de Atos Normativos do Poder Executivo nº 1506/2014. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=621804&ord=1>>. Acesso em: 2 de jul. de 2016.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-vista do ex-Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo nos Processo Administrativo nº 08012.001271/2001-44 (Representada: SKF do Brasil Ltda.), p. 4. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?4fbscCDNzN8A_VqLcS5dMyzxINDdajrgYAw51uTIZ8-OoAOn0I9GqeQtweEDzw4CODCvyXnlepW4t2eVIfc7sw,,>>. Acesso em: 20 de jul. de 2016.

BRASIL, Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Voto-vogal da Conselheira Cristiane Alkmin Junqueira Schmidt no Processo

Administrativo nº 08012.012740/2007-46. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?9Uq5ukBNVmcLIWKJLPaT0A_DIfxvuLqgBwtPoA9XwuzhjczCddFlvLgvA1ThjrTQUXoAIYo20U6Z_Us7e7Hozw,,>. Acesso em: 20 de jul. de 2016.

BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei do Senado nº 213/2007. Disponível em: <<http://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/80791>>. Acesso em: 20 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 229.586-SE. Relator: Ministro Garcia Vieira. Julgado em: 16 de dez. de 1999. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=199900817222>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 827.10-**RJ**. Relator: Ministro Castro Meira. Julgado em: 18 de mai. de 2006. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200600509326>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.133.410-RS. Relator: Ministro Massami Uyeda. Julgado em 16 de mar. de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=200900652208>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.178.360-SP. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em: 12 de fev. de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201000204744>. Acesso em: 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 1.181.256-AL. Relator: Ministro João Otávio de Noronha. Julgado em: 02 de fev. de 2012. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201001790618>.

Acesso em: 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo em Recurso Especial nº 266.664-MG. Relator: Ministro: Humberto Martins. Julgado em: 04 de jun. de 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201202532735>.

Acesso em: 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.479.039-MG. Relator: Ministro Humberto Martins. Julgado em 06 de out. de 2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=201402231634>.

Acesso em 09 de fev. de 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.610.813-MG. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=1479039&b=ACOR&p=true&l=10&i=1>>. Acesso em: 05 de dez. de 2016.

BRASIL. Superintendência-Geral do Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Parecer nº 2/2016/CGAA2/SGA1/SG no Ato de Concentração nº 08700.009363/2015-10 (Requerentes: Itaú Unibanco S.A. e Mastercard Brasil Soluções de Pagamento LTDA.). Publicado em 26 de jan. de 2016. Disponível em: <http://sei.cade.gov.br/sei/institucional/pesquisa/documento_consulta_externa.php?u0r2HDE7WIdiBH3O1y0Dr6krqmN-VVCNjJtZWrdX1mhsoJCZwmZI3NYYE4LnsW911Bguh1wOhQruc8ZTjV-OSJQ.,>. Acesso em 15 de fev. de 2016.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 1.0024.10.117577-6/002. Relator: Desembargador Elias Camilo. Julgado em 12 de set. de 2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do;jsessionid=CA8A60E06712D6F3BE95750C3E4598F0.juri_node1?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0024.10.117577-6%2F002&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>. Acesso em 10 de fev. de 2016.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de; *et. al.* Economia Monetária e Financeira: teoria e política. Rio de Janeiro: Elsevier, 9ª reimpressão (2012), 2007.

CORDOVIL, Leonor; et. al. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste. 6ª ed. (rev. e atual.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

GABAN, Eduardo M.; DOMINGUES, Juliana O. Direito Antitruste. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

KASZNAR, Istvan K. Meios Eletrônicos de Pagamento: A realidade do mercado de cartão de crédito. São Pauli: Book Express Editora, 2015.

LACERDA, Antônio C. de; et. al. Economia Brasileira. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARCONDES, Daniel. Oferecer desconto em compra com dinheiro é ilegal, decide STJ. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 02 de nov. de 2015. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/11/1701251-oferecer-desconto-em-compra-com-dinheiro-e-ilegal-decide-stj.shtml>>.

Acesso em: 09 de fev. de 2016.

MOREIRA, Talita. MP autoriza cobrança de preços diferentes conforme meio de pagamento. *Valor Econômico*, São Paulo, 27 de dez. de 2016. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/financas/4818996/mp-autoriza-cobranca-de-precos-diferentes-conforme-meio-de-pagamento>>. Acesso em: 22 de jan. de 2017.

MOORE, Derek W.; WRIGHT, Joshua D. Conditional Discounts and the Law of Exclusive Dealing. *George Mason Law Review*, v. 22(5), pp. 1205-1246, 2015.

MURPHY, Keven M.; SNYDER, Edward A.; TOPEL, Robert H. *Competitive Discounts and Antitrust Policy*. In: BLAIR, Roger D.; SOKOL, Daniel (editors). *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, v. 2. Oxford: Oxford University Press, 2014.

RAGAZZO, Carlos E. J. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. *Scientia Iuris*, v. 10, pp. 83-96, 2006.

REZENDE, Gustavo M.; ALMEIDA, Sílvia F. Defesa do Consumidor e Disciplina Antitruste. In: SCHAPIRO, Mario G.; CARVALHO, Vinícius M. de; CORDOVIL, Leonor (orgs.). *Direito Econômico Concorrencial*. São Paulo: Saraiva, pp. 292-318, 2013.

* * *