

## **A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR PERANTE A POSIÇÃO DOMINANTE: uma reflexão acerca do setor bancário brasileiro e a prática da venda casada**

Mírian Célia G. de Almeida<sup>1</sup>  
Hálisson Rodrigo Lopes<sup>2</sup>

### **RESUMO**

Este trabalho pondera sobre a vulnerabilidade do consumidor perante a posição dominante, mais precisamente uma reflexão sobre o setor bancário brasileiro e a venda casada. Questiona-se em até que ponto a proteção do consumidor, se efetiva diante da posição dominante de setores concentrados da economia que ditam as regras e inclusive os preços. Quanto mais concentrado o mercado, maior o poder econômico/posição dominante e menor o grau de liberdade de escolhas do consumidor. Uma condição necessária para o exercício do poder econômico é estar ante uma demanda de mercado inelástica. A lei 12529/2011 proíbe o abuso que pode surgir da posição dominante e esta é presumida. Assim, 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, entende-se que há posição dominante. O abuso de posição dominante não é definido na lei, sendo considerados apenas os efeitos que são (ou podem ser) produzidos sobre o mercado. Em seu art. 36, § 3º, a legislação antitruste, limita-se a enumerar as práticas abusivas, entre elas a venda casada. Esta prática é tratada por dois institutos, no direito do consumidor a tutela é direta e no Direito Antitruste, ainda que indiretamente, ao tutelar a concorrência. O grau de concentração do sistema bancário brasileiro é considerável, aproximadamente 80% (oitenta por cento), encontra-se com o Banco do Brasil, Itaú, Caixa Econômica Federal, Bradesco e Santander. Estes possuem poder econômico superior às demais instituições e a elasticidade-preço da demanda de crédito bancário da Pessoa Física (PF) apresenta elasticidade bem menor do que a obtida para Pessoa Jurídica (PJ), corroborando o fato de o emprestador ter um poder de controlar a taxa de juros para o segmento de PF bem maior que no segmento de PJ. Dados revelam a prática da venda dos cinco grandes bancos, apoiando que em mercados concentrados há um ambiente propício para tal conduta.

**PALAVRAS-CHAVE:** mercado; consumidor; posição dominante; bancos; vendas casadas.

### **ABSTRACT**

This term paper is about the consumer vulnerability related to dominant companies, specifically a reflection on the Brazilian banking sector and the tie-in-sale. It will be questioned on the extent to which consumer protection is effective against the dominant position of concentrated sectors of the economy that dictate the

<sup>1</sup> Economista, professora universitária e advogada. Mestre em Economia Aplicada pela Universidade Federal de Viçosa (UFV). Bacharel em Direito e pós-graduação *lato sensu* em Direito Público, Ambiental e Agrário pela Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale).

<sup>2</sup> Professor de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito do Vale do Rio Doce (Fadivale) e Fundação Educacional Nordeste Mineiro (FENORD). Mestrado em Direito pela Universidade Gama Filho. Pós-graduação *lato sensu* em Direito Administrativo e Filosofia pela Universidade Gama Filho, Direito Civil e Processual Civil, Direito Penal e Processo Penal pela Fadivale. Assessor de Juiz - Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Comarca de Governador Valadares – MG.

rules and prices. The more concentrated the market, the greater the economic power/dominant position and lower the degree of freedom in the consumer's choice. A necessary condition for the exercise of economic power is being compared to an inelastic market demand. The Brazilian federal law 12529/2011 (known as The Antitrust Law) prohibit abuses of a presumed dominant position. So whenever a company or group of companies is able to change unilateral or coordinated market conditions or when controlling 20% (twenty percent) or more of the relevant market, it is understood that there is a dominant marketing position. The abuse of a dominant position is not defined in the law, and considered only the effects that are (or would be) produced on the market. In its art. 36, § 3, the antitrust Law limited to enumerate the abuses, including the tie-in-sale. This practice is handled by two institutes in the Consumer's Rights, that the protection is direct and Antitrust Law, albeit indirectly to protect competition. The degree of the Brazilian banking system concentration is considerable, approximately 80% (eighty percent), including Banco do Brasil, Itaú, Caixa Econômica Federal, Bradesco and Santander. These have superior economic power to the other institutions and the price elasticity of demand for bank credit of Individual Entity has much less elasticity than that obtained for Legal Entity, corroborating the fact that the lender has the power to control the interest rate for Individual Entity segment much larger than the Legal Entity segment. Data reveal the practice of selling in these five major banks, supporting that in concentrated markets there is a conducive environment for such conduct.

**KEYWORDS:** market; consumer; dominant position; banks; tie-in-sale.

## **SUMÁRIO**

**1 INTRODUÇÃO. 2 A POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO. 3 ESTRUTURAS DE MERCADO. 3.1 O MERCADO. 3.2 MERCADO COMPETITIVO. 3.3 DESVIO DE EFICIÊNCIA DE MERCADOS COMPETITIVOS. 3.3.1 Características do poder mercado/posição dominante. 3.3.2 Venda casada: uma manifestação da posição dominante. 4 O SISTEMA BANCÁRIO BRASILEIRO E A PRÁTICA DA VENDA CASADA. 4.1 A POSIÇÃO DOMINANTE E O BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR NA ORDEM ECONÔMICA. 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.**

## **1 INTRODUÇÃO**

A Política Nacional das Relações de Consumo encontra-se fundamentada nos princípios elencados no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Estes reconhecem a vulnerabilidade do consumidor, bem como a busca pela harmonia dos interesses dos participantes das relações de consumo (consumidores e fornecedores). Também almejam o balanceamento entre a proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de maneira a

realizar os princípios nos quais se fundam a ordem econômica, apreciada no art. 170 da Constituição Federal de 1988, alicerçada na boa-fé e no equilíbrio nas relações de consumo.

Assinala assim, que a vulnerabilidade é o ponto mais importante da proteção do consumidor, sobre o qual está fundada toda a linha filosófica deste agente econômico, visto que, este apresenta em si, sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico do fornecedor. Entre as manifestações deste poder, encontram-se a capacidade do vendedor de influenciar o preço de um produto ou serviço, determinar as regras do jogo de forma unilateral, e esta habilidade é maior quanto maior o grau de concentração do mercado, que se materializam por meio de estruturas de mercados denominadas monopólios, oligopólios e as concorrências monopolísticas.

Nesse contexto, a questão problema que se impõe diz respeito em até que ponto a proteção do consumidor, se efetiva diante da posição dominante de determinados setores concentrados da economia que ditam as regras e inclusive os preços, não necessariamente nesta ordem?

Sendo assim, trabalha-se com a hipótese de que quanto maior o grau da posição dominante no mercado menor é o grau de liberdade de escolha dos consumidores, relação esta que fere o princípio da defesa do consumidor e conseqüentemente da ordem econômica apregoada pela Constituição Brasileira.

A importância do tema reside no fato que o poder de mercado que surge da concentração econômica gera problemas no relacionamento econômico e social dentro do mercado. Dois fenômenos podem ocorrer do poder econômico, de um lado, ele procura dominar e eliminar as empresas economicamente mais fracas, e, de outro lado submete os consumidores às condições dos vendedores, por inexistência de bens e serviços alternativos, diminuindo a oferta e praticando preços acima daqueles praticados em mercados competitivos, além de impor práticas que não seriam adotadas caso houvesse concorrência.

Desta forma, a intervenção do Estado, representa o limite do poder de mercado, no sentido de promover competição, por meio da proibição de práticas que sejam capazes de limitar ou que tenham possibilidade de limitar a concorrência, e por meio de restrições a estruturas de mercados que sejam permissíveis.

Sendo assim, o objetivo geral é compreender em até que ponto a proteção do consumidor, se efetiva diante da posição dominante de determinados setores

concentrados da economia que ditam as regras e os preços. De maneira específica, procura-se:

a) descrever, de forma sucinta, a Política Nacional das relações de consumo, destacando o art. 4º da lei 8.078/1990;

b) identificar as estruturas de mercado, ressaltando a tendência de posição dominante das principais estruturas; e

c) apresentar uma breve reflexão sobre o grau de concentração do sistema bancário brasileiro, além da prática abusiva da venda casada, enfatizando o impacto do poder de mercado sobre o bem-estar do consumidor.

Adotou-se como metodologia, o método analítico descritivo e como técnica de pesquisa, a bibliográfica e a documental, valendo-se dos relatórios *online* produzidos pelo Banco Central do Brasil.

O texto está dividido em quatro partes, além desta introdução. O capítulo dois descreve resumidamente a Política Nacional das Relações de Consumo. O terceiro expõe as principais características das estruturas de mercado. O capítulo quatro explana o grau de concentração e posição dominante do setor bancário, além dos possíveis impactos do poder de mercado sobre o bem-estar do consumidor na ordem econômica. Finalmente, as considerações finais são feitas no capítulo cinco.

## **2 A POLÍTICA NACIONAL DAS RELAÇÕES DE CONSUMO**

O Código de Defesa do Consumidor, antes de tratar da Política de Proteção e Defesa do Consumidor, trata da Política Nacional das Relações de Consumo, apresentando os objetivos e princípios que devem nortear o setor. Tal política deve ter por objetivos, em primeiro plano, o atendimento das necessidades dos consumidores, que é o fim principal das relações de consumo, mas deve preocupar-se também com a transparência e harmonia dessas relações, para pacificar e compatibilizar interesses eventualmente em conflito.

Subjetivamente, o campo de aplicação do CDC é especial, regulando a relação entre fornecedor e consumidor (arts. 1º, 2º, 3º, 17 e 29) ou relação de consumo (arts. 4º e 5º [...]) Um código para *agentes diferentes* da

sociedade ou consumidores em relação entre *diferentes* (um vulnerável – o consumidor – e um *expert* – o fornecedor (MARQUES, 2003, p. 31 apud CAVALIERI FILHO, 2011, p. 56, grifo do autor).

O objetivo do Estado, ao legislar sobre o tema, não é outro senão eliminar ou reduzir tais conflitos, anunciando sua presença como mediador, para garantir proteção à parte mais fraca e desprotegida na relação de consumo. Para satisfazer suas necessidades é inevitável que o consumidor compareça ao mercado e se submeta às condições que lhe são impostas pela outra parte, no caso o fornecedor.

O objetivo da defesa do consumidor não é, nem deve ser o confronto entre classes produtora e consumidora, senão o de garantir o cumprimento de bens e serviços pelos produtores e prestadores de serviços e o atendimento das necessidades do consumidor, este juridicamente protegido pela lei e pelo Estado.

A política nacional das relações de consumo tem todo um sistema que se baseia na vulnerabilidade do consumidor.

Preceitua o art. 4º do CDC:

Art 4º - A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios: [...] (BRASIL, 2014b, p. 797).

O consumidor é vulnerável visto que está diante das forças do sistema capitalista, que impõe sua vontade no mercado de consumo. É o fornecedor o detentor do conhecimento técnico da produção e do fornecimento de seu serviço, podendo, assim, estabelecer sua vontade ante ao despreparo do consumidor, ou seja, as escolhas de consumo feitas pelo consumidor não são livres, mas direcionadas pelos fornecedores, que determinam o produto e as suas características, bem como será promovido o serviço, cabendo ao consumidor a escolha de consumir ou não dentro dos critérios estabelecidos pelo fornecedor.

Nunes (2012, p. 178) esclarece: “O inciso I do art. 4º reconhece: o consumidor é a parte mais fraca da relação jurídica de consumo. Essa fraqueza, essa

fragilidade, é real, concreta, e decorre de dois aspectos: um de ordem técnica e outro de cunho econômico”.

Por isso, a Política Nacional das Relações de Consumo tem por escopo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo.

Nesse sentido, o art. 4º ressalta a principal característica da relação consumerista quando devidamente qualificada se prevê legalmente a fragilidade incontestável inerente ao consumidor em relação ao poderio econômico do mercado, quando se analisam os três primeiros incisos abaixo descritos.

- I – reconhecimento da **vulnerabilidade do consumidor** no mercado de consumo;
  - II – ação governamental no sentido de **proteger efetivamente o consumidor**;
  - [...]
  - III – harmonização dos interesses dos participantes das relações de consumo e compatibilização da proteção do consumidor com a necessidade de desenvolvimento econômico e tecnológico, de modo a viabilizar os princípios nos quais se funda a ordem econômica (art. 170, da CF), sempre com base na **boa-fé e equilíbrio nas relações entre consumidores e fornecedores**;
  - [...]
- (BRASIL, 2014b, p. 797, grifo nosso).

Especificamente, o inciso III do art. 4º do CDC estabelece o princípio da boa-fé, o qual corresponde à lealdade e cooperação nas relações entre consumidor e fornecedor, com vistas a combater os abusos praticados no mercado, evitando que interesses particulares sobreponham-se aos interesses sociais. A boa-fé é um princípio orientador, no qual as partes de uma relação jurídica devem se pautar, ou seja, é o dever conduta que razoavelmente se espera das partes com vistas a impedir qualquer conduta abusiva.

Esse inciso apresenta um relevante tripé entre *harmonia*, *desenvolvimento econômico* e *equilíbrio* - sendo o último determinante para os anteriores. A harmonização com base no equilíbrio entre as partes se faz possível pela ideia de devido. Cada qual, fornecedor e consumidor, em suas interações, mantido o

comportamento devido e respeitada a posição do outro tendem a se harmonizar no mercado de consumo.

O CDC reconhece o desenvolvimento econômico e tecnológico no mercado de consumo; o desenvolvimento como elemento próprio do mercado (instituição de troca). Entretanto, não é propósito do Código transigir com os direitos do consumidor quando presente considerações desenvolvimentistas, as quais desprezam o *equilíbrio* como determinante às interpretações quanto a harmonização e o desenvolvimento.

Acredita-se que essa compatibilização forma-se pela ideia de adaptação, pela capacidade das interações entre consumidor e fornecedor, especialmente as com duração no tempo, alinharem-se às alterações da técnica e da economia. Não é, assim, a invocação do desenvolvimento econômico válvula de escape existente para empresas atuantes em setores tecnológicos. De igual sorte, por outro lado, por dever ser reconhecido que o principal destinatário do desenvolvimento é precisamente o consumidor, na medida em que, sendo a melhora da qualidade de vida, é sentida precisamente em quem, como pessoa, é o receptor dos bens e serviços no mercado de consumo. O mercado de consumo, então, que não fornece o avanço tecnológico ao consumidor em condições próprias de preço e qualidade frustra a lógica do próprio desenvolvimento.

Assim, quando este desenvolvimento ocorre em bases capitalistas concentradas, as quais criam um ambiente favorável ao abuso do poder econômico, comprometem negativamente a defesa do consumidor, quando elimina a concorrência, domina os mercados e aumenta de forma arbitrária os lucros.

Ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, a Constituição Federal brasileira, em seu parágrafo 4.º do artigo 173 assevera que "a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação do mercado, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros" (BRASIL, 2014a, p. 61). Essa questão é problematizada pela lei 12.529 de 30 de novembro 2011, também chamada *Lei Antitruste*, que tem como finalidade prevenir e reprimir as infrações contra a ordem econômica, tomando como ponto de partida os princípios consagrados no artigo 170 da Constituição Federal, para garantir a livre concorrência, que tem como **finalidade última a defesa dos interesses do consumidor** (BRASIL, 2014c).

Em seu art. 36 lista as infrações contra a ordem econômica; no seu art. 88 dos atos de concentração (*truste*), quer horizontal, quer vertical, onde a preocupação legislativa e dos construtores do direito foi com a eficiência, com o aumento da produtividade, com a melhoria da qualidade dos bens ou serviços e com o desenvolvimento tecnológico ou econômico (BRASIL, 2014c).

O bem protegido por esta Lei é a manutenção de um **mercado competitivo** para que os preços dos bens e serviços permaneçam próximos ao ponto de equilíbrio entre a oferta e a demanda, pois em mercados dotados de oligopólios, concorrências monopolistas e monopólios, os preços afastam-se desse equilíbrio, ocasionando uma transferência indevida de riqueza do consumidor ao fornecedor.

### 3 ESTRUTURAS DE MERCADO

#### 3.1 O MERCADO

As unidades econômicas podem-se dividir em dois grandes grupos conforme sua função, a saber: compradores e vendedores. Os compradores abrangem os consumidores (adquirentes de bens e serviços) e as empresas (adquirentes de trabalho, capital e matérias-primas que utilizam para produzir e vender bens e serviços).

Claramente, a maioria das pessoas e a maior parte das empresas atuam tanto como compradores quanto como vendedores, contudo verifica-se que é prático pensar que sejam simplesmente compradores quando estejam adquirindo alguma coisa e vendedores quando estejam vendendo alguma coisa.

Assim, em conjunto, compradores e vendedores interagem, originando os mercados. Um mercado é um grupo de compradores e vendedores que interagem entre si, resultando na possibilidade de trocas. Os compradores, em conjunto, determinam a demanda pelo produto, e os vendedores, em conjunto, determinam a oferta do produto. Os mercados estão no centro da atividade econômica e se apresentam de diversas formas, por isso questões relacionadas com o modo de funcionamento são de interesse da sociedade (WESSELS, 2003).

### 3.2 MERCADO COMPETITIVO

Um mercado integralmente competitivo possui muitos compradores e vendedores de tal modo que nenhum comprador ou vendedor tenha individualmente impacto significativo sobre os preços, ou seja, cada um deles considera o preço como dado. Além disso, devem prevalecer as premissas como: os produtos são homogêneos, não existem barreiras para o ingresso de novas firmas e há transparência no mercado.

A Figura 1 ilustra o funcionamento de um mercado competitivo. O eixo vertical indica o preço de uma mercadoria, **P**, medido em Reais por unidade. Este é o valor que os vendedores recebem por uma determinada quantidade ofertada e que os compradores pagarão por uma determinada quantidade demandada. O eixo horizontal mostra a quantidade total demandada e ofertada, **Q**, medida em número de unidades por período.

A curva da oferta **O** nos informa que quantidade os produtores estão dispostos a vender para cada preço que possam receber no mercado. Esta curva tem inclinação para cima porque quanto mais alto for o preço, maior será o número de empresas desejosas a produzir e vender.

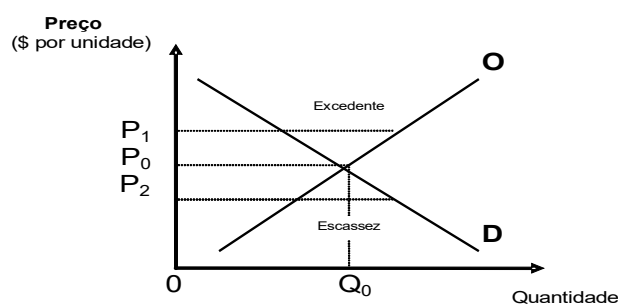


Figura 1 - Equilíbrio entre oferta e demanda. Mercado de Concorrência perfeita.

A curva de demanda **D** nos informa a quantidade que os consumidores desejam comprar para cada preço unitário que tenham de pagar. Ela tem a inclinação para baixo, porque os consumidores geralmente estarão dispostos a

comprar quantidades maiores se os preços forem mais baixos. Por exemplo, preços mais baixos poderão estimular consumidores que já estejam adquirindo tal mercadoria a consumir quantidades maiores, podendo eventualmente permitir que outros consumidores, que anteriormente não dispunham de poder aquisitivo para comprar tal mercadoria, comecem a adquiri-la.

As duas curvas se interceptam no ponto de preço e na quantidade de equilíbrio. Neste preço  $P_0$ , a quantidade ofertada e a quantidade demanda são exatamente iguais ( $Q_0$ ).

Para compreender o equilíbrio entre oferta e demanda, suponha que o preço fosse inicialmente  $P_1$ . Desta forma, os produtores procurariam produzir e vender quantidades maiores do que os compradores estariam dispostos a adquirir. Seria acumulado um **excedente**, e para que tal excedente pudesse ser vendido, ou pelo menos pudesse parar de crescer, os produtores começariam a reduzir seus preços. Eventualmente o preço cairia, a quantidade demandada aumentaria, e a quantidade ofertada diminuiria, até que o preço de equilíbrio  $P_0$  fosse alcançado.

O oposto aconteceria caso o preço inicial estivesse abaixo de  $P_0$ , ou seja,  $P_2$ . Ocorreria então uma **escassez**, pois os consumidores não conseguiriam comprar toda a quantidade que desejariam por tal preço. Isto ocasionaria uma pressão ascendente sobre os preços, à medida que os compradores se mostrassem dispostos a pagar mais pelas quantidades existentes, e os produtores reagissem por meio de aumentos de preços e expansão de produção. E, novamente, o preço iria chegar a  $P_0$ .

No que se refere ao lucro, como uma empresa competitiva é tomadora de preços, a sua receita é proporcional à sua quantidade produzida. O preço do bem equivale tanto à sua receita média como à sua receita marginal. Para maximizar o lucro, a empresa escolhe uma quantidade produzida tal que a receita marginal seja igual ao custo marginal. Como a receita marginal é igual ao preço, ela maximiza lucro quando o preço de mercado iguala-se ao custo marginal (MANKIWI, 2001).

Como se observa, quando há concorrência tanto de consumidores quanto de ofertantes, há uma tendência natural no mercado para se chegar a uma situação de equilíbrio. Neste ponto não há escassez e nem excedente de oferta, de tal forma que não existe pressão para que o preço continue se modificando. A oferta e a demanda podem não estar sempre em equilíbrio, e alguns mercados podem não ficar limpos rapidamente quando as condições são modificadas repentinamente, porém a

tendência é que os mercados tornem-se limpos, isto é, até que a quantidade ofertada e a quantidade demandada tornem-se iguais.

Desse modo, se não há obstáculos para a livre movimentação dos preços, ou seja, se o sistema é de **concorrência pura** ou perfeita, será observada essa tendência natural de o preço e a quantidade atingirem um determinado nível desejado tanto pelos consumidores quanto pelos ofertantes. Para que isso ocorra, é necessário que não haja interferência do governo<sup>3</sup> nem de forças monopolistas, que normalmente impedem quedas de preços dos bens e serviços.

Segundo Eaton e Eaton (1999), as únicas instituições que regulam a atividade econômica nessa economia de mercado puro são as de propriedade privada. Essas instituições de mercado puro criam direitos de propriedade e promovem a troca voluntária irrestrita como o modo primário de interação econômica. O único papel que o governo desempenha nesse modelo é o de pôr em prática e fazer cumprir as leis de propriedade privada.

### 3.3 DESVIO DE EFICIÊNCIA DE MERCADOS COMPETITIVOS

Na realidade, os mercados da maioria dos bens e serviços não são perfeitamente competitivos. Em alguns mercados existe apenas um vendedor, mas muitos compradores, e este vendedor determina o preço. Este tipo de vendedor constitui um mercado **monopolista**. Em outros mercados há poucos vendedores que nem sempre competem agressivamente, como é o caso do **oligopólio**.

Existem mercados que há muitos vendedores oferecendo produtos diferenciados e por isso podem determinar, em certa medida, o preço do seu produto. Outras firmas, porém, surgem no mercado, produzindo substitutos próximos e o lucro individual diminui. As empresas concorrem entre si, mas não vendem o mesmo produto ou serviço. Diz-se que um mercado de **concorrência monopolista**.

Assim é que, existem falhas de mercado que impedem a ocorrência de solução de eficiência na alocação de recursos produtivos escassos.

---

<sup>3</sup> Vasconcellos e Garcia (2014) esclarecem que o governo intervém na formação de preços de mercado quando fixa impostos, subsídios e estabelece os critérios de reajuste do salário mínimo, fixa preços mínimos para produtos agrícolas, decreta tabelamentos e congelamentos de preços e salários.

O Quadro 1 apresenta um resumo das principais estruturas de mercado e suas características. Percebe-se que da concorrência perfeita para o monopólio alcança-se o último grau de concentração de um mercado, no qual uma única empresa tem o poder de formar o preço, o contrário verifica-se do monopólio para a concorrência perfeita, em que as empresas são tomadoras dos preços, e nem uma de forma unilateral pode decidir a formação de preço.

Quadro 1 – As principais Estruturas de Mercado.

Características	Concorrência perfeita	Concorrência Monopolista	Oligopólio	Monopólio
<b>Número de empresas</b>	Muito grande	Grande	Pequeno	Único
<b>Produto</b>	Homogêneo	Diferenciado	Homogêneo ou diferenciado	Não há substitutos
<b>Controle de preços</b>	Tomador de preço	Pouca margem de manobra, devido aos substitutos/ enquanto consegue diferenciar, poderá fixar o próprio preço.	Concorrência ou formação de <b>cartéis</b> para controle de preços e produção	Formador de preço
<b>Concorrência extrapreço</b>	Não há	Intensa. Diferenciação por embalagem, marca ou <i>design</i> .	Intensa, especialmente quando há diferenciação de produtos	Propagandas para salvaguardar imagem
<b>Barreiras de acesso</b>	Não há	Não há	Há para novas empresas	Há para novas empresas
<b>Exemplos</b>	Mercados atacadistas de produtos agrícolas e mercados financeiros se aproximam da concorrência perfeita.	Indústria de sabonetes, creme dental e produtos de higiene em geral.	Empresas de transporte aéreo, bancos, empresas produtoras de automóveis, grandes redes de supermercado, distribuidoras de combustível.	Distribuição de água em uma cidade (monopólio natural), produtos patenteados, vendedores que detêm com exclusividade um "ponto" de vendas.

Fonte: Vasconcellos e Garcia (2014, p. 98).  
Eaton e Eaton (1999).

Os mercados competitivos apresentam desvio de eficiência devido, basicamente, a quatro razões: **poder de mercado**, informação incompleta, externalidades e bens públicos. O objetivo da seção seguinte é reunir algumas

reflexões sobre o poder de mercado, o que definitivamente afasta o mercado de uma concorrência substancial.

### 3.3.1 Características do poder mercado/posição dominante

Sayeg (1995, p. 49) conceitua “posição dominante como a situação empresarial na qual o comerciante ou grupo de comerciantes detêm a exclusividade na oferta ou demanda de determinado produto ou serviço no mercado.”

Forgioni (2014, p. 260-261, grifo do autor) observa que:

Quando se faz referência à “posição monopolista” pode-se pensar em termos da existência de apenas um agente econômico em determinado mercado. Não obstante, é bastante comum, tanto na doutrina jurídica quanto na econômica, que a expressão “posição monopolista” venha utilizada para refletir aquela do agente econômico que não é o único a atuar no mercado relevante. Parte-se, então, do pressuposto que mesmo um agente econômico que não seja o único a atuar no mercado pode deter *poder econômico* tal (ou seja, *razoável*) que lhe permita agir de forma *independente* e com *indiferença* à existência ou comportamento dos outros agentes.

A maioria dos economistas afirma que há posição dominante quando o agente detém a capacidade de impor preços muito acima de seu custo marginal. Nos alerta Forgioni (2014, p. 261), pela ótica jurídica essa posição deve ser entendida no sentido de independência e indiferença do agente econômico em colocar o preço acima daqueles derivados da competição, mas devem-se levar em conta outras formas. “A posição dominante implica sujeição (seja dos concorrentes, [...], seja dos consumidores) àquele que o detém.”

Segundo Pindyck e Rubinfeld (1994), o poder de mercado refere-se a capacidade de afetar preços de forma lucrativa e é relativamente comum nas relações econômicas. O excessivo poder de mercado ocasiona problemas de equidade e imparcialidade. Somente pelo fato de possuir uma maior parcela do mercado, esta empresa pode ser levada a agir de forma independente e autônoma, neutralizando as forças normais que regeriam o mercado. Simultaneamente, se uma

empresa possui significativo poder de monopólio, ela estará lucrando à custa dos consumidores.

Diante destas colocações, a questão é: por que algumas empresas possuem um considerável poder de monopólio, enquanto outras têm pouco ou nenhum?

Pindyck e Rubinfeld (1994, p. 447) explicam que o poder de monopólio está baseado na *capacidade de definir o preço acima do custo marginal de produção* (aumento do custo de produção correspondente à produção de uma unidade adicional de produto) e a quantidade pela qual o preço ultrapassa o custo marginal depende do *inverso da elasticidade da demanda*. Em tais estruturas de mercado, os preços estarão acima e as quantidades produzidas abaixo daquelas associadas ao nível de eficiência.

Define elasticidade, Fontes et al (2010), como uma medida de sensibilidade de uma variável para a outra. Especificamente, trata-se de um número que nos informa a variação percentual que ocorrerá em uma variável, como resposta a uma variação de 1% em outra variável.

No que se refere à elasticidade-preço da demanda, esse valor mede a sensibilidade da quantidade demanda em relação a alterações no preço, ou seja, ele nos informa qual a variação percentual na quantidade demandada de um bem ou serviço após o aumento em 1% no preço de tal bem ou serviço. A elasticidade-preço da demanda é um número negativo, pois quando o preço de uma mercadoria aumenta, sua quantidade demandada em geral cai, ou quando o preço diminui, sua quantidade demandada eleva.

Conforme Pindyck e Rubinfeld (1994, p. 36, grifo nosso):

Quando a elasticidade de preço é superior a 1 em magnitude, dizemos que a demanda é *preço-elástica*, porque o percentual de redução da quantidade demandada é maior do que o percentual de aumento no preço. Se a elasticidade de preço for menor do que 1 em magnitude, diz-se que a demanda é *preço-inelástica*. Em geral, a elasticidade da demanda por uma mercadoria depende da disponibilidade de outras mercadorias que possam ser substituídos por ela. Quando existem substitutos próximos, um aumento no preço faz com que o consumidor passe a comprar menos de tal mercadoria, e mais de seu substituto. Dir-se-á então que a demanda é altamente preço-elástica. **Quando não existem substitutos próximos, a demanda tenderá a ser preço-inelástica.**

Três fatores<sup>4</sup> determinam a elasticidade da demanda de uma empresa, a saber:

- a) Elasticidade da demanda de mercado.** A demanda da própria empresa será pelo menos tão elástica quanto for a demanda de mercado, portanto a elasticidade da demanda do mercado limita o potencial de poder de monopólio ou econômico. Se houver apenas uma empresa - uma monopolista pura - sua curva de demanda será a curva da demanda de mercado. Neste caso o grau de poder de monopólio da empresa dependerá inteiramente da elasticidade da demanda do mercado. No entanto, é mais freqüente, que diversas empresas encontrem-se concorrendo entre si; neste caso a elasticidade da curva de demanda do mercado define o limite inferior para a elasticidade da demanda de cada empresa;
- b) Número de empresas atuando no mercado.** Se existirem muitas empresas no mercado, será pouco provável que qualquer uma delas tenha unilateralmente possibilidade de influenciar, significativamente, o preço de mercado. Quanto mais empresas competirem entre si, maiores serão as dificuldades encontradas por elas para aumentar preços e evitar a perda de vendas para as suas concorrentes. Vale ressaltar que, não é apenas o número total de empresas, mas o número de concorrentes importantes, isto é, empresas que detêm significativas fatias do mercado; e
- c) Interação entre empresas.** Mesmo se apenas duas ou três empresas estiverem atuando no mercado, nenhuma delas terá unilateralmente possibilidade de elevar seu preço com lucro, caso exista uma agressiva rivalidade entre elas, ou seja, com cada empresa procurando capturar a maior fatia possível de mercado. Por outro lado, as empresas poderiam não estar competindo, e até estarem em conluio transgredindo, assim, a *Lei Antitruste*. (PINDYCK e RUBINFELD, 1994, p. 448-450, grifo nosso).

De maneira mais clara, Vasconcellos e Garcia (2014, p. 54-55) prelecionam sobre os fatores que influenciam o grau de elasticidade-preço da demanda: a) a existência de bens substitutos (quanto menor o número de substitutos para o bem, menor deverá ser sua elasticidade); b) o peso do bem no orçamento do consumidor (quanto maior seu peso, menor será sua elasticidade); e c) essencialidade do bem (quanto mais essencial for o bem, menor deverá ser sua elasticidade).

Desta forma, tem-se que o determinante definitivo do poder de monopólio é, portanto a elasticidade da demanda da empresa, assim, quanto menos elástica (menos sensível) for a curva da demanda da empresa, maior o poder de monopólio, por outro lado, quanto mais elástica (mais sensível) for a curva da demanda de empresa, menor o poder de mercado.

---

<sup>4</sup> De forma análoga, o poder de monopsônio depende de três condições: da elasticidade da oferta, do número de compradores atuando no mercado e da forma de interação entre estes compradores.

O § 1º do art. 36 da lei 12529/2011 dispõe que: “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*” (BRASIL, 2014c, p. 11, grifo nosso), ou seja, dominar mercado relevante de bens ou serviços.

Por outro lado, o § 2º assim preceitua:

**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 (BRASIL, 2014c, p. 11, grifo nosso).

Assim, tem-se que para efeitos de repressão do abuso, a lei deve presumir que o poder econômico que vise à dominação de mercado, à eliminação da concorrência e aumento arbitrário de lucro é abusivo. Isto significa que, para o direito concorrencial brasileiro, a abusividade do poder econômico não é caracterizada em termos de certos atos que subjetivamente tenham determinadas finalidades. Mas considera a abusividade do poder econômico como determinados estados ou modos estruturais e/ou comportamentais objetivos daquele poder, quando alcançados por meio de ou que possam ser alcançados por certos atos exemplificadamente discriminados em lei.

Em outras palavras, o abuso de posição dominante não vem definido em nossa lei, sendo considerados apenas os efeitos que são (ou podem ser) produzidos sobre o mercado. A lei 12.529/2011, em seu art. 36, § 3º, limita-se a enumerar práticas mais comuns, destacam-se, aqui, a fixação de preços ou condições de venda entre concorrentes (cartel), ajustes de preços e condições em licitações públicas (cartel em licitações), discriminação de preços, recusa de negociação, prática de preços predatórios, destruição de matérias primas (açambarcamento) e a **venda casada**.

Ressalta-se que a existência de estruturas concentradas de mercado, como monopólios, concorrência monopolística ou oligopólios, em si, não é ilegal do ponto de vista concorrencial. O que ocorre é que nesses casos há maior probabilidade de

exercício de poder de mercado e, portanto, maior potencial de ocorrência de condutas anticompetitivas.

Assim, abusivo não é o ato em si, mas o poder que o pratica de modo desviante. Dessa forma, o ato configurará infração contra a ordem econômica se configurar ou puder provocar (potencialidade) um poder abusivo (aquele que vise a dominar mercados, a eliminar concorrência, a aumentar arbitrariamente os lucros).

A livre concorrência é incompatível com o abuso do poder econômico. Aliás, a Carta Magna de 1988 não combate nem nega o exercício legal do poder econômico, porém o seu uso desmensurado e anti-social enseja a intervenção do Estado para coibir excessos. Práticas abusivas, portanto, derivadas do capitalismo monopolista, dos cartéis, dos oligopólios, não encontram respaldo constitucional.

### 3.3.2 Venda casada: uma manifestação da posição dominante

A venda casada apresenta respaldo tanto na Ordem Econômica como no Código de Defesa do Consumidor, vejamos:

A legislação antitruste em vigor, lei 12.529/2011, assim preleciona sobre a venda casada:

art. 36. [...]

§ 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:

[...]

XVIII - **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; [...] (BRASIL, 2014c, p.12, grifo nosso)

O *caput* do art. 36 caracteriza a venda casada como prática abusiva, exercida no contexto dos incisos, destacam-se aqui o I e IV, este fala exatamente da posição dominante como ambiente propício a tal abuso.

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;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

**IV - exercer de forma abusiva posição dominante** (BRASIL, 2014c, p.12, grifo nosso).

No CDC a mesma prática é considerada abusiva

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

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

[...] (BRASIL, 2014b, p. 801, grifo nosso).

Finalmente, têm-se dois institutos que tratam da venda casada<sup>5</sup> regulando sobre os danos que a prática pode causar ao consumidor. No direito do consumidor a tutela é direta e no Direito Antitruste, ainda que indiretamente, ao tutelar a concorrência. Não há dúvida, a venda casada é considerada um crime contra a ordem econômica e contra as relações de consumo.

#### 4 O SISTEMA BANCÁRIO BRASILEIRO E A PRÁTICA DA VENDA CASADA

##### I - Concentração bancária no Brasil

Em uma economia de mercado, a defesa da concorrência atua como um dos pilares de sustentação, ao ser o meio de se buscar a criação de um ambiente

---

<sup>5</sup> Constituindo inclusive crime contra as relações de consumo (art. 5º, II, da Lei n.º 8.137/90), com penas de detenção aos infratores que variam de 2 a 5 anos ou multa.

econômico eficiente. O pressuposto de uma economia eficiente, é que os cidadãos disponham da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis, fazendo com que desfrutem do máximo de bem-estar econômico possível. O objetivo último da defesa da concorrência é tornar máximo o nível de bem-estar econômico da sociedade.

O Banco Central do Brasil, autoridade que monitora os níveis de concentração do Sistema Financeiro Nacional, utiliza o índice de Herfindahl-Hirschmann (IHH)<sup>6</sup>, a Razão de Concentração dos quatro maiores (RC4) e dos dez maiores participantes (RC10) nos ativos totais, nas operações de crédito e nos depósitos totais do segmento bancário (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2014a, p. 48).

A interpretação imediata desses índices é que quanto maior o valor da concentração, supostamente mais facilidade teriam as empresas participantes de exercer um poder de mercado, entretanto economistas sustentam que esta não pode ser a única medida de concentração.

No que tange ao segmento bancário, os valores dos indicadores de concentração relativos ao segundo semestre de 2013, para cada um dos três agregados contábeis, estão apresentados no Quadro 2.

Quadro 2 – Indicadores de concentração: sistema bancário (dez./2013).

Agregados Contábeis <sup>7</sup>	IHH	RC4	RC10
Ativos totais	<b>0,1355</b>	69,83%	89,32%
Operações de crédito	<b>0,1553</b>	73,85%	91,53%
Depósitos totais	<b>0,1643</b>	75,85%	91,15%

RC4 – Razão de Concentração para os quatro maiores participantes

RC10 – Razão de Concentração para os dez maiores participantes

Fonte: Banco Central do Brasil, 2014a.

<sup>6</sup> O IHH é utilizado pelas autoridades nacionais e internacionais de defesa da concorrência como *instrumento acessório* na avaliação de níveis de concentração econômica. Conforme o Guia para Análise de Atos de Concentração, divulgado pelo Comunicado nº 22.366, de 27 de abril de 2012, o BCB considera que mercados que registraram valores para o IHH situados entre 0 e 0,1 são considerados de baixa concentração; **entre 0,1 e 0,18 de moderada concentração**; e acima de 0,18 de elevada concentração. O IHH é obtido pelo somatório do quadrado da participação de cada instituição financeira (IF) no mercado considerado:  $IHH = (IF1)^2 + (IF2)^2 + \dots + (IFn)^2$ .

<sup>7</sup> I - Ativos Totais – Somatório dos Ativos Circulante, Realizável a Longo Prazo e Permanente; II - Operações de Crédito e Arrendamento Mercantil – Total Bruto das Operações de Crédito e de Arrendamento Mercantil, ou seja, inclui os créditos provisionados por conta de devedores duvidosos; e III - Depósitos Totais – Somatório dos Depósitos à Vista, a Prazo, de Poupança, Interfinanceiros e Outros (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2014b).

Os resultados apontam para uma concentração bancária e, especificamente, o IHH manteve-se dentro do intervalo considerado como de **moderada concentração**, segundo referência adotada pelo BACEN, uma vez que os valores mantiveram-se entre **0,1 e 0,18** (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2014b).

Ainda segundo o Banco Central, os cinco maiores bancos do Brasil concentram 83% (Figura 2) dos depósitos realizados no país.

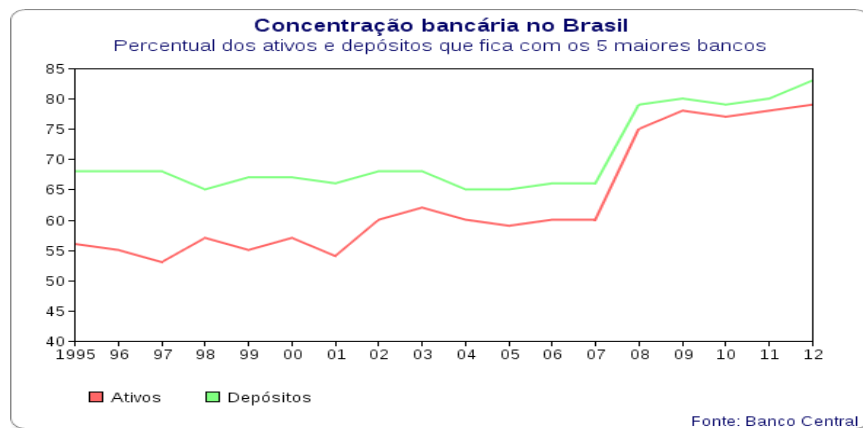


Figura 2- Evolução da Concentração bancária no Brasil – 1995 a 2012.

Fonte: Banco Central do Brasil, 2014.

Desde 1995, data em que se inicia a série, este é o maior nível de concentração do setor bancário. As cinco instituições financeiras que dividem essa grande fatia do mercado são: Banco do Brasil, Itaú, Caixa Econômica Federal, Bradesco e Santander.

Há 18 anos, apenas 68% dos depósitos estavam nos cinco maiores grupos. Outros indicadores, como ativos, número de agências, lucro e quantidade de funcionários, também mostram concentração similares.

Em 1995, os cinco maiores conglomerados financeiros compreendiam 56% dos ativos totais, em 2012 a proporção é de 79%.

O percentual oscilava entre 79% e 80% desde 2008, mas em 2012 a concentração subiu um pouco e atingiu o pico de 83% (Figura 2). Percebe-se que a concentração bancária no Brasil, que vem aumentando desde pelo menos 1998, com um salto exponencial em 2008, quando o Itaú fundiu-se com o Unibanco e o Santander incorporou os ativos do ABN Amro em 2007.

Em outro trabalho de pesquisa acadêmica, Divino e Silva (2014) determinaram o nível de competição no mercado bancário brasileiro no período de julho de 1994 a fevereiro de 2012 por meio da aplicação do modelo de Panzar-Rosse a um painel de dados balanceado com 62 instituições financeiras. Concluíram que, em geral, os bancos brasileiros não participam de estruturas competitivas de mercado. A exceção fica por conta dos bancos de investimento, que possuem estatística-H compatível com estruturas de concorrência monopolística. Os cinco grandes bancos apresentam estrutura não concorrente e possuem poder de mercado consideravelmente superior às demais instituições, o que pode ser usado para explicar a elevada lucratividade e os elevados juros que praticam no mercado.

Ao calcular o Índice de Lerner, o modelo indicou que bancos estrangeiros e de desenvolvimento são instituições que possuem o mesmo poder de mercado que os bancos em geral. Bancos públicos possuem poder de mercado inferior aos bancos em geral. Porém, esses bancos também não atuam competitivamente. Isso se deve às constantes interferências políticas na administração dos bancos públicos e na sua utilização como instrumentos de distintas políticas sociais, distanciando-os de instituições privadas puramente maximizadoras de lucro.

Esclarece Forgioni (2014, p. 421), a lei 12.529/2011 não adotou o IHH, utilizado pelo Banco Central do Brasil, como indicador do grau de concentração de determinado mercado. Entretanto, poderá ser utilizado como argumento retórico tanto pelas partes que submetem à apreciação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) operação de concentração, como pelo intérprete autêntico.

Assim, pela lei antitruste, as concentrações, na medida em que são atos, podem constituir infração da ordem econômica se tiverem por objeto ou que possam produzir efeito tipificado em qualquer dos incisos do art. 36.

## II – Elasticidade-preço da demanda de crédito bancário no Brasil

Mendonça e Sachsida (2013) estimaram o sistema de oferta e demanda de crédito bancário no Brasil. Com base no emprego de dados agregados, entre junho de 2000 e agosto de 2012, para os segmentos de crédito de pessoa física (PF) e pessoa jurídica (PJ) pôde-se observar importantes resultados, entre eles destaca-se a elasticidade da demanda por crédito.

Calculando e comparando a elasticidade-preço da demanda entre a PJ e PF, concluíram que a PJ apresenta elasticidade bem maior do que a obtida para PF, corroborando o fato de que as empresas podem dispor de outras fontes de financiamento, ou seja, valer-se do efeito substituição. Isso pode significar que **o prestador tem um poder de controlar a taxa de juros para o segmento de PF** bem maior que no segmento de PJ.

### III – Vendas casadas

Sandroni (2005) conceitua venda casada como prática comercial desenvolvida especialmente por monopólios e oligopólios e que consiste em vender um bem se o comprador aceitar a compra de outro. Para que o cliente se veja forçado a comprar do mesmo vendedor outros produtos, é necessário que o produto tenha um elevado grau de essencialidade e a possibilidade de substituição seja nenhuma ou baixa.

A resolução 2892/01 do Banco Central, que alterou a resolução 2878/01, em seu art. 17 assim determina: “é vedada a contratação de quaisquer operações condicionadas ou vinculadas à realização de outras operações ou à aquisição de outros bens e serviços” (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2014c, p. 3).

De acordo com o *Diário do Comércio*, a maior reclamação contra a prática está no setor financeiro. Segundo levantamento da Fundação Procon em São Paulo (Procon-SP), de janeiro a dezembro de 2006, das 22 queixas sobre venda casada, 21 vieram desse segmento (PORTAL DO CONSUMIDOR, 2015).

Explica Forgioni (2014, p. 298), as vendas casadas são tradicionalmente vistas como abusivas quando praticadas por empresas que detêm a posição dominante. Nesse prisma, podem-se colocar os seguintes requisitos para a configuração da venda casada anticoncorrencial:

- a) Deve existir *um produto principal e um produto imposto* (ou seja, é necessário que haja dois produtos e não um, ou um bem e um serviço distintos, ou ainda dois serviços);
- b) Deve haver *coerção* para o adquirente do produto;
- c) O fornecedor deve ser titular de certo grau de poder de mercado (FORGIONI, 2014, p. 299).

Destaca a autora, o segundo elemento (coerção) está normalmente relacionado à existência de poder de mercado do agente que impõe a restrição.

Em pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (Idec) verificou-se que os bancos praticam venda casada ao conceder empréstimo pessoal para o consumidor. **Dos seis maiores bancos pesquisados pelo Instituto, três - Banco do Brasil, Itaú e o Santander – incluíram um seguro no empréstimo sem a autorização do consumidor, prática considerada venda casada, expressamente proibida pelo CDC (IDEC, 2015).**

De acordo com o Instituto, no último levantamento, em 2012, o Banco do Brasil e o Santander já haviam cometido a mesma infração. Os resultados de uma enquete realizada no site do Idec sugerem que o problema é generalizado. Dos 533 internautas que participaram 70% disseram que o banco obrigou a aquisição de um empréstimo ou financiamento, seja por incluir o serviço sem informá-los ou por alegar que sem ele o crédito não havia sido liberado.

Em sede jurisprudencial, o relator julgou procedente a apelação interposta no processo de Ação Revisional de Cláusulas contra a Poupex – Associação Poupança e Empréstimo, um serviço disponibilizado pelo Banco do Brasil, considerando proibida a venda casada do seguro, declarando a nulidade da cláusula contratual.

APELAÇÃO - PROCESSUAL CIVIL - REVISIONAL - SFH - JUROS REMUNERATÓRIOS - LIMITAÇÃO - NÃO VERIFICAÇÃO DE ABUSIVIDADES - TABELA PRICE - ANATOCISMO - NÃO CONFIGURAÇÃO - **SEGURO - VENDA CASADA - ABUSIVIDADE - MANUTENÇÃO SEGURO - CONTRATAÇÃO MERCADO - NECESSIDADE.** - Não há que se falar em limitação dos juros remuneratórios a importe de 12% ao ano, uma vez que as Instituições Financeiras e aquelas a elas equiparadas não se encontram adstritas<sup>8</sup> à Lei de Usura. - Não constitui violação da Lei nº 8.692/93 a aplicação da Tabela Price nos reajustes do saldo devedor de contratos do Sistema Financeiro da Habitação, segundo posição reiterada do STJ. - **É abusiva a cláusula que imponha ao mutuário a contratação do seguro por empresa do mesmo grupo financeiro, retirando-lhe a prerrogativa de escolha.** (TJ-MG - AC: 10024081192403004 MG, Relator: Alexandre Santiago, Data de Julgamento: 25/06/2013, Câmaras Cíveis / 11ª CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 01/07/2013). (MINAS GERAIS, 2015, p. 1, grifo nosso).

Nesta decisão, a consumidora se sente prejudicada com o seguro contratado, sob acusação de que ocorreu a "venda casada", o que é vedado pelo CDC. O relator

---

<sup>8</sup> "sic", deve ser "adstrito".

entendeu que a sentença monocrática em tal ponto merece reforma, uma vez que a lei estabelece a obrigatoriedade de contratação, conjuntamente com o financiamento, de um seguro habitacional, mas inexistente norma a amparar a inaceitável exigência de que o referido seguro deva ser contratado com a empresa do mesmo grupo econômico da financeira. Assim é que a obrigatoriedade não pode ser de contratação com a empresa ré, mas que devendo existir seguro, não há que se falar em declaração de nulidade da cláusula que prevê o seguro, sem obrigar a parte a contratar seguro equivalente.

Em outro caso, constatou-se a venda casada praticada pela Caixa Econômica Federal:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE EMPRÉSTIMO BANCÁRIO. JUROS REMUNERATÓRIOS. INAPLICABILIDADE DA LIMITAÇÃO PREVISTA NO DECRETO N. 22.626/1933. CONTRATO DE SEGURO. **RECONHECIMENTO DE VENDA CASADA**. JULGAMENTO EXTRA PETITA NÃO CARACTERIZADO. 1. [...]. 2. O art. 39, inciso I, da Lei n. 8.078/1990, veda expressamente a prática da denominada venda casada. 3. A CEF afirma que foi celebrado um contrato de seguro na mesma data do contrato de empréstimo bancário CDC (fl. 89), podendo, portanto, concluir-se pela presunção iuris tantum de que a abertura do financiamento bancário estava atrelada à celebração do contrato de seguro de vida, sendo irrelevante, no caso dos autos, a alegação de ilegitimidade passiva, se ambos os ajustes de vontades foram assinados conjuntamente e na presença do mesmo agente financeiro, como é de praxe nessas operações bancárias. 4. A determinação de nulidade do contrato de seguro é decorrência lógica da alegação feita pela autora e acolhida pelo magistrado a quo de que houve venda casada, e no pedido de recálculo dos valores, deduzindo aqueles pagos a maior, a título de juros, e de seguro. 5. Ademais, **não está em discussão o seguro em si, mas a sua exigência obrigatória, como condição para se firmar o contrato de empréstimo bancário**. 6. Sentença confirmada. 7. Apelação da autora e recurso adesivo da CEF não providos. (TRF-1 - AC: 2447420084013300, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL DANIEL PAES RIBEIRO, Data de Julgamento: 16/06/2014, SEXTA TURMA, Data de Publicação: 07/07/2014). (JUSTIÇA FEDERAL, 2015, p. 1, grifo nosso).

Como se observa, a decisão foi favorável à consumidora que alegou imposição da venda casada ao estabelecer um contrato de empréstimo junto à Caixa Econômica Federal.

#### 4.1 A POSIÇÃO DOMINANTE E O BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR NA ORDEM ECONÔMICA

“O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (art. 5º, XXXII), estando também elevada, a defesa do consumidor, à categoria de “princípio geral da atividade econômica” (art. 170, V), estando justaposta com princípios basilares para o modelo político-econômico brasileiro, como a da soberania, da propriedade privada, da livre concorrência e outros (BRASIL, 2014a).

A Constituição brasileira de 1988, ao inserir a defesa do consumidor em seu artigo 5º, XXXII, tratou desta matéria como direito fundamental, constituindo-se, ainda, um princípio da ordem econômica, conforme estabelece o artigo 170, V, da Carta Magna.

A defesa do consumidor é tratada de forma mais específica pela Lei 8.078/1990, que o reconhece como a parte mais vulnerável nas relações de consumo. Em razão desta maior vulnerabilidade é que se exige a interferência do Estado nas relações privadas de consumo, garantindo-se maior proteção aos direitos e interesses dos consumidores.

O Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 2º, conceitua o consumidor como a “pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final” (BRASIL 1014b, p. 797). Ele é o destinatário econômico final das normas concorrenciais, e o seu bem estar é o objetivo último a ser alcançado pela legislação antitruste. O bem-estar aqui é tomado não somente no sentido de eficiência econômica, mas no sentido de liberdade de escolha, capaz de assegurar a repartição dos ganhos provenientes de uma maior eficiência econômica entre produtores e consumidores (FONSECA, 2014).

Contudo, embora o mercado seja destinado aos consumidores, ele nem sempre resguarda os interesses destes, razão pela qual se faz necessária a adoção de políticas destinadas à proteção da concorrência, que garantirá a proteção da liberdade de escolha. Nas palavras de Petter (2011, p. 81 apud FONSECA, 2014, p. 6):

A ideia de que os mecanismos naturais de mercado, com sua incessante busca por eficiências de toda ordem, voltados, direta ou dissimuladamente, para a obtenção do lucro, resguardariam os interesses dos consumidores – pois o mercado é a eles destinado – cai por terra quando examinada a realidade que se nos apresenta, farta na exemplificação de abusos de poder

econômico de toda ordem, seja na formação de cartéis e na constatação de monopólios e oligopólios, seja pelo comportamento imposto ao consumidor pelas agressivas políticas de *marketing* que a todo instante geram novas necessidades para eles. Ou seja, é contestável a chamada soberania do consumidor.

Segundo Martinez (2004, p. 12 apud FONSECA, 2014, p. 6):

A soberania do consumidor existirá quando estiverem presentes os seguintes elementos: (i) existência de opções efetivas de escolha proporcionada pela concorrência; e (ii) possibilidade dos consumidores escolherem livremente entre essas opções.

O que se busca aqui não é somente um maior número de opções, mas um “equilíbrio entre a busca de eficiência econômica e a manutenção de uma série de opções efetivas para o consumidor” (MARTINEZ, 2004, p. 12 apud FONSECA, 2014, p. 6).

Neste sentido aponta Petter (2011, p. 81 apud FONSECA, 2014, p. 6):

Se a livre concorrência constitui caro princípio da atividade econômica, propiciando competição entre os agentes econômicos atuantes em um determinado mercado, certo é que esta competição pode gerar inegáveis benefícios aos consumidores.

E ainda

Protegendo o consumidor, a norma concorrencial visa a estabelecer o equilíbrio das relações no mercado, buscando a equidade e a boa condução dessas relações. O direito concorrencial também tem interesse em buscar a satisfação do consumidor. Tudo quanto produzido só faz sentido porque será consumido pelo consumidor, sendo a satisfação dessas necessidades um incentivo à produção (MARTINEZ, 2004, p.13 apud FONSECA, 2014, p. 6)

A livre concorrência, ao possibilitar a venda de produtos a preços mais competitivos, ou seja, mais baixos, além de garantir a possibilidade de escolha e a

constante inovação aos produtos, colocam o consumidor como beneficiário das normas concorrenciais.

Portanto, tendo-se em vista que “a concorrência é indispensável para a dinâmica do mercado e o mercado tem por destinatário final o consumidor”, a tutela dos interesses destes se dá de forma mediata, e ocorre “por meio da proteção da ‘instituição’ concorrência” (FONSECA, 2014, p. 6). Tomemos o exemplo de Ana Paula Martinez, segundo o qual um produtor (produtor-predador) institui, num mercado concorrencial, preços mais baixos, com o objetivo de eliminar os concorrentes. A princípio é favorável aos consumidores que comprarão os produtos a preços mais baixos. Porém, a tendência é que se instaure um monopólio, sistema este prejudicial aos consumidores, que ficarão sujeitos aos preços daquele produtor e terá suprimida a sua liberdade de escolha.

[...] **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. Por isso que o interesse do consumidor – **mercado competitivo/liberdade de escolha** – é mediado pela proteção dos concorrentes (MARTINEZ, 2004, p. 15 apud FONSECA, 2014, p. 7, grifo nosso).

Conforme Petter (2011, p. 83 apud FONSECA, 2014, p. 7, grifo nosso):

Através da livre concorrência, propicia-se a competição entre agentes econômicos que atuam em determinado mercado e criam-se condições favoráveis aos consumidores. Entretanto, **ainda que se tutele a livre concorrência, não estará o consumidor, sujeito vulnerável e hipossuficiente, imune aos abusos do poder econômico, de sorte que incumbe ao Estado interferir nessa relação privada.**

Destarte, o Poder Público tem como função resguardar a concorrência, proporcionando a harmonia nas relações comerciais. A manutenção de um ambiente concorrencial constitui um importante instrumento para garantir a satisfação dos interesses dos consumidores, garantindo-se a eficiência, preços mais baixos, amplo acesso à informação e maior possibilidade de escolha de produtos e serviços (FONSECA, 2014).

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta seção, é preciso voltar às questões colocadas no início do trabalho e resgatarmos os principais argumentos discutidos ao longo do mesmo.

Este estudo procurou compreender a vulnerabilidade do consumidor perante a posição dominante, mais precisamente uma reflexão sobre o setor bancário brasileiro e a prática da venda casada.

O questionamento levantado diz respeito em até que ponto a proteção do consumidor, se efetiva diante da posição dominante de determinados setores concentrados da economia que ditam as regras e inclusive os preços, não necessariamente nesta ordem.

Na análise desenvolvida percebeu-se que a política nacional das relações de consumo tem todo um sistema que se baseia na vulnerabilidade do consumidor. As escolhas de consumo feitas pelo consumidor não são livres, mas direcionadas pela forma que os mercados se encontram organizados. Quanto mais concentrado o mercado, maior o poder econômico/posição dominante e menor o grau de liberdade escolhas do consumidor.

Não necessariamente a posição dominante é exercida por uma única empresa. Uma condição imprescindível para o exercício do poder econômico é estar diante de uma demanda de mercado inelástica, pois assim, maior é a probabilidade da adoção de condutas não competitivas. A lei 12529/2011 não proíbe o uso do poder econômico e sim o abuso que pode surgir de posição dominante e esta é presumida. Assim, 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, entende-se que há posição dominante.

De outra forma, o abuso de posição dominante não vem definido em nossa lei, sendo considerados apenas os efeitos que são (ou podem ser) produzidos sobre o mercado. Em seu art. 36, § 3º, a legislação antitruste, limita-se a enumerar as práticas abusivas, destacou-se neste trabalho a venda casada. Esta prática é tratada por dois institutos, no direito do consumidor a tutela é direta e no Direito Antitruste, ainda que indiretamente, ao tutelar a concorrência.

Detectou-se, utilizando o resultado de duas pesquisas, que o sistema bancário brasileiro é concentrado, destacando cinco bancos, a saber: Banco do Brasil, Itaú, Caixa Econômica Federal, Bradesco e Santander. Estes possuem poder econômico consideravelmente superior às demais instituições, o que pode ser usado para explicar a elevada lucratividade e os elevados juros que praticam no mercado.

Além disso, dados revelam que a elasticidade-preço da demanda de crédito bancário no Brasil da Pessoa Jurídica (PJ) apresenta elasticidade bem maior do que a obtida para Pessoa Física (PF), corroborando o fato de que as empresas podem dispor de outras fontes de financiamento. Isso pode significar que o prestador tem um poder de controlar a taxa de juros para o segmento de PF bem maior que no segmento de PJ.

No tocante às vendas casadas, estas são tradicionalmente vistas como abusivas quando praticadas por empresas que detêm posição dominante. Nesse prisma duas análises auxiliam nessa hipótese a do Procon-SP e do IDEC. As duas inferiram que os cinco grandes bancos praticam a venda casada, apoiando que em mercado concentrados há um ambiente propício para tal conduta. Em sede jurisprudencial, foram apresentadas duas decisões, nas quais se configuram a prática da venda casada pelo Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal.

Ante o exposto, foi possível verificar que a posição dominante representa uma ameaça potencial ou efetiva da ordem econômica e financeira. Identificar as ações que restringem a concorrência é uma tarefa difícil e exige uma avaliação caso a caso por parte dos órgãos competentes. A lei define e fornece exemplos de uma série de práticas consideradas abusivas, entre elas a venda casada.

Ademais, a defesa do consumidor e a promoção da concorrência é um procedimento trabalhoso, em um mundo, cuja tendência é a concentração econômica. No entanto, para tornar máximo o nível de bem-estar econômico da sociedade é preciso que os cidadãos possam exercer o direito de escolher os bens e serviços pelos menores preços possíveis, e isso é viável, quando existe um Estado que tutela as relações entre consumidores e vendedores, prevenindo, assim, o abuso do poder econômico.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988: atualizada até a Emenda Constitucional n.º 76, de 28.11.2013. In: **Vade Mecum Saraiva**. Obra coletiva de autoria da ed. Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes Juliana Nicoletti. 15. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014a.

\_\_\_\_\_. Lei n. 8078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. In: **Vade Mecum Saraiva**. Obra coletiva de autoria da ed. Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes Juliana Nicoletti. 17. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2014b.

\_\_\_\_\_. Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm)>. Acesso em: 12 abr. 2014c.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. **Relatório de estabilidade financeira**. Brasília, v.13, n.1, mar. 2014, p. 1-69. Disponível em: <[http://www.bcb.gov.br/htms/estabilidade/2014\\_03/refP.pdf](http://www.bcb.gov.br/htms/estabilidade/2014_03/refP.pdf)>. Acesso em: 10 jun. 2014a.

\_\_\_\_\_. **Comunicado nº 22.366, de 27 de abril de 2012**. Divulga o guia para os atos de concentração envolvendo instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo banco central do Brasil. 15 p. Disponível em: <<https://www.bcb.gov.br/htms/normativ/COMUNICADO22366.pdf>>. Acesso em: 10 jun. 2014b.

\_\_\_\_\_. **Resolução n. 002892 de 2001**. Dispõe sobre procedimentos a serem observados pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil na contratação de operações e na prestação de serviços aos clientes e ao público em geral. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/normativo/detalharNormativo.do?N=101181408&method=detalharNormativo>>. Acesso em: 14 jun. 2014c.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de direito do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DIVINO, José Angelo; SILVA, Renan Said. Uma análise da concorrência bancária na economia brasileira. In.: **Anais da Anpec**. Disponível em: <[http://www.anpec.org.br/encontro/2013/files\\_/i8-cfae0ede51e72199dceb6f3b25b104b5.pdf](http://www.anpec.org.br/encontro/2013/files_/i8-cfae0ede51e72199dceb6f3b25b104b5.pdf)>. Acesso em: 18 dez. 2014.

EATON, B. Curtis; EATON, Diane F. **Microeconomia**. Tradução da 3ª edição por Cecília C. Bartalotti. São Paulo: Saraiva, 1999.

FONSECA, Raphaella Moreira da. A livre concorrência e a defesa do consumidor em direito econômico. **Conteúdo Jurídico**, Brasília-DF: 06 jun. 2012. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.37384&seo=1>>. Acesso em: 15 out. 2014.

FONTES, Rosa et al. **Economia**: um enfoque básico e simplificado. São Paulo: Atlas, 2010.

FORGIONI, P. A. **Os fundamentos do antitruste**. 7. ed. rev. Atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

IDEC. Bancos praticam venda casada ao conceder empréstimo pessoal para o consumidor, aponta pesquisa do Idec. 05 set. 2014. In.: **Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <<http://www.idec.org.br/o-idec/sala-de-imprensa/release/bancos-praticam-venda-casada-ao-conceder-emprestimo-pessoal-para-o-consumidor-aponta-pesquisa-do-idec>>. Acesso em: 7 jan. 2015.

JUSTIÇA FEDERAL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Apelação cível**. Civil e processual civil. Contrato de empréstimo bancário. Juros remuneratórios. Inaplicabilidade da limitação prevista no Decreto n. 22.626/1933. Contrato de Seguro. Reconhecimento de venda casada. Julgamento Extra Petita não caracterizado 2447420084013300. Disponível em: <<http://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/162018737/apelacao-civel-ac-2447420084013300>>. Acesso em: 28 mar. 2015.

MANKIWI, N. Gregory. **Introdução à economia**: princípios de micro e macroeconomia. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MENDONÇA, Mário Jorge; SACHSIDA, Adolfo. Identificando a demanda e a oferta de crédito bancário no Brasil. **Texto para discussão 1837**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Brasília: Rio de Janeiro: Ipea, 2013. Disponível em: <[http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_1837.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_1837.pdf)>. Acesso em: 15 jun. 2014.

MINAS GERAIS. **Apelação cível**. Processual civil - Revisional - SFH - Juros remuneratórios - Limitação - Não verificação de abusividades - Tabela Price - Anatocismo - Não configuração - Seguro - Venda Casada - Abusividade - Manutenção Seguro - Contratação Mercado - Necessidade. Apelação cível n. 10024081192403004 da 11ª Câmara Cível, Rel. Alexandre Santiago, 01 jul. 2013. Disponível em: <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115768033/apelacao-civel-ac-10024081192403004-mg>>. Acesso em: 26 mar. 2015.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 7. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINDIYCH, R. S.; RUBINFELD, D. L. **Microeconomia**. São Paulo: McGraw-Hill, 1994.

PORTAL DO CONSUMIDOR. Seus direitos: proibição de venda casada deve ficar mais forte. 14 mar. 2007. Disponível em: <<http://www.portaldoconsumidor.gov.br/noticia.asp?busca=sim&id=7440>>. Acesso em: 5 jan. 2015.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**. rev. atual. Rio de Janeiro: Record, 2005.

SAYEG, R. H. **Práticas comerciais abusivas: monopólio x consumo; abuso do poder econômico: responsabilidade civil e penal: Brasil, Mercosul, União Européia: doutrina e legislação**. Bauru: Edipro, 1995.

VASCONCELLOS, M. A. S.; GARCIA, M. E. **Fundamentos de economia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

WESSELS, W. J. **Economia**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.