

Jorge Brito: A questão da venda casada em ingressos pela internet

20/03/2019

A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento no dia 12 de março, considerou ilegal a cobrança de taxa de conveniência para a venda de ingressos pela internet para eventos ou espetáculos.

O julgamento foi proferido em um recurso especial interposto pela Associação de Defesa de Direito dos Consumidores no âmbito de uma ação coletiva movida contra a Ingresso Rápido Promoção de Eventos Ltda.

Como resultado, a empresa foi condenada a devolver aos consumidores os valores cobrados nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação. Apesar de limitada às partes envolvidas no processo, a decisão do STJ deixou o mercado de serviços on-line to off-line em alerta, provocando reações de associações representativas de empresas de venda de ingressos, como a Abrevin, e de associações e institutos que representam *startups* que operam modelos de negócios envolvendo venda on-line de ingressos. Há receio de que, caso seja confirmado pelo STJ, essa decisão poderia colocar fim ao mercado dessas empresas.

O voto da ministra Nancy Andriighi — seguido, de forma unânime, pelos demais ministros que compõem a 3ª Turma — entendeu que a cobrança da taxa fere o Código de Defesa do Consumidor (artigo 51, IV, e parágrafo 1º, III) ao estabelecer cláusulas que o coloquem em desvantagem exagerada” ou que se mostrem “excessivamente onerosas”.

Em sua análise, a ministra Nancy entendeu que a cobrança da taxa de conveniência representaria uma espécie de venda casada — que, em termos gerais, consiste em se condicionar, de forma compulsória, a aquisição de um determinado bem ou serviço desejado pelo consumidor à aquisição de outros bens ou serviços que, em um primeiro momento, não motivaram a decisão de compra.

Segundo fundamentou a ministra, a venda casada, no caso, ocorreria de forma indireta, dissimulada, porque, apesar de a aquisição de ingressos não estar diretamente condicionada ao pagamento da taxa de conveniência, existiria uma limitação ao poder de escolha do consumidor, que se vê impedido de adquirir os ingressos on-line de outro fornecedor. Além disso, segundo o voto, haveria a imposição de atuação de um intermediário (empresa de venda de ingressos on-line) pelo fornecedor do evento, o que representaria uma recusa à venda direta, o que é proibido pelo artigo 39, IX, do CDC.

No entendimento da ministra, as vantagens conferidas ao consumidor pela comodidade de compra de ingressos on-line não justificariam a suposta venda casada, porque os benefícios não seriam efetivos. A venda de ingressos seria um elemento essencial da atividade de oferecer espetáculos culturais, de modo que esses custos já deveriam estar inseridos no preço ao consumidor. A cobrança de taxa de conveniência, assim, representaria a transferência ao



consumidor de custos que deveriam ser suportados pelos fornecedores do evento ou espetáculo.

Considerando que a análise da 3ª Turma baseou-se na existência de uma suposta venda casada, nosso propósito neste artigo é comentar essa conclusão com base na jurisprudência do Direito Concorrencial quanto à caracterização dessa figura. Essa intersecção entre Direito do Consumidor e Direito Concorrencial é algo incipiente no Brasil. Porém, defendemos que ambas as políticas possuem objetivos comuns e que este diálogo de fontes é desejável para evitar repressão excessiva a condutas que podem trazer benefícios à instituição concorrência e ao consumidor (que é, dela, o maior beneficiário).

Nos Estados Unidos, as discussões sobre venda casada (*tying arrangements*) marcaram um importante capítulo da relação conflituosa entre direito à livre concorrência e direitos de exclusividade conferidos pela propriedade intelectual.

A tensão entre essas duas esferas — direitos de exclusividade e livre concorrência — emergiu já nos primórdios do *Sherman Act*, a lei antitruste norte-americana (1890). A disputa judicial envolvendo os limites de extensão de direitos de exclusividade sobre determinados bens para outros mercados, secundários, foi um importante pano de fundo para o surgimento de gigantes da produção cinematográfica nos EUA no início do século XX.

No caso *U.S. v. Motion Picture Patents Co.* (1915), a Suprema Corte dos Estados Unidos barrou a tentativa de estender o direito de exclusividade conferido pela patente sobre a então revolucionária tecnologia desenvolvida por Thomas Edison — rodas dentadas e filme perfurado para projeção de filmes — para formar um *pool* que, entre outras restrições, obrigava os consumidores que adquiriam máquinas que utilizavam essa tecnologia a apenas rodar filmes produzidos pelo próprio *pool* em suas salas de projeção. Até mesmo o surgimento de Hollywood está relacionado com esse embate, pois algumas produtoras migraram para a Califórnia para fugir da então forte repressão judicial do chamado *film trust*.

Em um certo período, que perdurou até meados da década de 1970, a jurisprudência dos EUA, movida por uma forte repressão aos *trusts*, considerou ilegal — por si só — qualquer tentativa de condicionar a aquisição de um bem a outro bem ou serviço. O Departamento de Justiça dos EUA editou uma lista de cláusulas contratuais proibidas (conhecida como *nine nos*), incluindo vendas casadas (*tying arrangements*).

Esse entendimento, porém, levou a um certo exagero, sendo superado — já sob os auspícios da Escola de Chicago — por uma interpretação que levou em conta, na análise para caracterizar uma venda casada como ilegal, a existência ou não de poder de mercado — considerado como o poder para fixar preços de forma abusiva, sem nenhum tipo de pressão de concorrência.

Seguindo essa linha que considera o poder de mercado um elemento essencial para caracterizar a venda casada ilícita, no Brasil a jurisprudência do Cade tem exigido, além da existência de produtos diferenciados (isto é, produtos para os quais haja uma demanda, um mercado relevante) e de elemento de coerção ao consumidor, a existência de poder de mercado quanto ao produto primário ou quanto ao produto secundário[1].

No caso da taxa de conveniência, pode-se afirmar que existem dois mercados — um principal, referente à oferta de espetáculos culturais — e a existência de um mercado secundário de venda de ingressos on-line. Para que se possa concluir pela existência de uma venda casada, é importante verificar se há poder de mercado — ou seja, se as empresas de venda de ingressos on-line podem fixar preços de forma abusiva, sem nenhum tipo de pressão concorrencial.

É importante anotar que tanto nos Estados Unidos como na Europa predomina o entendimento de que, para caracterizar a venda casada, é necessário que este poder de mercado esteja caracterizado nos dois mercados: principal e secundário. No caso da taxa de conveniência, significa dizer que o poder de mercado deve existir tanto no mercado principal (de espetáculos) como no secundário (ingressos on-line). Uma importante exceção a esse entendimento pode ser encontrada no caso *Kodak* (1992), em que a Suprema Corte dos Estados Unidos entendeu que a venda casada pode estar caracterizada mesmo se não houver poder de mercado no mercado principal, se, por outras razões, o consumidor se tornar dependente do mesmo fornecedor no mercado secundário (efeitos de *lock-in*).

É importante notar — no caso da taxa de conveniência — que não existe poder sobre o mercado principal, pois há uma farta oferta de diferentes espetáculos culturais. A existência dessa oferta, pelo menos em alguma medida, restringe o poder das empresas de fixar preços de forma abusiva no mercado de ingressos on-line (secundário).

Além disso, a presença de elemento de coerção ao consumidor não é clara, pois existe a alternativa de adquirir os ingressos presencialmente. A existência dessa alternativa também acaba por limitar de forma considerável o poder de livremente fixar preços no mercado secundário (ingressos on-line), pois, se houver um abuso quanto ao valor da taxa de conveniência, os consumidores se verão estimulados a adquirir o ingresso de forma presencial, mesmo que isso signifique enfrentar filas e outros inconvenientes.

É possível que consumidores que estão fora das grandes capitais em que ocorrem a maior parte dos eventos culturais de massa possam se sentir mais prejudicados pela cobrança de taxa de conveniência, pois, para esses consumidores, a compra presencial não é uma alternativa viável. Porém, a taxa de conveniência não torna a situação desses consumidores pior do que a que existia antes do advento da compra pela internet, pois, se não houvesse tal possibilidade, o acesso dessas pessoas a grandes eventos seria ainda mais difícil.

Finalmente, um ponto a ser considerado é o direito de exclusividade na venda de ingressos. Essa exclusividade, sem sombra de dúvidas, acaba por reduzir a concorrência no mercado de ingressos on-line (secundário), conferindo maior poder para que as empresas possam fixar livremente o valor da taxa de conveniência.

A exclusividade, convém lembrar, é derivada do direito (propriedade intelectual) exclusivo do autor de usar, fruir e dispor da obra artística. As empresas que operam venda de ingressos on-line obtêm, contratualmente, esse direito de exclusividade dos fornecedores de espetáculos.

Logo, um elemento a ser considerado na análise de uma possível venda casada é o elemento do direito de exclusividade obtido por meio de contrato pelas empresas de venda de ingressos on-line.

O Cade, recentemente, acabou por arquivar um importantíssimo caso, que envolvia uma representação movida pelas fabricantes independentes de autopeças contra as montadoras (Processo 08012.002673/2007-51). Dentre outros argumentos, o caso envolvia uma alegação de venda casada indireta, pois as montadoras estariam se valendo do desenho industrial para obter poder sobre o mercado secundário, de peças de reposição. A alegação era que, ao decidir por adquirir um carro de uma determinada marca, o consumidor acaba por se tornar preso, condicionado, a adquirir peças de reposição dessa mesma marca, com possibilidade de as montadoras fixarem livremente os preços no mercado secundário, em razão da proteção conferida pelo desenho industrial das peças.

Nesse julgamento, que já se arrastava por cerca de dez anos, o Cade acabou por não reconhecer o alegado abuso de conduta das montadoras, tendo entendido que o exercício do direito à propriedade intelectual (desenho industrial) não seria abusivo, porque a Lei de Propriedade Industrial não teria conferido nenhum tipo de restrição de tais direitos ao mercado principal ou primário. Assim, não se poderia entender que a extensão do direito de propriedade intelectual ao mercado secundário poderia significar, por si só, uma conduta ilegal, pois isso significaria afastar a aplicação da Lei de Propriedade Industrial.

Esse caso é relevante para a análise da questão sobre a taxa de conveniência, pois a atuação das empresas que vendem ingressos on-line, como já dito, está vinculada à obtenção de direito de exclusividade na distribuição desses ingressos, o qual deriva do direito autoral que protege os espetáculos. Ao conceder licenciamento desses direitos a empresas que realizam a distribuição de ingressos, os detentores do direito autoral estão atuando dentro do limite de seu direito de livremente dispor sobre a obra artística.

Logo, se existe um poder sobre o mercado secundário (ingressos on-line), ele é obtido a partir de um direito reconhecido pela legislação. Para que se possa reforçar a legitimidade dessa atuação, porém, é importante que as empresas que operam venda de ingressos on-line não se neguem a licenciar esse direito a concorrentes em condições razoáveis de mercado, permitindo, assim, que exista concorrência no mercado de ingressos que seja suficiente para impedir imposição de preços abusivos ao consumidor.

Ainda que se entenda que a cobrança da taxa de conveniência é abusiva, a decisão de condenar a empresa à devolução integral do valor cobrado dos consumidores nos parece desproporcional, porque se partiu da premissa de que todo o valor cobrado corresponde a um lucro indevido. Porém, não se pode esquecer que essas empresas possuem custos operacionais para manter o serviço aos consumidores, de modo que a apuração do valor a ser ressarcido deveria, no mínimo, estar limitada ao valor excedente a esses custos.

Em conclusão, entendemos que a decisão do STJ não levou em conta a análise de poder de mercado como um elemento essencial para caracterização de uma venda casada, podendo representar uma limitação excessiva à livre-iniciativa das empresas que operam o negócio de venda on-line de ingressos. Uma solução menos drástica seria implementar meios para fomentar a concorrência neste setor — como a obrigação de licenciamento dos direitos de exclusividade a outras empresas em condições razoáveis —, evitando, assim, abusos que possam prejudicar o consumidor.



Sobretudo, recomenda-se maior cautela ao adotar uma decisão que pode significar o encerramento de um mercado explorado pelo ecossistema de *startups* e que contribui para geração de empregos e fomento à eficiência econômica.

[1] Nesse sentido é o voto do conselheiro Ricardo Machado Ruiz, na Averiguação Preliminar 08700.005025/2007-07 (Aceco Produtos para Escritório e Informática Ltda.), pg. 12, julgado pelo Cade em 23/6/2010: “(...) a venda casada demanda a análise de alguns requisitos para sua caracterização: a) a existência de dois produtos e/ou serviços separados; b) a existência de algum elemento de coerção; c) a existência de posição dominante no mercado principal ou condicionado; d) caracterização de efeitos anticompetitivos, seja no mercado secundário/condicionado ou seja no mercado principal” Além disso, “deve haver a configuração de conduta sem qualquer racionalidade ou eficiência econômica”.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2019-mar-20/jorge-brito-questao-venda-casada-ingressos-internet/>