

PARADOXO TROPICAL: A FINALIDADE DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL

Eric Hadmann Jasper¹

RESUMO

Presente artigo busca investigar se os precedentes do CADE são capazes de informar expressamente a sociedade sobre a finalidade do direito concorrencial brasileiro. Em outras palavras, a pergunta que se pretende responder é: qual é a finalidade do direito antitruste brasileiro de acordo com os precedentes do CADE? A hipótese é de que a Lei n. 12.529/2011 apresenta objetivos difusos e a jurisprudência do CADE não foi capaz de articular, de forma expressa, um objetivo ou conjunto de finalidades para a defesa da concorrência no Brasil.

Palavras-chave: Direito concorrencial; Antitruste; Finalidade; Objetivo

ABSTRACT

The paper aims at investigating whether or not CADE's precedents are able to clearly inform our society of the objectives of the Brazilian antitrust law. In other words: what is the objective of Brazilian antitrust law, according to CADE's precedents? The hypothesis is that neither the Brazilian antitrust law nor CADE's precedents were able to clearly provide a clear objective or set of objectives.

JEL: K21; L40; L49; L50

¹ Doutorando em Direito pela Universidade de Brasília, mestre em Direito (LL.M) pela *Columbia Law School* e filosofia pela Universidade de Brasília. Integrou o Governo Federal de 2004 a 2009 em cargos relativos a concorrência, regulação e direito do consumidor. Participou do subgrupo de investigações de cartéis da Rede Internacional da Concorrência (*International Competition Network*). Foi associado ao escritório Freshfields Bruckhaus Deringer, em Bruxelas. Integra as Comissões de Direito da Concorrência e Combate à Corrupção da OAB-DF. É professor de direito empresarial e econômico do Instituto Brasiliense de Direito Público. É destacado na publicação internacional *Chambers and Partners* desde 2014 e na publicação Internacional *Legal 500*.

1. Introdução

Em artigo no jornal Valor Econômico, a então conselheira do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”), Cristiane Alkmin, defendeu que a “[p]olítica de concorrência no Brasil tem de ser repensada tanto quanto ao objetivo-alvo como a seus instrumentos”.² De acordo com a autora, “[c]omo a concorrência não é um fim em si mesmo, no Brasil esta precisa ter como meta aumentar a produtividade do país.”³ Destrinchando as afirmações, percebe-se que a autora (i) parte da premissa de que o objetivo-alvo (ou finalidade) do direito concorrencial no Brasil foi efetivamente pensado e estruturado no passado (utiliza-se o verbo “repensar”); e (ii) defende que seria necessário alterar essa finalidade para o conceito de “aumento de produtividade”.

Correta ou não, a afirmação da ex-conselheira é relevante e se refere à questão central do presente artigo: investigar se os precedentes do CADE são capazes de informar expressamente a sociedade sobre a finalidade do direito concorrencial brasileiro.⁴ Em outras palavras, a pergunta que se pretende responder é: qual é a finalidade do direito antitruste⁵ brasileiro de acordo com os precedentes CADE? Importante destacar que o presente artigo concentra esforços no item “i” acima, deixando para pesquisas futuras a importante pergunta normativa sobre “qual deve ser a finalidade do direito antitruste brasileiro” (*i.e.*, o item “ii” acima).

Diferentemente da ex-conselheira, a hipótese de investigação não é de que o objetivo do direito concorrencial brasileiro foi devidamente estruturado e merece revisão. Pelo contrário, a hipótese é de que a Lei n. 12.529/2011 (“Lei de Defesa da Concorrência” ou “LDC”) apresenta objetivos difusos e a jurisprudência do CADE não foi capaz de articular, de forma expressa, um objetivo ou conjunto de finalidades para a defesa da concorrência no Brasil.

Trata-se de pesquisa relevante, pois analisar a finalidade do direito concorrencial brasileiro possibilitará uma base de comparação (*benchmark*) sobre a qual será possível avaliar

² SCHMIDT, Cristiane Alkmin. Agenda 2019 de competição. Valor Econômico, 4 dez. 2018. Disponível em: <https://glo.bo/2CYmdso>. Acesso em: 14 jan. 2019.

³ Ibid.

⁴ O presente artigo não busca inferir a finalidade do direito concorrência brasileiro a partir de análise dos resultados dos julgados (*e.g.*, se a punição em caso de abuso de posição dominante privilegiou o excedente do produtor, do consumidor ou o bem-estar social somado), mas sim se a autoridade concorrencial brasileira preocupou-se em articular de forma expressa e coerente seu entendimento sobre a finalidade do direito concorrencial brasileiro.

⁵ Para os fins do presente artigo, direito concorrencial e direito antitruste serão tratados como sinônimos.

a atuação do CADE. Ou nas palavras do autor norte-americano Robert Bork, em seu livro O paradoxo do antitruste:

[A] política antitruste não pode se tornar racional até que nós possamos responder uma pergunta: qual é a finalidade da lei – quais são seus objetivos? Todo o restante deriva da resposta que damos a essa pergunta. O juiz, ao aplicar a lei antitruste, deve ser guiado por um valor ou vários? Se são vários valores, como ele deve decidir casos em que há conflito entre valores? Apenas quando a questão da finalidade do antitruste for resolvida será possível ter uma estrutura coerente de normas substantivas.⁶

O presente artigo está dividido em quatro seções, incluindo esta primeira. A segunda discorre sobre as finalidades do direito concorrencial nos EUA e Europa, como forma de comparação em contraste com a próxima seção. A terceira seção analisa a legislação e jurisprudência brasileira para averiguar qual a finalidade do direito antitruste nacional. A última apresenta as conclusões.

2. O paradoxo do antitruste: a discussão sobre a finalidade do direito concorrencial nos EUA e Europa

2.1. Estados Unidos

O debate sobre a finalidade do direito antitruste foi recentemente reaquecido nos EUA em razão das discussões sobre o que se convencionou chamar de *hipster antitrust*. Para entender esse renovado interesse nos objetivos do antitruste, é necessário examinar, mesmo que forma muito resumida, os diversos propósitos que já foram atribuídos à lei estadunidense de defesa da concorrência (denominada *Sherman Act*, editada em 1890).

De acordo com Stucke, no decorrer do tempo a Suprema Corte norte-americana declarou, em diversos precedentes, que o Congresso Nacional daquele país pretendeu, com o *Sherman Act*, (i) prevenir a concentração de mercado, preservando, quando possível, a organização das indústrias em pequenas unidades concorrentes; (ii) proteger a liberdade das empresas de vender bens (*freedom to trade*); (iii) proteger o público das falhas de mercado; (iv)

⁶ BORK, Robert. The antitrust paradox: a policy at war with itself. Nova York: Editora The Free Press, 1993. p. 50.

preservar a liberdade das empresas de competir com “vigor, imaginação, devoção e engenhosidade”; (v) proibir práticas que impeçam o acesso de empresas ao mercado; (vi) assegurar igualdade de oportunidade e proteger o público de monopólios e cartéis; e (vii) apresentar uma bússola de liberdade econômica para preservar a livre concorrência.⁷

Para Joshua Wright, o início da defesa da concorrência nos Estados Unidos era, de fato, “multi-dimensional”. Contudo, o autor, bastante crítico desse início “sem princípios claros”, entende que a preocupação maior da defesa da concorrência nos Estados Unidos era, primordialmente, a prevenção da concentração de mercado (item “i” do parágrafo acima). O autor destaca, nesse sentido, uma decisão de 1897 na qual a Suprema Corte norte-americana defendeu que a finalidade do direito concorrencial era de proteger “pequenos negociantes e homens de valor” sendo certo que o tribunal chegou ao ponto de defender que esses “pequenos negociantes e homens de valor” deveriam ser protegidos mesmo que isso impedisse reduções de preços ao consumidor final. Tal viés de pura prevenção à concentração de mercado teria durado, de acordo com Wright, diversas décadas. Por exemplo, já em 1945 o juiz Learned Hand escreveu que “as grandes concentrações são intrinsecamente indesejáveis, independentemente dos seus resultados econômicos”.⁸

Nesse ponto (e talvez apenas nesse ponto), tanto Joshua Wright quanto a professora da Universidade de Brasília (“Unb”), Ana Frazão⁹, concordam: no início, o direito concorrencial norte-americano foi entendido sob diversas nuances.

A professora Ana Frazão, em seu livro *Direito da Concorrência*, cita Jonathan Baker para descrever como o direito antitruste norte-americano buscava ser (i) “instrumento de conciliação de valores da economia clássica e aqueles do liberalismo político”, (ii) forma de “proteger os direitos naturais de liberdade econômica e de propriedade”, (iii) protetor do “processo competitivo e o livre comércio”, (iv) forma de promover “a prosperidade nacional em compatibilidade com a justiça, a harmonia social e a liberdade”.¹⁰ Ainda de acordo com a professora da Unb, “[e]ssa abordagem mais ampla do Direito da Concorrência justificava-se

⁷ STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust’s goals. *Boston College Law Review*. V 53, p. 551-629, 2012. p. 560-562.

⁸ WRIGHT, Joshua *et al.* The dubious rise and inevitable fall of hipster antitrust. Disponível em: <<http://bit.ly/2r5jNo>>. Acesso em 15 jan. 2019. p. 6-7.

⁹ A professora Ana Frazão parte da mesma premissa (*i.e.*, de que o direito antitruste norte-americano) tinha finalidades diversas e sócio-políticas, mas entende que tal fato não seria negativo. Para maiores detalhes, ver seu livro *Direito da Concorrência: pressupostos e perspectivas*.

¹⁰ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 31.

igualmente pela constatação, de certa forma já antevista naquela época, de que mercados não são dados naturais ou espontâneos, mas sim construções sociais que decorrem de uma complexa somatória de interações entre seus participantes públicos e privados – cujos propósitos são normalmente de difícil e imprecisa identificação [...]”¹¹

Wright, por sua vez, afirma que “[c]om esse objetivo [*i.e.*, de impedir a concentração econômica], os tribunais entendiam a função do direito antitruste como a de servir vários - por vezes, conflitantes e anticompetitivos – objetivos sócio-políticos.”¹² Wright parte da mesma premissa da professora Ana Frazão, mas tem opinião diametralmente oposta. De acordo com o autor, “[o] resultado dessa abordagem multi-dimensional e sócio-política era previsível: decisões conflitantes, arrazoados não consistentes com os resultados, e pouca noção se a aplicação da doutrina antitruste estava atingindo quaisquer dos diversos objetivos.”¹³

A concordância sobre fatos e a discordância normativa entre Wright e Frazão avança no tempo. Wright defende que após esse período inicial “sem princípios” e de viés “sócio-político” (que perdurou até meados da década de 1960 nos Estados Unidos) economistas e juristas, em grande parte mas não exclusivamente ligados à Universidade de Chicago, buscaram analisar os propósitos do direito concorrencial de forma mais profunda. Essa busca teria começado com Robert Bork e Ward Bowman nos denominados *Fortune Magazine Debates* (série de artigos publicados na referida revista). Nesses artigos e posteriormente em seu famoso livro *O paradoxo do antitruste*, Bork e os demais autores defenderam que a finalidade do antitruste deveria ser a defesa do bem-estar econômico (chamado por Bork de “bem-estar do consumidor”, denominação que gerou diversos debates terminológicos).

Sobre os problemas terminológicos criados pela escolha de Bork do termo “bem-estar do consumidor”, Kenneth Heyer esclarece que:

[...] por bem-estar do consumidor, Bork quis dizer bem-estar total, o que é o mesmo que dizer eficiência econômica. Para evitar confusão, utilizarei o termo ‘bem-estar total’ para significar apenas isso: bem-estar total (equivalente ao excedente do consumidor somado ao excedente do produtor e eficiência econômica). Utilizarei o termo ‘bem-estar do consumidor’ para significar apenas isso: bem-estar do consumidor (equivalente ao excedente do

¹¹ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 33.

¹² WRIGHT, Joshua *et al.* The dubious rise and inevitable fall of hipster antitrust. Disponível em: <<http://bit.ly/2r5jNoY>>. Acesso em 15 jan. 2019. p. 6.

¹³ WRIGHT, Joshua *et al.* The dubious rise and inevitable fall of hipster antitrust. Disponível em: <<http://bit.ly/2r5jNoY>>. Acesso em 15 jan. 2019. p. 8.

consumidor). Lembrando que consumidor pode ser (e muitas vezes é) um intermediário/produtor de bens e não apenas o consumidor final.¹⁴

Nesse sentido, a professora Ana Frazão afirma que “Bork parte da premissa de que a multiplicidade de sentidos e propósitos que vinham sendo atribuídos ao Direito Antitruste estava transformando-o em algo incoerente, variável e ambíguo. [...] Partindo da premissa [...], Bork propôs a substituição da racionalidade jurídica pela transparência e previsibilidade do critério da eficiência econômica [...]”¹⁵

Diante do exposto, é possível concluir que o campo majoritário da doutrina e jurisprudência norte-americanas atual adota o critério de bem-estar total e eficiência econômica como finalidade primordial do direito concorrencial daquele país. Entendido esse fato, é possível compreender o debate relativo ao chamado *hipster antitrust*.

A origem do termo *hipster antitrust* é atribuída ao advogado norte-americano Konstantin Medvedovsky, do escritório Dechert LLP, ao escrever, em uma rede social sobre a existência de um “hipsterismo antitruste [onde] [t]udo que é antigo tornou-se ‘descolado’ novamente”.¹⁶ O termo foi popularizado pelo Senador norte-americano Orrin Hatch e pelo já citado professor Joshua Wright. De acordo com Wright:

[p]arece haver uma revolução surgindo. Mas essa revolução [*hipster antitrust*] é algo do passado em diversas formas. Ela propõe o retorno do populismo na aplicação do direito concorrencial. Ela declara que o moderno antitruste – e o critério do bem-estar do consumidor – foi um fracasso. Essa nova revolução coloca o direito concorrencial aos pés de uma série de problemas sócio-políticos, incluindo, mas não limitados ao aumento da desigualdade, a preocupações com salários de trabalhadores e a concentração de poder político.¹⁷

Analisando o *hipster antitrust* por lentes mais favoráveis, talvez o artigo mais importante nesse debate seja o de Lina Khan, apropriadamente denominado *Amazon’s antitrust paradox*. De acordo com a autora:

¹⁴ HEYER, Kenneth. Consumer welfare and the legacy of Robert Bork. *The Journal of Law & Economics* Vol. 57, N. S3, *The Contributions of Robert Bork to Antitrust Economics* (Agosto 2014), pp. S19-S32.

¹⁵ FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 39.

¹⁶ Vide <<http://bit.ly/32Yzls0>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

¹⁷ WRIGHT, Joshua *et al.* The dubious rise and inevitable fall of hipster antitrust. Disponível em: <<http://bit.ly/2r5jNo>>. Acesso em 15 jan. 2019. p. 1.

[a] Amazon é o titã do comércio do século 21. Além de ser varejista, é agora uma plataforma de vendas, uma rede de entregas e logística, um meio de pagamento, *bureau* de crédito, casa de leilões, editora de livros, produtora de filmes e programas de TV, designer de moda, produtora de *hardware* e fornecedora de serviços de computação na nuvem. [...] Elementos da estrutura da empresa e sua conduta representam preocupações concorrenciais – mas ela tem escapado do escrutínio antitruste. Esse artigo defende que a estrutura atual do antitruste – especificamente a correlação entre concorrência e ‘bem-estar do consumidor’, definido como efeitos de curto prazo sobre preços – não está preparada para abarcar a arquitetura do poder de mercado da economia moderna.¹⁸

Lina Khan, ao final do seu artigo, apresenta uma série de propostas para resolver o problema por ela observado no poder de mercado da Amazon. Entre as propostas, a autora cita a criação de presunções e critérios de ilegalidade para preços predatórios, a inclusão de objetivos ao direito antitruste relativos ao acúmulo de poder político, a problemas de conflito de interesse em integrações verticais e restrições e/ou regulação do acúmulo de dados e informações na internet (algo próximo à doutrina de facilidade essencial). De fato, uma expansão de finalidades do direito concorrencial, se comparada com o critério defendido pela Escola de Chicago.

2.2. Europa

Antes de apresentar as finalidades do direito concorrencial europeu, é necessário destacar que o documento fundamental desse ramo jurídico naquele continente é o Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), em particular os artigos 101 (proibição de acordos entre concorrentes), 102 (proibição de abuso de posição dominante) e 106 (sobre a aplicação dos princípios da concorrência a empresas públicas). Todo o restante das normas europeias de direito concorrencial (*e.g.*, regulamentos e guias da Comissão Europeia e a jurisprudência do Tribunal de Justiça e Tribunal Geral europeu) decorrem do TFUE.

No direito comunitário europeu, o principal termo utilizado para descrever a finalidade do direito concorrencial também é “bem-estar do consumidor”. Fundamental diferença do direito norte-americano, contudo, decorre do fato de que o termo “bem-estar do consumidor”,

¹⁸ KHAN, Lina M. Amazon’s antitrust paradox. Disponível em: <<http://bit.ly/2r3LTkC>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

na Europa, significa “excedente do consumidor”.¹⁹ A Europa, similarmente ao direito americano, também elenca como objetivo do direito antitruste a “alocação eficiente de recursos” (ou “eficiência econômica”, nos termos norte-americanos).

Neste sentido, o documento denominado “Orientações relativas à aplicação do artigo 81 [atual artigo 101] do Tratado” (“Orientações 81”) estabelece expressamente que:

[o] artigo 81 tem por objetivo proteger a concorrência no mercado, como forma de reforçar o bem-estar dos consumidores e de assegurar uma eficiente alocação de recursos. A concorrência e a integração do mercado servem estes objetivos, na medida em que a criação e a preservação de um mercado único aberto promove uma alocação de recursos eficiente em toda a Comunidade em benefício dos consumidores. (g.n.)²⁰

O documento equivalente que trata da aplicação do artigo 102 reforça a primazia do bem-estar do consumidor e da alocação eficiente de recursos. De acordo com as Orientações relativas à aplicação do artigo 102:

[o] objetivo da aplicação da lei por parte da Comissão [...] é assegurar que as empresas em posição dominante não prejudicam uma concorrência efetiva através do fechamento do mercado aos rivais de uma forma anticoncorrencial e tendo, assim, um impacto adverso no bem-estar dos consumidores, quer sob o efeito de preços mais elevados do que de outra forma prevaleceriam, quer pela limitação da qualidade, ou ainda pela redução do leque de escolha para os consumidores. (g.n.)²¹

Importante notar, contudo, que o direito europeu também arrola a “concorrência no mercado” (também denominada “processo competitivo”) e a “integração do mercado” (particularidade do objetivo de integração do continente europeu) como objetivos do direito concorrencial, mesmo que secundários se comparados ao bem-estar do consumidor e alocação eficiente de recursos. Para tanto, basta observar que o documento Orientações 81 afirma que a concorrência e a integração “servem” ao bem-estar do consumidor.

¹⁹ De acordo com Ariel Ezrachi, “Bem-estar do consumidor e bem-estar estão no coração do direito concorrencial europeu e são os principais beneficiários do processo competitivo. Na tentativa de transformar esses objetivos em parâmetros factíveis, as autoridades da concorrência têm aproximado esses conceitos com o conceito de excedente do consumidor.” EZRACGI, Ariel. EU Competition Law Goals and the Digital Economy. Disponível em: <<http://bit.ly/2O2OnbQ>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

²⁰ Documento disponível em: <<http://bit.ly/2raArnm>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

²¹ Documento disponível em: <<http://bit.ly/2XDmn1T>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

Ainda sobre o objetivo de proteção ao “processo competitivo”, Ariel Ezrachi menciona o precedente *Konkurrensverket v TeliaSonera Sverige* e informa que “[...] o Tribunal destacou a importância de prevenir ‘a distorção da competição em detrimento do interesse público, empresas e consumidores, assim garantindo o bem-estar da União Europeia.’” (g.n.). Em outro precedente destacado por Ezrachi (*Intel v Commission*), o Tribunal Geral Europeu afirmou que o objetivo do artigo 102 “[...] se refere não apenas a condutas que podem causar dano aos consumidores diretamente, mas também àqueles danos que podem causar prejuízo ao consumidor por meio do seu impacto na estrutura eficiente de competição.” (g.n.)²²

Diante desta breve exposição, é possível observar que o direito concorrencial europeu elegeu o bem-estar do consumidor (entendido como excedente do consumidor) e a alocação eficiente de recursos (ou eficiência econômica) como objetivos primordiais. Acrescentou a proteção ao processo competitivo e a integração de mercado como objetivos acessórios e que servem aos primeiros.

3. O paradoxo tropical: a finalidade do direito concorrencial no Brasil

Como mencionado na introdução ao presente artigo, a ex-conselheira do CADE, Cristiane Alkmin, entende que o objetivo do direito concorrência brasileiro deveria ser “repensado”, o que significa pressupor que, em algum momento, ele foi efetivamente “pensado”. Para investigar essa hipótese, o primeiro passo é observar o que diz a LDC no capítulo denominado “Da finalidade”.

De acordo com o artigo 1 da LDC, o direito concorrencial brasileiro é orientado “[...] pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.”

Observa-se que o capítulo denominado “finalidade”, na verdade, lista quatro princípios constitucionais (*i.e.*, liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e defesa dos consumidores, vide artigos 1 e 170 da Constituição Federal) e uma conduta que a Carta Magna determinou que normas infraconstitucionais reprimissem (*i.e.*, repressão ao abuso de poder econômico, vide artigo 173, parágrafo 4, da Constituição Federal). Neste sentido, chama-se a atenção para uma necessária mas futura reflexão sobre o conceito de “princípio”

²² EZRACGI, Ariel. EU Competition Law Goals and the Digital Economy. Disponível em: <<http://bit.ly/2O2OnbQ>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

(base/fundamento de algo) e a potencial diferença da definição de “finalidade” (alvo ou propósito que se busca alcançar). De qualquer forma, trata-se, nitidamente, de conjunto bastante diverso e, por vezes, conflitante de princípios/finalidades, sendo necessário investigar um pouco mais profundamente a própria LDC.

Mais adiante, em seu artigo 88, parágrafo 5, a LDC descreve os tipos de ato de concentração (“AC”) que serão proibidos (*i.e.*, as hipóteses em que o CADE, em nome do princípio da livre concorrência, poderá cercear a propriedade privada e o princípio da livre iniciativa). Mesmo aqueles AC que deveriam ser proibidos podem ser autorizados se, de acordo com o parágrafo 6 do mesmo artigo, (i) aumentarem a produtividade ou a competitividade; (ii) melhorarem a qualidade de bens ou serviços; ou (iii) propiciarem a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e (iv) sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

Em outras palavras, ao menos no tocante a AC o legislador foi claro ao privilegiar o bem-estar do consumidor (entendido como excedente do consumidor) e a eficiência econômica. Isso porque, para a aprovação de AC que deveria ser proibido devem estar presentes duas condições cumulativas, primeiro algum tipo de eficiência (itens “i” a “iii”) e, necessariamente, excedente do consumidor (nesse caso porque parte relevante das eficiências devem ser repassadas ao consumidor).

A conclusão acima é reforçada pelo documento do CADE denominado “Guia para análise de atos de concentração horizontais” (“Guia AC”). De acordo com o Guia AC, “ACs se justificam, do ponto de vista empresarial, pela perspectiva de exploração de sinergias econômicas e financeiras entre as empresas e pela expectativa de maiores excedentes para as requerentes após a operação. Entretanto, para que uma eficiência seja contabilizada no sentido de compensar os prováveis efeitos negativos ao bem-estar coletivo, não basta que gere reduções de custos, aumento de lucros ou outros benefícios que sejam incorporados unicamente pelas empresas fusionadas. Sendo a coletividade a titular dos bens jurídicos protegidos LDC, o art. 88, § 6, II, coloca como condição para aprovação de um AC, com base em eficiências específicas do AC, que **parte relevante dos benefícios decorrentes seja repassada aos consumidores.**” (g.n.)²³

²³ CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Guia para análise de atos de concentração horizontal. Junho 2016. Disponível em: <<http://bit.ly/2KDacZ>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

Esgotada a legislação concorrencial e as normas infralegais, buscou-se avaliar outros documentos emitidos pelo CADE que indicassem uma visão, mesmo que não oficial, da finalidade do direito da concorrência para o CADE. Neste sentido, foi possível localizar o Documento de Trabalho n. 1/2014 do Departamento de Estudos Econômicos do CADE (“DEE”). Apesar de o documento não “expressar, necessariamente, o ponto de vista do Conselho Administrativo de Defesa Econômica ou do Ministério da Justiça”, o referido documento foi elaborado pelo DEE dentro da sua competência legal de “elaborar estudos e pareceres econômicos” (artigo 17 da Lei n. 12.529/2011) para auxiliar os demais órgãos do CADE na aplicação da política antitruste brasileira.

No referido documento, o órgão do CADE afirma que “[a] política de defesa da concorrência é um instrumento para criar uma economia mais eficiente e inovadora, preservar o bem-estar econômico da sociedade e incentivar uma distribuição mais justa do produto social.” Logo adiante, no mesmo documento, o DEE esclarece que “[a] autoridade antitruste pode intervir nas estruturas do mercado a fim de promover a competição – seja por meio da aprovação ou reprovação de atos de concentração, seja por meio de investigação e condenação de condutas anticoncorrenciais.” Apesar de haver menção ao bem-estar do consumidor no documento, observa-se que a proteção ao bem-estar do consumidor ocorre de forma indireta, por meio da proteção da eficiência econômica.²⁴

A análise simples da legislação, das normas infralegais e documentos do CADE indica, ao menos preliminarmente, uma difusão de princípios/finalidades do antitruste nacional (*i.e.*, liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores/bem-estar do consumidor, repressão ao abuso do poder econômico, eficiência e proteção ao processo competitivo) e uma leve primazia do bem-estar do consumidor, ao menos no que tange à análise de AC.

3.1. Análise dos precedentes do CADE

Tendo em vista que análise normativa não restou conclusiva, necessário testar a hipótese na subseqüente fonte do direito: a jurisprudência. Para tanto, utilizou-se a ferramenta de

²⁴ Vide, por exemplo, a frase: “A teoria econômica pondera que condições estruturais adequadas – associadas com mercados pouco concentrados e ausência de barreiras à entrada e à saída-criam incentivos para as empresas competirem entre si. Como resultados, promovem-se eficiências alocativas e produtivas e progresso técnico na economia. Nessa situação o bem estar do consumidor seria maximizado.” p. 7.

pesquisa de jurisprudência do site do CADE²⁵ e foram escolhidos termos de pesquisa para a finalidade (com sinônimos: fim, fins, intuito, função, objetivo, objeto e propósito) do direito da concorrência (com sinônimos: *antitrust*, antitruste, política antitruste, concorrencial e direito concorrencial). Também foram utilizadas as expressões: eficiência econômica, eficiência, bem-estar, bem-estar social, bem-estar do consumidor, bem-estar total, processo competitivo, rivalidade e “proteção da concorrência e não do concorrente”. Por fim, optou-se por analisar processos julgados a partir da entrada em vigor da LDC, uma vez que a referida norma e a Lei n. 8.884/94 possuem redação idêntica do artigo 1 e elencam as exatas mesmas finalidades/princípios.

Após análise preliminar dos resultados que buscou excluir casos nitidamente irrelevantes, foram obtidos 95 documentos (*e.g.*, precedentes, pareceres, normas infralegais, entre outros), dos quais apenas os 13 precedentes sintetizados na tabela abaixo apresentaram aderência ao tema da pesquisa e recorte temporal. Foram excluídos da pesquisa precedentes que discutem o fato de o titular da proteção do direito da concorrência ser a coletividade, o que ocorre usualmente em precedentes nos quais se discute se o CADE está diante de lide privada ou infração concorrencial.

Referência	Transcrição do trecho relevante	Palavra-chave
PA 08012.002673/2007-51 (14.2.2018)	"55. O Direito Antitruste objetiva a preservação da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso do poder econômico, princípios esses consagrados nos art. 170 e seguintes da Carta Magna. [...] 64. Em outras palavras, o legislador operou verdadeiro trade-off entre esses valores tutelados, não cabendo ao intérprete subverter essa opção legislativa. A própria lei previu a abrangência desses institutos (propriedade intelectual versus concorrência) e calculou, ainda que implicitamente, o cômputo entre os ganhos e perdas da maximização de um valor e em detrimento do outro. É o que também destaca o parecer do Professor Joshua D. Wright, juntado aos autos: ‘A finalidade do direito da concorrência, assim como da legislação sobre patentes, é de maximizar o valor econômico gerado para consumidores. Assim, o direito antitruste deve de maneira similar equilibrar a concorrência estática e dinâmica. As leis de defesa	Liberdade de iniciativa; Livre concorrência; Função social da propriedade; Defesa do consumidor; Repressão ao abuso do poder econômico; Maximização de valor econômico ao consumidor (bem-estar do consumidor)

²⁵ Vide site: < <http://bit.ly/2pyZqQL>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

	da concorrência reconhecem que o potencial ganho de um concorrente inovador em forma de receitas monopolísticas cria um forte incentivo para concorrer através da inovação. Mas também se reconhece o papel do antitruste em calibrar o trade-off entre uso e criação - ou seja, os ganhos aos consumidores gerados pelos incentivos para criar e obter poderes monopolísticos devem ser sopesados contra as perdas de concorrência estática. Desta maneira, as leis antitruste e de P1 são devidamente vistas como complementares na manutenção do nível de proteção de P1 determinado pelo Legislativo e não distorcido por condutas anticompetitivas.” (g.n.)	
PA 08700.001830/2014-82 (25.11.2015)	"28. As cooperativas buscam, por meio da associação dos cooperados, o desenvolvimento destes e a sua inserção nos mercados, de modo a conseguir uma posição competitiva. O direito concorrencial busca, dentro de suas competências, o bem-estar econômico, para que seja possível a prática da livre iniciativa e da livre concorrência. " (g.n.)	Bem-estar econômico
PA 08012.004276/2004-71 (29.7.2015)	"213. Com efeito, como o exercício do poder de monopsonio permite que o comprador obtenha menores preços ao negociar com o ofertante, é tentador inferir que os custos do monopsonista irão sofrer decréscimo e que os consumidores finais serão beneficiados com a redução de preços. E, partindo do princípio de que o objetivo da política antitruste é o bem-estar do consumidor ou a garantia de preços baixos, não haveria justificativa para intervir nesse tipo de situação. " (g.n.)	Bem-estar do consumidor
PA 08012.008847/2006-17 (20.5.2015)	"4. As sustentações também nos provocam a respeito da questão das próprias finalidades da repressão ao abuso de poder econômico. Foi invocado o artigo 173, § 4º, da Constituição, em defesa dos representados. É claro que esse é o artigo que nos dá o parâmetro fundamental para nossas análises, mas é importante, também, entendermos que o objetivo do direito da concorrência é precisamente proteger, de forma instrumental, a concorrência e os mercados contra qualquer tipo de abuso. " (g.n.) (Voto Conselheira Ana Frazão)	Proteção da concorrência; Proteção dos mercados
PA 08700.006964/2015-71 (4.7.2018)	"11. Tal debate será abordado com mais profundidade em um tópico posterior deste Voto. Contudo, adianto que, mesmo que à época o serviço de transporte remunerado individual de passageiros não fosse de regulamentado de nenhuma maneira, é necessário considerar que a lei de defesa da concorrência tem como principal escopo a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da	Liberdade de iniciativa; Livre concorrência; Função social da propriedade; Defesa do consumidor; Repressão ao abuso do poder econômico

	propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.” (g.n.)	
PA 08012.001518/2006-37 (8.8.2018)	"257. A visão pragmática dos EUA decorre do fato de que a “função objetivo” de ambos os tipos de órgãos (reguladores e antitruste) ser a mesma: a de maximizar o bem-estar social." (Voto Conselheira Cristiane Alkmin)	Bem-estar econômico
Consulta n. 38/99 (20.3.2000)	"Assim, levando em consideração que, segundo Pyndick e Rubinfeld, "O objetivo primário das leis antitruste é a promoção de uma economia competitiva, por meio da proibição de ações que sejam capazes de limitar ou que tenham possibilidade de limitar a concorrência”, compete ao CADE analisar se a "guerra fiscal" pode afetar a promoção dessa economia competitiva e limitar a concorrência. [...] Assim, dado que a eficiente alocação de recursos na economia é uma das principais preocupações do direito da concorrência , fica clara a configuração da competência do CADE para conhecer da Consulta em tela. [...] De um lado, por exemplo, há os que, como Robert Bork, um dos maiores representantes da Escola de Chicago, no seu ‘Antitrust Paradox’, defendem categoricamente que a defesa da concorrência deve ter como objetivo básico, senão único, a busca da máxima eficiência alocativa e, conseqüentemente, da maximização do bem estar do consumidor. [...] No Brasil, dado o que reza a legislação (Lei nº 8.884/94, art. 1º) quanto aos ditames que orientam a aplicação das disposições antitruste, muitos autores defendem a existência de diversos e simultâneos objetivos a serem perseguidos pela atuação estatal na defesa da concorrência. Nenhum deles, no entanto, nega que a busca da eficiência e do bem-estar do consumidor tenha lugar de destaque, se não absolutamente central, dentre os objetivos da política de concorrência no Brasil. É também nessa direção, sem dúvida, que tem caminhado a experiência jurisprudencial do CADE.” (g.n.)	Eficiência; Bem-estar do consumidor
AC 08700.004431/2017-16 (14.3.2018)	“Nessa situação, o papel da autoridade antitruste será analisar os efeitos pró- e anti-competitivos nesse setor, o que não é trivial quando se está falando de mercados tecnológicos, em decorrência do seu dinamismo. De acordo com os estudos da OCDE, o impacto concorrencial desse tipo de cenário não é tão claro e, por essa razão, deve ser verificado caso a caso. Como explica Ana Frazão: ‘No contexto das reflexões sobre os propósitos do Direito da Concorrência, a questão da inovação ganha destaque, seja em razão da sua importância, seja em razão da sua complexidade. Se há certeza que a inovação é	Inovação

	<p>um dos maiores benefícios que decorrem da competição, há muitas dúvidas sobre como tal preocupação pode ser incorporada na análise antitruste, especialmente nos mercados de alta tecnologia, internet ou os derivados destes [FRAZÃO, Ana. Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 58.]” (g.n.) (Conselheira Polyanna Ferreira Silva Vilanova)</p>	
PA 08012.000758/2003-71 (5.12.2018)	<p>"Cabe lembrar aqui que a lei de defesa da concorrência possui o propósito de conferir estabilidade às relações entre os mais diversos agentes econômicos, compatibilizando os variados bens jurídicos protegidos pelo texto constitucional, de modo a evitar e/ou reprimir qualquer tipo de distorção no mercado, em prol da coletividade." (Conselheiro Mauricio Oscar Bandeira Maia)</p>	Proteção da concorrência; Proteção do mercado
PA 08012.002874/2004-14 (1.2.2017)	<p>"Conforme é de conhecimento amplo, a Constituição Federal de 1988 consagrou a livre concorrência e a livre iniciativa como alguns dos pilares fundamentais da ordem econômica. Visa-se, com isso, assegurar o equilíbrio nas relações econômicas, conferindo a todos uma existência digna, o que implica a busca de eficiências por parte dos agentes econômicos e na procura pelo bem-estar dos consumidores. [...] A lei de defesa da concorrência, nesse viés, possui o condão de conferir estabilidade às relações entre os mais diversos agentes econômicos compatibilizando os múltiplos bens jurídicos tutelados pelo texto constitucional de modo a evitar e/ou reprimir qualquer tipo de distorção que acarrete, por exemplo, limitação ou falseamento da livre concorrência e da livre iniciativa, assim como o abuso de posição dominante." (Nota Técnica SG-CADE n. 281/2013. Observe-se que tal afirmação foi repetida, <i>ipsis literis</i>, na Nota Técnica 120/2017 no PA 08700.004974/2015-71)</p>	Proteção da concorrência; Proteção do mercado; Existência digna (Efeitos sociais); Eficiência; Bem-estar do consumidor
AC 08700.000436/2014-27 (18.11.2014)	<p>"Consequentemente, não cabe à autoridade antitruste dar primazia a um interesse em detrimento do outro [interesse público versus interesse privado]; deve analisa-lo necessariamente em conjunto, buscando a solução que seja adequada e proporcional aos dois. Tal compatibilização, apesar de difícil, é possível, tendo em vista que é a própria Lei 12.529/2011 que oferece os critérios para se encontrar um ponto de equilíbrio entre a livre iniciativa, vista sob uma perspectiva individual, e a livre concorrência, vista como interesse difuso. Tanto é assim que a lei permite a aprovação de operações com efeitos anticompetitivos, desde que atendidos determinados requisitos que assegurem a neutralização de tais efeitos e a distribuição de parte relevante dos benefícios do ato com o consumidor." (g.n.) (Voto Conselheiro Ana Frazão)</p>	Bem-estar do consumidor

AC 08700.006185/2016-56 (11.7.2017)	“Finalmente, sinalizo mais uma questão que considero importante para esse e para os próximos atos de concentração submetidos ao CADE: a indicação de eficiências, remédios e/ou soluções efetivas aos problemas identificados pela Superintendência-Geral e/ou pelo Tribunal é tarefa essencialmente dos Requerentes. A preservação do interesse público, a função social da empresa e a defesa da livre concorrência são valores que exigem que as partes colaborem com o Poder Público para endereçar arranjos que privilegiem <u>benefícios líquidos ao consumidor</u>. ” (g.n.) (Voto vogal do Presidente Alexandre Barreto)	Bem-estar do consumidor
	“O Conselho deve ter um cuidado muito maior nesse mercado [educação], especialmente no tocante ao poder de mercado, haja vista a função social insculpida no art. 6 da Constituição Federal. Não estou dizendo que o CADE vai fazer política social via ato de concentração, porém o CADE tem que considerar eventuais <u>efeitos sociais</u> que concentrações eventualmente não exitosas e que formem grandes players possam trazer à atividade. Essa discussão se conecta não só com a análise dos impactos concorrenciais, mas também se projeta para os remédios necessários à mitigação dos efeitos anticompetitivos gerados com o conglomerado proposto.” (Voto-vogal do Conselheiro Gilvandro Vasconcelos)	Efeitos sociais
AC 08700.003636/2016-01 (2.8.2016)	“Antes de partir para o dispositivo do voto, gostaria apenas de manifestar minha preocupação quanto à postura intervencionista que parte deste conselho tem adotado, a despeito da orientação Constitucional insculpida no art. 170 da Carta Magna, que tem como fundamento a livre iniciativa . (g.n.) (Voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro)	Livre iniciativa

Examinando a tabela acima, observa-se uma lista de finalidades difusa com destaque para o “bem-estar do consumidor” (6 menções, incluindo a expressão “maximização de valor econômico ao consumidor”), a proteção da concorrência (3 menções), a proteção dos mercados (3 menções), eficiência (2 menções), bem-estar econômico (2 menções) e efeitos sociais (2 menções). Houve, como esperado, mera repetição do artigo 1 da LDC, com livre iniciativa (3 menções, sendo uma delas mais relevante – vide AC 08700.003636/2016-01), livre concorrência (2 menções), função social da propriedade (2 menções), defesa do consumidor (2 menções, sendo que não foi possível concluir se o precedente se referia ou não a bem-estar do consumidor, conceito distinto) e repressão ao abuso do poder econômico (2 menções). Por fim,

houve a inesperada menção à inovação como objetivo (e não resultado do processo competitivo) do direito da concorrência.

Por fim, importante destacar que o presente artigo, por sua brevidade, não buscou inferir a finalidade do direito concorrência brasileiro a partir de análise dos resultados dos julgados (*e.g.*, se a punição em caso de abuso de posição dominante privilegiou o excedente do produtor, do consumidor ou o bem-estar social somado), mas sim se a autoridade concorrencial brasileira preocupou-se em articular de forma expressa e coerente seu entendimento sobre a finalidade do direito concorrencial brasileiro.

Diante do exposto, parece razoável concluir que a LDC e as demais fontes do direito concorrencial brasileiro não deixam clara qual seria a finalidade primordial desse ramo do direito no país. Os precedentes do CADE também não buscam realizar esforço organizado e consciente para indicar à sociedade qual é o objetivo ou conjunto de objetivos primordial do antitruste no Brasil. Apesar de prematuro, é possível afirmar que o bem-estar do consumidor (entendido como excedente do consumidor) e a eficiência econômica (apenas se for possível a junção nessa categoria das expressões proteção da concorrência, proteção dos mercados, eficiência e bem-estar econômico) seriam os principais objetivos, aproximando o Brasil mais do direito europeu do que do direito norte-americano.

4. Conclusão

Como visto na introdução, o problema proposto no presente artigo foi investigar se os precedentes do CADE são capazes de informar expressamente a sociedade sobre a finalidade do direito concorrencial brasileiro. A hipótese proposta era de que a LDC apresenta objetivos difusos e a jurisprudência do CADE não foi capaz de articular, de forma expressa, um objetivo ou conjunto de objetivos para a defesa da concorrência no Brasil.

Como forma de comparação, optou-se por apresentar os objetivos do direito da concorrência nas duas principais jurisdições do mundo, os EUA e a Europa. A escolha das jurisdições não é aleatória. O CADE utiliza, em grande volume, experiências, precedentes e doutrina norte-americana e europeia. Além disso, essas são as jurisdições com as quais o Brasil tem o maior volume de cooperação internacional.

Com base na investigação realizada foi possível concluir, em primeiro lugar, que a própria norma brasileira contribui para a dificuldade da autoridade de defesa da concorrência

em delimitar o objetivo ou finalidade do direito antitruste nacional. Como visto, a LDC tem capítulo dedicado à “finalidade” do direito da concorrência, mas o que efetivamente faz é descrever uma série de princípios constitucionais (i.e., liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade e defesa dos consumidores, vide artigos 1 e 170 da Constituição Federal) e uma conduta que a Carta Magna determinou que normas infraconstitucionais reprimissem (i.e., repressão ao abuso de poder econômico, vide artigo 173, parágrafo 4, da Constituição Federal). Não há distinção clara entre princípios do direito concorrência e objetivos.

A análise da legislação concorrencial brasileira e das normas infralegais e documentos do CADE indica, ao menos neste estágio da pesquisa, uma difusão de princípios/finalidades do antitruste nacional (i.e., liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores/bem-estar do consumidor, repressão ao abuso do poder econômico, eficiência e proteção ao processo competitivo) e uma leve primazia do bem-estar do consumidor, ao menos no que tange à análise de AC.

Por fim, o exame dos precedentes do CADE demonstra uma lista de finalidades difusa com destaque para o “bem-estar do consumidor” (6 menções, incluindo a expressão “maximização de valor econômico ao consumidor”), a proteção da concorrência (3 menções), a proteção dos mercados (3 menções), eficiência (2 menções), bem-estar econômico (2 menções) e efeitos sociais (2 menções). Houve, como esperado, mera repetição do artigo 1 da LDC, com livre iniciativa (3 menções, sendo uma delas mais relevante – vide AC 08700.003636/2016-01), livre concorrência (2 menções), função social da propriedade (2 menções), defesa do consumidor (2 menções, sendo que não foi possível concluir se o precedente se referia ou não a bem-estar do consumidor, conceito distinto) e repressão ao abuso do poder econômico (2 menções). Por fim, houve a inesperada menção à inovação como objetivo (e não resultado do processo competitivo) do direito da concorrência.

Diante do exposto, parece razoável concluir que a LDC e as demais fontes do direito concorrencial brasileiro não tratam expressamente sobre a finalidade primordial desse ramo do direito no país. Os precedentes do CADE também não apresentam à sociedade indicação expressa sobre o objetivo ou conjunto de objetivos do antitruste no Brasil. Apesar de prematuro, é possível afirmar que o bem-estar do consumidor (entendido como excedente do consumidor) e a eficiência econômica (apenas se for possível a junção nessa categoria das expressões proteção da concorrência, proteção dos mercados, eficiência e bem-estar econômico) seriam os

principais objetivos, aproximando o Brasil mais do direito europeu do que do direito norte-americano.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORK, Robert. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. Nova York: Editora The Free Press, 1993.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). Guia para análise de atos de concentração horizontal. Junho 2016. Disponível em: <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view>. Acesso em: 15 jan. 2019.

DWORKIN, Ronald. Hard cases. *Harvard law review*, vol. 88, n. 6 (abril 1975).

EZRACGI, Ariel. EU Competition Law Goals and the Digital Economy. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191766>. Acesso em: 15 jan. 2019.

FRAZÃO, Ana. *Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2017.

HEYER, Kenneth. Consumer welfare and the legacy of Robert Bork. *The Journal of Law & Economics* Vol. 57, N. S3, *The Contributions of Robert Bork to Antitrust Economics* (Agosto 2014)

KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. Disponível em: <<https://www.yalelawjournal.org/note/amazons-antitrust-paradox>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

RAZ, Joseph. *Two views of the Nature of The Theory of Law: a partial comparison*. Legal Theory 4, Cambridge University Press, 1998

SCHMIDT, Cristiane Alkmin. Agenda 2019 de competição. *Valor Econômico*, 4 dez. 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/opiniao/6011469/agenda-2019-de-competicao>. Acesso em: 14 jan. 2019.

STRAVOLPOULOS, Nicos. The debate that never was. Disponível em: <<https://harvardlawreview.org/2017/06/the-debate-that-never-was/>>. Acesso em: 15 jan. 2019.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust's goals. *Boston College Law Review*. V 53, p. 551-629, 2012. p. 560-562.

WRIGHT, Joshua *et al.* The dubious rise and inevitable fall of hipster antitrust. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249524>. Acesso em 15 jan. 2019.