

**ROBERTO AUGUSTO
CASTELLANOS PFEIFFER**

**DEFESA DA
CONCORRÊNCIA
E BEM-ESTAR
DO CONSUMIDOR**

THOMSON REUTERS
**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

DEFESA DA CONCORRÊNCIA E BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR

ROBERTO AUGUSTO CASTELLANOS PFEIFFER

Revisão e diagramação eletrônica:
Textos & Livros Proposta Editorial S/C Ltda.
CNPJ 04.942.841/0001-79

Impressão e encadernação:
Orgrafic Gráfica e Editora Ltda.
CNPJ 08.738.805/0001-49



© desta edição [2015]

EDITORA REVISTA DOS TRIBUNAIS LTDA.

MARISA HARMIS
Diretora responsável

Visite nosso site: www.rt.com.br

CENTRAL DE RELACIONAMENTO RT
(atendimento, em dias úteis, das 8 às 17 horas)
Tel. 0800.702.2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sac@rt.com.br

Rua do Bosque, 820 - Barra Funda
Tel. 11 3613.8400 - Fax 11 3613.8450
CEP 01136-000 - São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Impresso no Brasil [04-2015]

Profissional

Fechamento desta edição: [23.03.2014]



ISBN 978-85-203-5793-4

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	9
APRESENTAÇÃO.....	11
PREFÁCIO	13
INTRODUÇÃO	21
1. DIMENSÃO CONSTITUCIONAL DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA E DA PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR.....	27
1.1 Das principais características dos princípios.....	27
1.1.1 Hermenêutica constitucional e compatibilização de princípios	29
1.2 Princípios da livre concorrência e da repressão ao abuso do poder econômico	30
1.2.1 Eficácia negativa da liberdade de concorrência e da repressão ao abuso de poder econômico	34
1.2.2 Eficácia positiva da liberdade de concorrência e da repressão ao abuso de poder econômico	39
1.3 Dimensão constitucional da defesa do consumidor	40
1.3.1 Defesa do consumidor como um direito fundamental.....	41
1.3.2 Defesa do consumidor como princípio geral da ordem econômica	44
1.3.2.1 Função hermenêutica do princípio da defesa do consumidor	45
1.4 Inconstitucionalidade parcial da convenção coletiva de consumo (art. 107 do CDC).....	49
2. DEFINIÇÃO DE CONSUMIDOR NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NA LEI 12.529/2011.....	53
2.1 Conceito de consumidor no Código de Defesa do Consumidor	53
2.1.1 Teoria finalista ou subjetiva.....	54
2.1.2 Teoria maximalista ou objetiva.....	56

2.1.3	Teoria finalista ampliada	58
2.1.4	Evolução jurisprudencial.....	59
2.1.5	Concepção dominante sobre a definição de consumidor em sentido estrito	63
2.1.6	Consumidor equiparado.....	63
2.1.6.1	Da coletividade que tenha intervindo na relação de consumo (art. 2.º, paragrafo unico, do CDC).....	64
2.1.6.2	O terceiro atingido (<i>bystander</i> – art. 17 do CDC)	64
2.1.6.3	O consumidor equiparado do art. 29 do CDC.....	65
2.2	Conceito de consumidor na Lei 12.529/2011.....	66
2.3	Conceito unificado de consumidor	70
3.	OBJETIVOS DA PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR E DA DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	75
3.1	Objetivos da política de defesa do consumidor	75
3.1.1	Defesa do consumidor e direito de escolha.....	83
3.1.1.1	Informação e exercício de escolha.....	84
3.1.1.2	Vedação à publicidade enganosa	87
3.1.1.3	Portabilidade e direito de escolha.....	94
3.2	Objetivos da política de defesa da concorrência	98
3.2.1	Concepções sobre os objetivos da política de defesa da concorrência	100
3.2.1.1	Escola de Harvard	100
3.2.1.1.1	Interpretação jurisprudencial sobre a proteção dos pequenos concorrentes.....	102
3.2.1.2	A Escola de Chicago.....	104
3.2.1.3	Concepções alternativas à Escola de Chicago.....	111
3.2.1.3.1	A nova economia institucional.....	111
3.2.1.3.2	A abordagem neoschumpeteriana	115
3.2.1.3.3	A doutrina “Pós-Chicago”	120
3.2.1.4	A doutrina da escolha do consumidor.....	124
3.2.1.5	A Escola de <i>Freiburg</i>	127
3.2.1.6	A concorrência-instrumento na União Europeia.....	128
3.2.1.7	A evolução da legislação brasileira de defesa da concorrência.....	130

3.3	Proteção do consumidor: objetivo direto ou indireto da política de defesa da concorrência?	142
4.	CONTROLE ESTRUTURAL E BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR	153
4.1	Espécies de concentrações empresariais.....	154
4.2	Elementos de análise dos atos de concentração horizontal.....	155
4.3	Análise das eficiências econômicas compensatórias.....	161
4.4	Ponderação dos efeitos dos atos de concentração e preservação do bem-estar do consumidor	166
4.4.1	A discussão nos Estados Unidos: <i>total welfare vs. consumer welfare</i>	167
4.4.1.1	A doutrina do <i>Welfare Standard</i>	168
4.4.1.2	A doutrina do <i>Price Standard</i>	171
4.4.1.3	A doutrina da <i>consumer choice</i>	173
4.4.1.4	Contexto normativo nos Estados Unidos	178
4.4.2	Análise da legislação europeia.....	186
4.4.3	Condições para aprovação dos atos de concentração na legislação brasileira	194
4.4.3.1	Presença de eficiências econômicas compensatórias..	195
4.4.3.2	Necessidade de repasse dos benefícios aos consumidores	196
4.4.3.3	Limites estritamente necessários para a geração de benefícios.....	202
4.4.3.4	Impossibilidade de eliminação da concorrência.....	203
4.5	A jurisprudência do Cade.	205
5.	REPRESSÃO A INFRAÇÕES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA E BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR	217
5.1	Práticas abusivas e infrações contra a ordem econômica	217
5.1.1	Definição de prática abusiva.....	219
5.1.2	Principais características distintivas da infração contra a ordem econômica.....	221
5.1.2.1	Da potencialidade de gerar efeitos.....	221
5.1.2.2	Poder de mercado.....	222
5.1.2.3	Razoabilidade da conduta	224
5.1.3	Ausência de <i>bis in idem</i> na dupla capitulação de uma mesma conduta	229

5.1.3.1	Requisitos para a dupla capitulação da venda casada .	230
5.1.3.2	Exemplos de dupla capitulação de outras condutas ..	236
5.1.3.3	Autoridades competentes para sancionar infrações contra a ordem econômica e praticas abusivas	242
5.2	Destinação ao fundo federal de direitos difusos.....	244
5.3	Reparação de danos individuais homogêneos causados por infrações contra a ordem econômica	247
5.3.1	Dever de reparar os danos concorrenciais	248
5.3.2	Ação coletiva para tutela de direitos individuais homogêneos .	249
5.3.2.1	Legitimação para a propositura de ações coletivas de reparação de danos concorrenciais.....	250
5.3.2.1.1	Legitimação da União, Estados e municí- pios	250
5.3.2.1.2	Legitimação dos órgãos e associações de defesa do consumidor	252
5.3.2.1.3	Legitimação do Cade.....	254
5.3.2.1.4	Legitimação do Ministério Público.....	255
5.3.3	Conteúdo da sentença.....	257
5.3.4	Prescindibilidade de previa condenação pelo Cade	258
5.3.5	A doutrina dos <i>treble damages</i>	260
CONCLUSÕES.....		265
BIBLIOGRAFIA		271