

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 20

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
janeiro / junho de 2017

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto, Nicholas Furlan Di Biase e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Caroline da Rosa Pinheiro (UFJF), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Milena Donato Oliva (UERJ), Samuel Max Gabbay (IFRJ) e Tula Wesendonck (UFRGS).

PATROCINADORES:

**CAMPINHO**
ADVOGADOS

**MOREIRA MENEZES . MARTINS**
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 20 (janeiro/junho 2017)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no segundo semestre de 2018.

O PAGAMENTO COM CARTÃO DE CRÉDITO COMO CRITÉRIO DIFERENCIADOR DO PREÇO DE PRODUTOS E SERVIÇOS: UMA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO¹

**PAYMENT WITH CREDIT CARD AS A DIFFERENTIAL
CRITERION OF THE PRICE OF PRODUCTS AND SERVICES: AN
ECONOMIC ANALYSIS OF THE LAW**

*Uinie Caminha
Denyson Sales do Nascimento Rios*

Resumo: O presente artigo analisa a evolução do ordenamento jurídico brasileiro em relação aos potenciais prejuízos ao consumidor decorrentes das diferentes formas de pagamento, aferindo o julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG, consubstanciado pelo Superior Tribunal de Justiça, o qual concluiu que os descontos em compras com pagamento em dinheiro e cheque devem ser estendidos às compras com cartão de crédito. Analisam-se as diretrizes da Medida Provisória nº 764/2016 e sua conversão na Lei nº 13.455/2017, abordando-se aspectos relacionados à análise econômica do direito como instrumento analítico hábil a subsidiar a interpretação de normas e conduzir à aferição das consequências do referido julgamento, notadamente quanto aos critérios de eficiência econômica. Para tanto, desenvolve-se estudo de natureza exploratória, mediante pesquisa bibliográfica e documental, visando empreender uma abordagem

¹ Artigo recebido em 22.11.2018 e aceito em 12.12.2018.

qualitativa, com o fim de evidenciar potenciais prejuízos ao consumidor em decorrência do julgamento sob análise e a correção empreendida pela Lei nº 13.455/2017.

Palavras-chave: Descontos. Pagamento. Cartão de crédito.

Abstract: The present article analyzes the evolution of the Brazilian legal system in relation to the potential losses to the consumer due to the different forms of payment, gauging the judgment of Special Appeal nº 1.479.039/MG, embodied by the Superior Court of Justice, which concluded that discounts on purchases with cash payment and check must be extended to purchases by credit card. We analyze the guidelines of Provisional Measure No. 764/2016 and its conversion into Law No. 13.455/2017, dealing with aspects related to the economic analysis of law as an analytical tool able to subsidize the interpretation of norms and lead to the assessment of the consequences of said judgment, notably regarding the criteria of economic efficiency. In order to do so, a study of an exploratory nature is developed, through bibliographical and documentary research, aiming to undertake a qualitative approach, in order to evidence potential losses to the consumer as a result of the judgment under analysis and the correction undertaken by Law nº 13.455/2017.

Keywords: Discounts. Payment. Credit card.

Sumário: 1. Introdução. 2. A análise econômica do direito enquanto instrumento hábil a contribuir com a qualidade das decisões judiciais. 3. Os fundamentos que conduziram à concessão de idêntico desconto em compras à vista e compras com utilização de cartão de crédito (Recurso Especial nº 1.479.039/MG). 4. Os prejuízos potenciais ao consumidor: impactos negativos advindos da não utilização da análise econômica do direito no julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG. 5. Da imprescindível correção normativa: edi-

ção da Medida Provisória nº 764/2016 e sua conversão na Lei nº 13.455/2017. 6. Conclusão.

1. Introdução.

O presente artigo tem o propósito de analisar a evolução do ordenamento jurídico com relação aos potenciais prejuízos ao consumidor em decorrência do entendimento jurisprudencial que havia se firmado no sentido de que os descontos outorgados em compras à vista deveriam ser igualmente estendidos às compras realizadas com a utilização de cartão de crédito, subsidiando a necessidade de alteração legislativa para a regulamentação da matéria, visando propiciar uma solução mais eficiente do ponto de vista econômico.

Tomando como premissa o julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG, realizado pelo Superior Tribunal de Justiça, a situação concreta verificada no referido recurso teve como elemento de perquirição a invalidação jurídica de multas aplicadas pelos órgãos de proteção ao consumidor em face de determinados lojistas que se recusavam a outorgar descontos aos consumidores, quando esses realizavam compras se valendo da utilização de cartão de crédito, diversamente do que ocorria quando tais compras se realizavam com forma de pagamento à vista.

De acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, as multas teriam sido devidamente aplicadas, uma vez que a conduta dos lojistas, em recusar a concessão de descontos em compras com cartão de crédito, retrataria violação às normas que regulamentam a relação de consumo, caracterizando abuso passível de subsidiar a aplicação das sanções administrativas.

No presente artigo, empreende-se a elaboração de argumentos que conduzem à verificação de que o referido provimento jurisdicional pautou-se unicamente em um positivismo ínsito à perquirição

estrita das normas legais vigentes à época, partindo de intelecções literais, sem consubstanciar qualquer aferição de outros métodos de interpretação – o que conduziu à necessidade de edição da Lei nº 13.455/2017, cujo objeto consistiu em admitir a diferenciação de preços de bens e serviços em função do prazo ou do instrumento utilizado para pagamento.

Consoante se evidenciará adiante, a ausência de uma análise econômica do direito no julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG, enquanto método hermenêutico, acabou por conduzir à possibilidade de se causar efeito economicamente danoso ao consumidor, ou seja, uma consequência completamente inversa ao que se pretendia com o referido julgamento, podendo-se citar, a título de exemplo, uma possível oneração nos preços de produtos submetidos ao mercado de consumo.

Sob esse espectro, pretende-se evidenciar que a análise econômica do direito, enquanto instrumento analítico, permite aferir a ocorrência de potenciais prejuízos ao consumidor quando se avaliam situações jurídicas reais, de modo a evidenciar que, em relações dotadas de jaez econômico, mostra-se imprescindível a utilização de tal método para que se possa contemplar as consequências materiais que o provimento jurisdicional poderá conduzir, para que se evite que o intuito de proteção a determinada categoria ou classe não conduza à ocorrência de situações prejudiciais, subvertendo materialmente o escopo que se requestava.

Ressalte-se, por oportuno, que o presente artigo visa aferir os fundamentos específicos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o Recurso Especial nº 1.479.039/MG, a fim de demonstrar que a interpretação estritamente positivista realizada pelo referido Tribunal, sem contemplar o método da análise econômica do direito, poderia conduzir a um efeito inverso da pretendida proteção ao consumidor, causando-lhe riscos de danos de caráter econômico, o que carregou a necessidade de intervenção por parte do Poder Executivo, que editou a Medida Provisória nº 764/2016, e do Poder Legislativo,

que converteu aquele instrumento normativo na Lei nº 13.455/2017, passando a permitir a existência de diferenciação de preços em decorrência do prazo de pagamento ou do instrumento utilizado para tanto, consubstanciando, materialmente, a devida proteção econômica aos interesses dos consumidores.

Tomando-se por premissa o julgamento do referido recurso, pretende-se demonstrar que o Superior Tribunal de Justiça não se valeu do método de interpretação da análise econômica do direito para verificar se foi efetivada uma adequada interpretação quanto à alegada violação aos dispositivos legais estampados no Código de Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), cingindo-se precipuamente aos espectros de literalidade, consubstanciando quase que uma subsunção entre o texto legal e o caso concreto, o que acabou por possibilitar a ocorrência de eventuais prejuízos ao consumidor, tornando, por isso, imprescindível a edição da Lei nº 13.455/2017.

Nesse passo, efetiva-se a explanação de elementos conceituais pertinentes ao método de interpretação da análise econômica do direito, trazendo fundamentos hábeis a subsidiar sua adequada inteligência e cujos argumentos servirão de alento para a demonstração dos riscos de prejuízos causados ao consumidor em decorrência do julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG.

Será avaliado se o entendimento jurisprudencial de extensão da outorga de desconto na compra com pagamento em dinheiro e cheque para a compra através da utilização de cartão de crédito conduziria a uma medida economicamente ineficiente, acarretando um impacto negativo na relação de consumo.

Abordar-se-á o conteúdo intelectualivo da recente Lei nº 13.455/2017 – que foi precedida da Medida Provisória nº 764/2016 –, a qual acabou por concretizar os elementos que derivariam de uma análise econômica do direito, trazendo solução mais eficiente sob o viés econômico e, conseqüentemente, trazendo maiores benefícios ao consumidor.

No concernente aos aspectos metodológicos, o estudo tem natureza exploratória, efetivado mediante pesquisa do tipo bibliográfica e documental, consistindo na análise de literatura já publicada, bem como aferindo os dispositivos normativos que disciplinam a relação de consumo, visando empreender uma abordagem qualitativa, com o escopo de evidenciar os potenciais prejuízos advindos da ausência de uma análise econômica do direito no caso sob análise, e a devida correção com a edição da novel legislação.

2. A análise econômica do Direito enquanto instrumento hábil a contribuir com a qualidade das decisões judiciais.

O exercício da função jurisdicional pelo Estado, notadamente em decorrência da elevada produção legislativa tendente a acompanhar o complexo dinamismo social, exige uma contínua atividade hermenêutica, assim compreendida como uma ciência da interpretação que visa subtrair o relativismo decorrente de impressões subjetivas do intérprete, permitindo a vinculação do texto a critérios mais objetivos,² cujo estudo permite uma sistematização dos princípios e regras que conduzem à interpretação das leis.

Sob esse espectro, interpretar consistiria na atividade de extrair o verdadeiro significado do texto normativo, passando a empreender uma adequação entre a abstração da estrutura literal da lei e a situação concreta verificada, buscando-se o efetivo sentido da norma, de modo objetivamente válido, conforme bem afirma Paulo Bonavides:

Busca a interpretação estabelecer o sentido objetivamente válido de uma regra de direito. Questiona a lei, não o direito. Objeto de interpretação é, de modo genérico, a norma jurídica contida em

2 SANTOS, Angeli Dias dos; SIQUEIRA, Dirceu Pereira (Org.). *Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional*. São Paulo: Editora Boreal, 2012.

leis, regulamentos ou costumes. Não há norma jurídica que dispense interpretação.³

Logo, o que se evidencia é que a simples leitura do texto normativo (viés meramente gramatical) não se mostra elemento suficiente para a adequada inteligência de seu significado, exigindo o exercício de uma atividade hermenêutica capaz de retirar da literalidade textual sua adequada interpretação, com o escopo de corretamente solucionar o caso concreto.

Contudo, impende consignar que a hermenêutica jurídica não apresenta nem define uma “via única” para subsidiar a interpretação normativa, havendo distintos métodos que podem ser utilizados, ressaltando-se, entretanto, que nenhum deles se mostra capaz de oferecer, por si só, um instrumento infalível hábil a fixar o preciso sentido da lei.⁴

Contudo, em que pesem os distintos métodos de interpretação, não se pode olvidar que, cada vez mais, a existência de uma relação entre as diversas ciências acabou por permitir a necessária aplicação de um raciocínio econômico na função de interpretação das normas jurídicas, subsidiando a efetivação de uma análise econômica do direito, no sentido de se valer do estudo de noções econômicas para que se possa aferir a eficiência dos provimentos jurisdicionais. Ou seja, a eficiência, sob o viés econômico, passa a constituir mais um instrumento a ser utilizado criteriosamente como elemento de caráter hermenêutico hábil a auxiliar na atividade do intérprete, no escopo de consubstanciar uma aferição mais completa do sentido do texto normativo.

O que se evidencia, portanto, é a possibilidade de um estudo de natureza interdisciplinar que, em verdade, implica no reconheci-

3 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 437.

4 BONAVIDES, Paulo, loc. cit.

mento de que a perspectiva econômica também constitui um referencial analítico de perquirição das normas jurídicas, caracterizando uma interação entre a ciência econômica e a ciência do direito, de modo a possibilitar uma melhor aferição das consequências econômicas que seriam decorrentes das intervenções de natureza jurídica.⁵

No mesmo sentido, acerca da necessidade de se interdisciplinar o direito e economia, eis as afirmações de Richard Posner:

[...] a tentativa mais ambiciosa e talvez mais influente de elaborar um conceito abrangente de justiça, que poderá tanto explicar a tomada de decisões judiciais quanto situá-la em bases objetivas, é aquela dos pesquisadores que atuam no campo interdisciplinar de 'Direito e Economia'.⁶

A análise econômica do direito, portanto, consiste no emprego das mais variadas ferramentas teóricas e empíricas da ciência econômica para o fim de possibilitar uma expansão dos instrumentos que subsidiam a adequada inteligência dos textos normativos, de modo a aperfeiçoar a avaliação das normas jurídicas, principalmente no que concerne às suas consequências, conforme afirmou categoricamente Ivo Gico Júnior:

A Análise Econômica do Direito nada mais é que a aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico, bem como da lógica (racionalidade) do próprio ordenamento jurídico. Em outras palavras, a AED é a utilização da abordagem econômica para tentar compreender o direito no mundo e o mundo no direito.⁷

5 PACHECO, Pedro Mercado. *El análisis económico del derecho* – una reconstrucción teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994, p. 22-23.

6 POSNER, Richard. *Problemas de filosofia do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 473.

7 GICO JÚNIOR, Ivo. *Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito*. Disponível

Portanto, conforme apontado, busca-se aplicar o raciocínio econômico como instrumento a ser utilizado para subsidiar a função hermenêutica, principalmente no que se referem aos aspectos ínsitos à eficiência econômica, uma vez que o papel da economia seria criar um padrão decisório coerente na utilização de recursos escassos, caracterizando verdadeira administração da escassez.⁸

Com efeito, as diretrizes da ciência econômica podem ajudar na identificação e na prevenção das consequências dos provimentos judiciais, pois os efeitos advindos de uma interpretação desprovida de uma análise econômica poderá conduzir a um verdadeiro prejuízo social, justamente porque, em um ambiente de escassez, a alocação eficiente de recursos se mostra elemento imprescindível, cujo aspecto não pode ser desconsiderado pelo intérprete no momento de concretizar a norma jurídica.

A economia, portanto, ajuda a aferir quais consequências materiais advirão dos provimentos jurisdicionais, indicando ao intérprete qual a “melhor opção” normativa dentre aquelas existentes, notadamente porque as disposições constantes no ordenamento jurídico e a respectiva interpretação influenciam sobremaneira no comportamento dos agentes econômicos.⁹

Logo, o direito acaba por acarretar interferências na economia, sendo igualmente influenciado por essa, justamente porque acaba atuando, ao mesmo tempo, como um regulador e como verdadeiro indutor de condutas de agentes econômicos, sendo exatamente esse o motivo pelo qual caberá ao jurista contemplar as consequências de determinado provimento jurisdicional, posto que os mecanis-

vel em: “<https://portalrevistas.ucb.br/index.php/EALR/article/view/1460/1110>”. Acesso em: 20 set. 2016.

8 NUSDEO, Fábio. *Curso de economia: introdução ao direito econômico*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 30.

9 ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel. *Direito & economia: análise econômica do direito e das organizações*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 1-15.

mos ou restrições formais – tais como as constituições, leis etc. – acabam por estruturar as próprias relações políticas, econômicas e sociais.¹⁰

De fato, conforme bem explanou Gustavo Leão:

Uma análise econômico-normativa do direito pode sugerir tanto uma menor intervenção do Estado como uma intervenção em nível superior, a depender dos resultados de um e de outro modelo. Interessa menos o modelo e mais o resultado. [...] Como já debatido linhas atrás, é o sistema normativo que fixa os fins, e a análise econômica (aliada aos demais ramos do conhecimento, como a política, a moral etc.), por meio do direito que os legitima, que vai dizer como se chegar nesse desiderato de modo menos custoso (custo econômico, mas também custo moral, político etc.). Não se tratam de fórmulas mágicas, mas de parâmetros científicos que auxiliam o Estado nesse mister. Não basta, diante de um enunciado constitucional de direito fundamental à saúde, sugerir decisões normativas ou judiciais que criem por passe de mágica essa estrutura. É preciso pensar como essa estrutura deve ser modelada para funcionar melhor e com o menor custo social futuro.¹¹

Sabendo-se que a aplicação das normas jurídicas decorre de vários feixes interpretativos que podem incidir sobre o texto legal, nada obsta que os preceitos ínsitos às ciências econômicas passem a incidir sobre a ciência do direito, sendo, por isso, que a análise econômica do direito passa a retratar um relevante instrumento analítico, notadamente no que se refere ao conceito de eficiência.

10 NORTH, Douglass C. 1991. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, Pittsburgh, v. 5, n.1, winter of 1991, p. 97-112.

11 LEÃO, Gustavo Ramos Carneiro. *A análise econômica do direito como instrumento analítico na prática jurídica: a forma e o conteúdo do direito: uma visão interdisciplinar*. Disponível em: “http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13951”. Acesso em: 10 set. 2016.

Impende consignar que há críticas quanto ao estabelecimento da eficiência como critério de prioridade para a análise econômica do direito, sob o fundamento de que a legislação não deve constituir um instrumento de variação para a maximização de riquezas, bem como que, em função de sua eminente característica técnica e racional, as decisões econômicas não deveriam ser confiadas aos juízes, que carecem de treinamento e informação adequada,¹² o que, contudo, vale objetar, não consiste em elemento suficiente para ilidir a adoção de técnicas econômicas por parte de magistrados, notadamente porque a aferição dos impactos advindos da decisão judicial, ainda que de forma incompleta ou imprecisa, se mostra conduta mais segura que a ausência de qualquer perquirição das consequências econômicas dos provimentos jurisdicionais, os quais poderiam conduzir a graves impactos sociais.

Discutindo sobre aspectos entre economia e direito, o renomado Ronald Coase – catedrático da Universidade de Chicago e ganhador do prêmio Nobel em Economia no ano de 1992 –, em sua obra “*The problem of social cost*”,¹³ empreendeu a elaboração de uma teoria intitulada de “Teorema de Coase”, cuja essência pressupunha que, em um ambiente de “custos de transação”¹⁴ iguais a zero, os próprios agentes envolvidos encontrariam a medida mais eficiente, independentemente da interferência de dispositivos legais.

Embora em uma situação real não seja possível a existência de um ambiente de “custos de transação” iguais a zero, a medida adota-

12 BUCHANAN, James M. Buena economía. Mal derecho. In: ROEMER, Andrés (Org.). *Derecho y Economía: una revisión de la Literatura*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000, p. 123-132.

13 COASE, Ronald. The problem of social cost. *Journal of Law and Economics*, Chicago, v. 3, p. 1-44, Oct., 1960.

14 “Custos de transação” podem ser caracterizados como elementos decorrentes de assimetria de informações que acabam por impactar na relação mercantil, consistindo em um dispêndio de recursos para fins de planejamento, adaptação e monitoramento das interações entre os agentes econômicos (PONDÉ, João Luiz. Custos de transação e inovações institucionais. Texto para Discussão. *IE/UNICAMP*, Campinas, n. 38, 1994, p. 11).

da por Coase permite que seja a situação analisada sem externalidades para que se possa aferir a medida mais eficiente sob o ponto de vista econômico, no sentido de maximizar a riqueza dos agentes envolvidos, muito embora a solução adotada possa não ser sempre a mais justa, moral ou ética, habilitando ao julgador a aferição ampla das consequências do ato judicial.

Discorrendo sobre o conceito de eficiência na ótica econômica, merece destaque o trabalho desenvolvido por Kaldor e Hicks, para quem a eficiência ocorre quando gerar o máximo de bem estar ao maior número de pessoas,¹⁵ retratando o parâmetro do somatório simples, ainda que alguns dos agentes envolvidos tenha alguma perda, desde que o sistema como um todo tenha obtido algum ganho.

Já o conceito de eficiência desenvolvido por Valfrido Pareto, entende-se como sendo a hipótese em que, numa sociedade, há melhoria a determinado agente sem que isso importe em piora para outro,¹⁶ sendo relevante a distinção entre o que seria “maximização de utilidade” (satisfação pessoal) e “maximização de riqueza” (aferição de valor), de modo que o bem-estar se avaliaria em termos de utilidade, de tal sorte que a transferência de determinado bem ocorre daquele que o valoriza menos para aquele que o valoriza mais.

Em que pesem as peculiaridades entre distintos conceitos de eficiência econômica, não há dúvidas quanto à possibilidade de compatibilização entre justiça e eficiência, bastando que sejam estabelecidas diretrizes dotadas de certa objetividade, mitigando arbitrariedades ou subjetivismos, no intuito de extrair da norma uma interpretação que conduza, ao mesmo tempo, em uma medida eficiente, principalmente para que se possa aferir as consequências que advirão da decisão judicial.

A análise econômica do direito, portanto, caracteriza-se como

15 ZYLBERSZTAJN, Décio; SZTAJN, Rachel, op. cit, p. 1-15.

16 Idem, p. 1-15.

um dos instrumentos analíticos que se mostram aptos a subsidiar a interpretação do ordenamento jurídico, na tentativa de empreender uma decisão mais justa e, ao mesmo tempo, mais eficiente, permitindo-se um equilíbrio que subsidie um desenvolvimento econômico sustentável, evitando-se que sejam causados desastrosos impactos econômico-sociais.

3. Os fundamentos que conduziram à concessão de idêntico desconto em compras à vista e compras com utilização de cartão de crédito (Recurso Especial Nº 1.479.039/MG).

A Câmara de Dirigentes Lojistas da cidade de Belo Horizonte/MG (CDL-BH) impetrou uma ação de Mandado de Segurança Coletivo em favor de lojistas que teriam sido alvos de fiscalização e imposição de sanções administrativas por parte da Procuradoria de Defesa do Consumidor de Minas Gerais (PROCON/MG), na pessoa de seu Secretário Executivo.

O fundamento utilizado para a autuação fiscal dos lojistas, por parte do PROCON/MG, foi de que caracterizaria uma prática abusiva, portanto ilegal, o ato dos comerciantes associados ao CDL/BH que não estendessem, para os consumidores que efetivam os pagamentos de compras por meio da utilização de cartão de crédito, os mesmos descontos que eram outorgados aos consumidores que adimpliam os valores através de pagamento em dinheiro ou cheque.

O Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ao apreciar o caso, prolatou acórdão entendendo pela denegação da segurança requestada, afirmando que, de fato, a efetivação de cobranças com preços diferenciados em relação a pagamentos efetuados em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracterizaria prática abusiva em desfavor do consumidor, acarretando a vulneração dos artigos 39 (inciso V) e 51 (inciso IV) do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990).

Em desfavor do referido acórdão, a CDL/BH interpôs o Recurso Especial nº 1.479.039/MG, em cujos fundamentos arguiu:

[...] 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 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 com cartões de crédito. E atribuir uma interpretação restritiva aos arts. 39, V, e 51, IV e § 1º, da Lei n. 8.078/1990, afirmando que a prática da diferenciação de preços é configurada como vantagem excessiva não condiz com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça.¹⁷

Ao efetivar o julgamento do aludido Recurso Especial, o Superior Tribunal de Justiça, por sua Segunda Turma, entendeu por negar provimento ao recurso, em acórdão assim estabelecido:

DOS CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO
I – DA DISTINÇÃO ENTRE CONSUMIDOR, EMISOR E FORNECEDOR NOS CONTRATOS DE CARTÃO DE CRÉDITO (INEXISTÊNCIA DE CONFUSÃO)

O preço à vista deve ser estendido também aos consumidores que pagam em cartão de crédito, os quais farão jus, ainda, a eventuais descontos e promoções porventura destinados àqueles que pagam em dinheiro ou cheque.

Tal proposição se ampara na constatação de que, nas compras realizadas em cartão de crédito, é necessária uma distinção jurídica entre consumidor, emissor (eventualmente, administrador) e fornecedor.

17 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.479.039/MG. Primeira Seção. Relator: Min. Regina Helena Costa. Data de Julgamento: 6 out. 2015.

A uma, existe uma 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.

A duas, 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, o estabelecimento comercial repassa à emissora, a cada venda feita em cartão de crédito, um percentual dessa operação, previamente contratado.

A três, 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.

II – DA COMPRA EM CARTÃO DE CRÉDITO COMO COMPRA À VISTA

O estabelecimento comercial tem a garantia do pagamento das compras efetuadas pelo consumidor por meio de cartão de crédito, pois a administradora assume inteiramente a responsabilidade pelos riscos do crédito, incluindo as possíveis fraudes.

O pagamento por cartão de crédito, uma vez autorizada a transação, libera o consumidor de qualquer obrigação ou vinculação junto ao fornecedor, pois este dará ao comprador total quitação. Assim, o pagamento por cartão de crédito é modalidade de pagamento à vista, *pro soluto*, porquanto implica, automaticamente, extinção da obrigação do consumidor perante o fornecedor.

A diferenciação entre o pagamento em dinheiro, cheque ou cartão de crédito caracteriza, portanto, prática abusiva no mercado de consumo, a qual é nociva ao equilíbrio contratual.

É a exegese do art. 39, V e X, do Código de Defesa do Consumidor:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: [...] V – exigir do consumidor vantagem manifestamente excessiva; [...] X – elevar sem justa causa o preço de produtos ou serviços’.

Ademais, a Lei n. 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, entre outros, considera infração à ordem econômica, a despeito de culpa ou de ocorrência de efeitos nocivos, a discriminação de adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços mediante imposição diferenciada de preços, bem como a recusa à venda de bens ou à prestação de serviços em condições de pagamento corriqueiras na prática comercial.

Confira-se o art. 36, X e XI, da Lei n. 12.529/2011: ‘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:[...] 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;’. [...], Por conseguinte, constitui prática abusiva a situação em que o fornecedor determina preços mais favoráveis para o consumidor que paga em dinheiro ou cheque em detrimento daquele consumidor que paga em cartão de crédito.

DA VEDAÇÃO DAS CLÁUSULAS ABUSIVAS NO DIREITO DO CONSUMIDOR

Extrai-se do acórdão recorrido o seguinte excerto (fls. 344/347, e-STJ):

Sobreleva consignar que a discussão do caso vertente gira em torno da possibilidade, ou não, de se

cobrar preços diferenciados pela mesma mercadoria em decorrência do pagamento realizado através de dinheiro, cheque ou cartão de crédito. Isto é, a controvérsia versa sobre a ausência de descontos nas vendas mediante utilização de cartão de crédito e a existência desse desconto nas vendas mediante pagamento em moeda corrente ou em cheque, configurando, portanto, vulneração às normas de proteção contidas na Lei nº 8.078/1990 que instituiu o Código de Defesa do Consumidor. É sabido que a possibilidade de pagamento através de cartões de crédito agrega valor à empresa, haja vista que atrai maior clientela e, por outro lado, garante o efetivo pagamento, vez que a Administradora se responsabiliza pela compra efetuada pelo consumidor, ainda que este se torne inadimplente. Diante disso, quando se efetua o pagamento através do cartão de crédito, tem-se compra à vista, pois ali se finda a relação entre o consumidor e o lojista. Destarte, torna-se irrelevante o fato de o valor ser recebido posteriormente, porquanto a relação entre o consumidor e o lojista já se esgotou.

Ressalta-se, ainda, que o custo decorrente desta disponibilização do pagamento através de cartão de crédito é inerente à atividade desenvolvida pelos lojistas, e por estes deve ser suportado, sob pena de repartir os riscos da atividade ao consumidor. De mais a mais, há que se levar em consideração que o comerciante não é obrigado a disponibilizar aludida forma de pagamento (cartão de crédito), mas se assim optou, deve arcar com tal ônus.

Com efeito, 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 arts. 39, V, e 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor [...] Com tais considerações, nego provimento ao recurso, mantendo inalterada a sentença de primeiro grau, por seus próprios fundamentos.

Custas recursais, pela apelante' (fls. 344/346, e-STJ).

Com efeito, o Código de Defesa do Consumidor é zeloso quanto à preservação do equilíbrio contratual, da equidade contratual e, enfim, da justiça contratual, os quais não coexistem ante a existência de cláusulas abusivas [...] O art. 51 do Código de Defesa do Consumidor traz rol meramente exemplificativo de cláusulas abusivas, num conceito aberto que permite o enquadramento de outras abusividades que atentem contra o equilíbrio entre as partes no contrato de consumo, de modo a preservar a boa-fé e a proteção do consumidor. Como bem reconheceu o Tribunal de origem, o lojista que, para mesmo produto ou serviço, oferece desconto ao consumidor que paga em dinheiro ou cheque em detrimento daquele que paga em cartão de crédito estabelece cláusula abusiva apta a transferir os riscos da atividade ao adquirente, lembrando-se que tal abusividade independe da má-fé do fornecedor.

Tampouco vinga o argumento do recorrente de que não há lei específica que vede o oferecimento de condições mais favoráveis às compras realizadas em dinheiro ou cheque, uma vez que tanto o Código de Defesa do Consumidor quanto a Lei n. 12.529/2011 abrangem perfeitamente a situação, protegendo o consumidor de tais diferenciações. Forçoso concluir que, em virtude da evolução do entendimento desta Corte no tocante à inadiável tutela do consumidor, os precedentes trazidos pela recorrente não mais se prestam à solução da controvérsia nos dias atuais.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

Efetivando-se uma digressão sobre os fundamentos apresentados no acórdão, verifica-se que o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu premissas que conduziriam à identificação da relação contratual havida entre os distintos agentes econômicos (consumidor, fornecedor e operadora de cartão de crédito), além de haver entendido que o pagamento realizado mediante a utilização de cartão de crédito retrataria modalidade de pagamento à vista *pro soluto*.

Com base em tal entendimento, passou a analisar a literalidade dos artigos 39, incisos V e X, e art. 51, ambos do Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/1990), cuja interpretação mantinha relação com as diretrizes do artigo 36, incisos X e XI, da Lei nº 12.529/2011 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência), para concluir que a conduta dos fornecedores resultaria em uma manifesta vantagem excessiva em detrimento dos consumidores, conduzindo a uma elevação sem justa causa dos preços, o que conduziria ao reconhecimento de infração à ordem econômica e que retrataria uma cláusula abusiva passível de correção pela via jurisdicional.

Ressalte-se, por oportuno, que os fundamentos específicos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça demonstram que foi realizada uma interpretação eminentemente literal e ideológica, limitando-se a uma mera subsunção entre o texto legal expresso e o caso concreto sob análise, mas que, conforme se evidenciará, poderá carrear prejuízos ao consumidor.

4. Os prejuízos potenciais ao consumidor: impactos negativos advindos da não utilização da análise econômica do direito no julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG.

Perquirindo-se detalhadamente o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o referido Recurso Especial nº 1.479.039/MG, observa-se que houve uma subdivisão em três elementos cognitivos principais, a saber: (a) contemplação de distintas relações jurídicas envolvendo o consumidor, o fornecedor e a operadora de cartão de crédito; (b) explanações no sentido de demonstrar que o pagamento efetuado através da utilização de cartão de crédito equipara-se ao pagamento à vista, caracterizando pagamento *pro soluto*; (c) conclusão de reconhecimento de que deve ser vedada a conduta abusiva decorrente de elevação indevida de preços, caso não sejam estendidos os descontos outorgados aos pagamentos realizados por meio de dinheiro ou cheques para as compras adimplidas com a utilização de cartão de crédito.

Quanto ao primeiro aspecto, inexistem maiores considerações a serem efetivadas, porquanto não há dúvidas de que há três relações jurídicas próprias, embora ambas apresentem inequívoca conexão, formando-se uma tríade negocial (consumidor/fornecedor, consumidor/operadora de cartão de crédito, fornecedor/operadora de cartão de crédito). Com efeito, esses são os agentes econômicos envolvidos no caso em análise, sendo oportuno consignar que o efeito da decisão judicial poderá acarretar a alteração do comportamento de um dos agentes, o que afetará todos os demais, aspecto que será objeto de posterior aferição.

No concernente ao segundo aspecto suscitado pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto à afirmação de que o pagamento efetuado mediante a utilização de cartão de crédito seria modalidade de pagamento à vista *pro soluto*, tal afirmação retrata, com a devida vênia, uma impropriedade técnica, merecendo algumas ponderações para fins de reflexão.

Não há dúvidas de que, no momento em que o consumidor efetiva a compra com cartão de crédito, a sua relação negocial com o fornecedor encontra-se ultimada, uma vez que, a partir de então, somente perdurarão a relação entre consumidor/operadora de cartão de crédito e entre fornecedor/operadora de cartão de crédito.

Entretanto, tal situação não retrata hipótese de pagamento *pro soluto*, pois esse se caracteriza quando a obrigação contratual desaparece sendo substituída por um título, ou seja, o título é entregue ao credor e serve como extinção da obrigação contratual, remanescendo apenas a obrigação inscrita no próprio título.

No caso do pagamento efetuado através de cartão de crédito, não há transferência de título para o credor como forma de extinção da obrigação contratual, mas, sim, uma operação comercial complexa, envolvendo três agentes econômicos (consumidor, fornecedor e operadora de cartão de crédito), em relações contratuais autônomas, distintas, porém intimamente conexas, sendo tecnicamente impertinente a menção a pagamento *pro soluto*.

Tal premissa equivocada acaba por afetar a própria conclusão adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, pois o ultimato da relação contratual entre o consumidor/fornecedor não importa imediatamente em pagamento à vista, notadamente porque os valores somente serão creditados a tempo, modo e *quantum* estabelecidos na forma contratualmente prevista entre fornecedor/operadora de cartão de crédito; ou seja, o valor da compra não ingressa imediatamente no patrimônio do fornecedor nem irá ingressar no valor específico que foi objeto da compra, uma vez que a operadora de cartão de crédito retirará um percentual contratado.

De outra sorte, ao efetuar o pagamento com cartão de crédito, o consumidor igualmente não terá imediatamente retirado de seu patrimônio o valor objeto da compra, porquanto adimplirá sua fatura do cartão de crédito a tempo e modo pactuados com a operadora de cartão, o que igualmente se afasta da concepção de um pagamento à vista.

Observa-se, na realidade, uma indevida discriminação que está beneficiando o consumidor que compra com a utilização de cartão de crédito, pois, enquanto esse dispõe de um maior prazo para efetivo pagamento, podendo melhor programar-se, o consumidor que efetiva a compra com pagamento à vista (dinheiro, por exemplo) já sofre a imediata supressão de seu patrimônio quanto ao valor da compra.

O que se verifica, portanto, é que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça pautou-se unicamente em uma análise meramente literal dos dispositivos normativos – artigo 39, incisos V e X, e artigo 51, ambos da Lei n 8.078/1990 –, sem, contudo, empreender uma análise mais aprofundada da efetiva relação negocial verificada no caso concreto, e, principalmente, sem contemplar as consequências negativas que poderiam resultar do referido provimento jurisdicional.

Valendo-se das diretrizes ínsitas à análise econômica do direito, o primeiro aspecto a ser apontado, hábil a denotar uma ineficiên-

cia do provimento jurisdicional, decorre do claro prejuízo que será causado a uma gama de consumidores, uma vez que a referida medida importará em uma elevação geral dos preços dos produtos.

Com efeito, não restam dúvidas de que os fornecedores, cônscios de que deverão empreender descontos nas compras com pagamento através da utilização de cartão de crédito, passarão a incluir, no custo dos produtos, o valor correspondente ao percentual que será repassado às operadoras de cartão de crédito.

Note-se que o preço usualmente cobrado (em não sendo obrigatório o desconto) já incluía o percentual que seria repassado à operadora de cartão, sendo exatamente essa a razão pela qual se mostrava viável economicamente a efetivação de descontos nas compras em dinheiro, justamente porque, em tal caso, o numerário ingressava imediatamente no patrimônio do fornecedor, sem se submeter ao pagamento de valores a terceiros (operadora de cartão), mantendo, por conseguinte, a margem de lucro desejada pelo fornecedor.

Entretanto, com a obrigatoriedade de descontos através da utilização de cartão de crédito, a conduta que será adotada pelos fornecedores será exatamente inserir, em duplicidade, o percentual que antes seria repassado à operadora de cartão de crédito. Afirma-se que será em duplicidade em função do simples fato de que o preço cobrado deverá contemplar o repasse a ser efetivado às operadoras de cartão e a margem de lucro pretendida, de modo que, sendo obrigatório o desconto nas compras à vista e a crédito, para que seja mantida aquela margem, o percentual de repasse deverá incidir em dobro, já que, quando houver o desconto, seria mantido o *quantum* de lucro inicialmente pretendido.

O que se constata é que tal situação acarretará um claro prejuízo aos demais consumidores que não se valem de utilização de cartão de crédito, pois, enquanto antes eram agraciados com descontos nas compras, a partir de então obterão um ilusório desconto, pois terão que arcar com os mesmos valores que aqueles que efetivam

compras com cartão de crédito, mesmo esses possuindo maior prazo para efetivamente sofrerem uma redução patrimonial.

Logo, a ausência de uma análise econômica do direito acabou por subsidiar a possibilidade de um efeito extremamente danoso aos próprios consumidores, pois, ao final, todos serão prejudicados em decorrência da elevação geral dos preços, o que retrata uma consequência inversa daquela que se pretendia na decisão em referência, justamente porque, enquanto se requestava uma proteção ao consumidor, na realidade o que se viabilizou foi a possibilidade de efetivação de prejuízos, retratando uma conduta ineficiente.

É importante consignar que o entendimento jurisprudencial, no momento em que sedimenta uma interpretação do texto normativo, acaba por impor a todos os sujeitos uma mesma consequência jurídica, o que acabará influenciando nas práticas comerciais e contratuais, sujeitando a coletividade à exposição de tais práticas, ainda que nem todos os sujeitos lesionados possam ser identificados, consoante bem adverte Herman Benjamin, ao comentar os efeitos sociais da aplicação das diretrizes do Código de Defesa do Consumidor:

[...] indiferente estejam essas pessoas identificadas individualmente ou, ao revés, façam parte de uma coletividade indeterminada composta só de pessoas físicas ou só de pessoas jurídicas, ou, até, de pessoas jurídicas e de pessoas físicas. O único requisito é que estejam expostas às práticas comerciais e contratuais abrangidas pelo Código.¹⁸

Ademais, o que prioriza o Código de Defesa do Consumidor é exatamente proteger os interesses da parte “vulnerável”, evitando que sejam efetivadas práticas abusivas, conforme as afirmações de Cláudia Lima Marques, ao consignar que a legislação consumerista:

18 BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O conceito jurídico de consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 77, n. 628, fev. 1988, p. 69-79.

[...] supera, portanto, os estritos limites da definição jurídica de consumidor para imprimir uma definição de política legislativa. Para harmonizar os interesses presentes no mercado de consumo, para reprimir eficazmente os abusos do poder econômico, para proteger os interesses econômicos dos consumidores finais, o legislador colocou um poderoso instrumento nas mãos daquelas pessoas (mesmo agentes econômicos) expostas às práticas abusivas. Estas mesmo sendo 'consumidores stricto sensu', poderão utilizar as normas especiais do CDC, seus princípios, sua ética de responsabilidade social no mercado, sua nova ordem pública, para combater as práticas abusivas.¹⁹

Observa-se que se outorga uma ampliação do conceito de consumidor justamente para evitar práticas abusivas por parte dos fornecedores, de tal modo que torna incontestável que a interpretação a ser outorgada às diretrizes preconizadas no Código de Defesa do Consumidor há de prestigiar a proteção a todos os sujeitos que possam ser afetados em situação de maior vulnerabilidade, com relação aos abusos possivelmente cometidos por fornecedores.

Entretanto, avaliando-se o entendimento retratado no Recurso Especial nº 1.479.039/MG, diferentemente do que se deveria esperar da interpretação das normas consumeristas, o que se verifica, de fato, é que os únicos beneficiados com a medida judicial serão exatamente os fornecedores – que passarão a cobrar mais pela venda de seus produtos, recebendo valores maiores daqueles consumidores que pagam à vista (dinheiro ou cheque) – e da operadora de cartão de crédito – que recebe o percentual de acordo com o valor do produto, de modo que esse sendo maior, maior será o *quantum* decorrente do percentual.

Outra medida que poderia ser esperada por parte dos forne-

19 MARQUES, Cláudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao código de defesa do consumidor*, 4. ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 752.

cedores, mas cujos prejuízos aos consumidores seriam um pouco menores, consistiria na conduta de não mais conceder descontos nas compras de produtos, independentemente do pagamento ser efetivado em dinheiro, cheque ou cartão de crédito, de sorte que, no preço do produto, naturalmente estaria inserido percentual a ser repassado à operadora do cartão de crédito. Nessa hipótese, o dano menor decorreria do fato de que aquele percentual não incidiria em duplicidade, mas, ainda assim, caracterizaria um prejuízo aos consumidores, beneficiando somente aquele que compra a crédito.

Ademais, uma hipótese danosa aos consumidores que também poderia ser verificada – embora não seja uma medida que, sob o aspecto comercial, fosse mais benéfica ao fornecedor – é a decisão dos fornecedores em não mais admitir a compra através da utilização de cartão de crédito, naturalmente porque o curso forçado apenas se verifica em relação ao dinheiro (moeda “real”), não havendo obrigatoriedade de recebimento do pagamento de outra forma, o que resultaria em claro prejuízo aos consumidores que necessitam da utilização de cartão de crédito para adquirir patrimônio.

O que se constata, pois, é uma gama de potenciais prejuízos a serem causados aos consumidores em decorrência de uma decisão judicial que se alentou em premissas meramente literais, sem consubstanciar uma aferição das consequências materiais que adviriam da medida adotada, precisamente em decorrência da ausência de utilização do instrumento da análise econômica do direito.

Conforme se depreende dos argumentos acima elencados, a medida adotada se mostrou ineficiente, sob a ótica de Valfrido Pareto, justamente porque a melhoria causada a determinado agente econômico (fornecedor) se pautaria na ocorrência de prejuízo a outro (consumidor).

De mesma sorte, acaso se adotasse o conceito de eficiência defendido por Kaldor-Hicks, ainda que se pudesse contemplar, hipoteticamente, que a medida poderia ser eficiente por poder gerar mais riqueza ao sistema, num somatório simples, ao final se verificaria um

maior número de pessoas sendo prejudicadas, demonstrando-se clara ineficiência econômica, porquanto a quantidade de fornecedores beneficiados é exponencialmente menor que a quantidade de consumidores prejudicados, além de que o foco perseguido pelo Superior Tribunal de Justiça foi de proteger o consumidor, quando, em verdade, causou-lhe potenciais prejuízos.

Entretanto, acaso o Superior Tribunal de Justiça tivesse se valido da análise econômica do direito, teria observado que as distinções materiais envolvendo os pagamentos efetivados em dinheiro, cheque e cartão de crédito conduziriam à impertinência de tratar ambos como situações idênticas, principalmente porque as distintas formas de adimplemento afetam tanto o consumidor – quanto ao período em que efetivamente terá o numerário retirado de sua titularidade – quanto o fornecedor – em relação ao tempo e valor que efetivamente ingressará em seu patrimônio –, de modo a evitar que os consumidores acabassem sendo os maiores possíveis prejudicados com o provimento jurisdicional, quando esse se consubstanciou exatamente com o escopo de proteger a classe consumidora.

De mesma senda, acaso se tivesse decidido que não se mostra obrigatória a efetivação de descontos nas compras realizadas com a utilização de cartões de crédito, tal situação poderia conduzir os fornecedores a trabalhar com as operadoras que tivessem menores percentuais, o que influenciaria no preço dos produtos e ensejaria, nas próprias operadoras de cartão, uma concorrência que poderia conduzir à contínua redução dos percentuais exigidos dos fornecedores, cujas medidas beneficiariam sobremaneira os consumidores, pois sempre impactariam na possibilidade de redução dos preços dos produtos.

Sob esse espectro, torna-se evidente que a análise econômica do direito constitui um instrumento analítico de extrema relevância para que a interpretação das normas e a análise do caso concreto contemplem as consequências que poderão advir do provimento jurisdicional, notadamente no que concerne à adoção de medidas efi-

cientes, pois o que se verificou no presente caso foi que a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 1.479.039/MG, não se valeu daquele instrumento e, conseqüentemente, conduziu a um risco de causar prejuízos aos próprios consumidores de um modo geral.

5. Os da imprescindível correção normativa: edição da Medida Provisória nº 764/2016 e sua conversão na Lei nº 13.455/2017.

Verificando-se que o entendimento jurisprudencial caminhava no sentido de obrigatoriedade de idêntico desconto em pagamentos efetuados em dinheiro ou através da utilização de cartões de crédito, cuja situação poderia conduzir a prejuízos em desfavor de consumidores, tornou-se imprescindível a atuação por parte do Poder Executivo e do Poder Legislativo para fins de correção dos riscos advindos da atuação do Poder Judiciário.

Em tal cenário, foi editada a Medida Provisória nº 764/2016, em cujo teor estabelecia-se o seguinte:

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*.

Depreende-se da intelecção normativa, que estaria admitida a diferenciação de preços em função do prazo de pagamento ou do instrumento utilizado para tal finalidade, evidenciando, a partir de então, a viabilidade de o fornecedor estabelecer distintos descontos em pagamentos efetuados em dinheiro, cheque ou cartão.

Impende consignar a relevância dos fundamentos que conduziram à edição da referida Medida Provisória, porquanto a Mensagem

nº 704/2016, remetida pela Presidência da República ao Congresso Nacional, fez expressa referência à EMI nº 00053/2016 BACEN/MF subscrita pelo então Ministro da Fazenda, Senhor Henrique Meirelles, e pelo Presidente do Banco Central do Brasil, Senhor Ilan Goldfajn, os quais consignaram os benefícios trazidos aos consumidores e os elementos ínsitos à busca de maior eficiência econômica, afirmando que:

2. A possibilidade de diferenciação de preços constitui mecanismo importante para a melhor aferição do valor econômico de produtos e serviços e traz benefícios relevantes para a relação com os consumidores, entre os quais se destacam: 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 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).

3. Com relação a esse último benefício, o Banco Central do Brasil, a Secretária de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e a então Secretária de Direito Econômico do Ministério da Justiça publicaram em 2011 um estudo em que, assumindo a ausência de diferenciação de preços, estimaram a transferência de renda que ocorre entre os usuários de cartões de crédito e os demais consumidores que utilizam outros instrumentos de

pagamento, bem como os respectivos efeitos distributivos sobre as duas classes de renda da sociedade. Chegou-se ao resultado de que existe um subsídio cruzado das famílias de baixa renda para as famílias de alta renda, especialmente para o subgrupo que utiliza cartões de crédito.

4. Existem ainda evidências de que o preço médio dos produtos sob diferenciação de preços é menor do que o preço único cobrado pelos varejistas quando não existe a distinção; e de que alguns subsídios cruzados podem ser eliminados quando a diferenciação de preços é permitida, de forma que o bem-estar dos consumidores pode ser maior nesse ambiente mais transparente.

Observa-se, claramente, a efetivação de uma análise econômica do direito para fins de edição da Medida Provisória nº 764/2016, justamente porque se efetivou a expressa alusão à eficiência econômica e a clara perquirição dos impactos advindos da ausência de diferenciação de preços, quando existentes diferentes formas ou prazos de pagamento, até mesmo porque isso conduziria a uma distorção da capacidade de o consumidor escolher, entre os diversos instrumentos de pagamento, o instrumento menos oneroso na relação de consumo, além de que a diferenciação de preços alteraria as condutas dos agentes de mercado, subsidiando uma maior negociação que, ao final, beneficiaria o consumidor.

Ainda mais relevante é observar que a ausência de distinção de preços de bens ou serviços, quando evidenciadas distintas formas de pagamento, resultaria em prejuízo aos consumidores de baixa renda, os quais utilizam em menor escala a forma de pagamento mediante utilização de cartão de crédito e, assim, estariam consubstanciando um subsídio cruzado para o grupo de maior renda, já que ambos estariam adimplindo o mesmo valor, mesmo que a afetação de seus respectivos patrimônios – em compras em dinheiro ou cartão, à vista ou a prazo – ocorresse de forma completamente distinta, nada justificando, portanto, uma precificação indistinta.

Exatamente verificando a pertinência dos elementos de efi-

ciência econômica para consubstanciar efetivos benefícios aos consumidores, o Congresso Nacional entendeu por necessária a conversão da Medida Provisória nº 764/2016 na Lei nº 13.455/2017, a qual manteve inalterada a redação do texto normativo, acrescentando, contudo, a obrigação expressa ao fornecedor acerca da clara demonstração de eventuais descontos que sejam oferecidos em função do prazo ou do instrumento de pagamento a ser utilizado.

Portanto, em se verificando que o Poder Judiciário não vinha se valendo dos instrumentos analíticos advindos da análise econômica do direito, tornou-se necessária a efetivação de uma conduta positiva por parte do Poder Executivo e, posteriormente, do Poder Legislativo para consubstanciar a devida observância aos elementos ínsitos à eficiência econômica na diferenciação de preços, quando se verificasse a ocorrência de distintos prazos ou formas de pagamento utilizados, o que, ao final, resultaria em claros benefícios aos consumidores.

6. Conclusão.

O escopo requestado com o presente artigo consistiu em abordar os aspectos relacionados à análise econômica do direito, notadamente acerca dos critérios de eficiência, contemplando-a como um instrumento analítico capaz de subsidiar uma interpretação mais qualitativa das normas legais, possibilitando que sejam aferidas as consequências materiais do julgamento e os impactos negativos que podem ser carreados àqueles que são destinatários dos provimentos jurisdicionais.

Efetivou-se a perquirição dos fundamentos utilizados pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.479.039/MG, em cujo feito se entendeu que os descontos outorgados aos consumidores que efetivavam o pagamento em dinheiro e cheque deveriam ser igualmente estendidos aos consumidores que realizavam compras com a utilização de cartão de crédito.

Posteriormente, empreendendo-se um cotejo entre o referido julgamento e as diretrizes ínsitas à análise econômica do direito – as quais não foram contempladas pelo Superior Tribunal de Justiça –, demonstrou-se que o provimento jurisdicional poderia, na realidade, acarretar prejuízos aos consumidores, porquanto as peculiaridades que flanqueiam o pagamento realizado em dinheiro e cheque são demasiado distintas do pagamento realizado com cartão de crédito, de sorte que o provimento jurisdicional acarretaria, ao final, a possibilidade de uma elevação geral dos preços dos produtos, o que se mostraria medida economicamente ineficiente.

De outra senda, acaso tivessem sido adotadas as diretrizes da análise econômica do direito, o provimento jurisdicional seria dotado de maior qualidade, contemplando as possíveis consequências materiais negativas, impedindo que os consumidores pudessem ser prejudicados e, até, subsidiar um estímulo aos demais agentes econômicos envolvidos (fornecedores e operadoras de cartão de crédito) para o fim de eventualmente fomentar uma redução de preços dos produtos.

Verificando tal cenário, em que o Poder Judiciário não contemplou os elementos ínsitos à eficiência econômica, os Poderes Executivo e Legislativo passaram a atuar positivamente, o que acarretou a edição da Medida Provisória nº 764/2016, posteriormente convertida na Lei nº 13.455/2017, a qual admitiu a diferenciação de preços de bens e serviços em decorrência de distintos prazos ou instrumentos de pagamento, sendo importante ressaltar que os aspectos conceituais que conduziram à inovação normativa advieram de uma adequada análise econômica do direito.

