**DISCIPLINA: PODER ECONÔMICO E ÉTICA EMPRESARIAL: INTERFACES ENTRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E COMBATE À CORRUPÇÃO**

**PROFESSOR DOUTOR VINICIUS MARQUES DE CARVALHO**

**PROFESSOR CONVIDADO CAIO FARAH RODRIGUEZ**

**AULA 2 - NOÇÕES TEÓRICAS SOBRE DEFESA DA CONCORRÊNCIA E SEUS OBJETIVOS (20/08)**

**Aluno responsável pelo artigo de reação: Rafael Szmid (*rafael.szmid@gmail.com*)**

**Leitura Obrigatória:**

SALOMÃO FILHO, C. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros, 2013, pp. 76-121.

PITOFSKY, R. *The Political Content of Antitrust*. University of Pennsylvania Law Review, vol. 127, no. 4, April 1979.

WRIGHT, J. & GINSBURG, D. *The Goals of Antitrust: Welfare Trumps Choice*. Fordham Law Review, vol. 81(5), 2013, pp. 2405-2423.

**Leitura Complementar:**

CARVALHO. Vinícius Marques de. Aspectos históricos da defesa da concorrência. In: CORDOVIL, Leonor et al. Nova Lei de defesa da concorrência comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, pp. 13-44.

\* \* \*

**ARTIGO DE REAÇÃO**:

Como foi possível notar dos textos propostos, a definição teórica sobre “defesa da concorrência” e quais seriam os seus objetivos varia de forma significativa de jurisdição para jurisdição e de momento histórico para momento histórico. Poderíamos, inclusive, falar que a defesa da concorrência pode ser “um dos objetivos”, “o principal objetivo” ou o “único objetivo” do “direito da concorrência”. De fato, o objetivo da defesa da concorrência varia a depender do tipo de Estado. Pode-se defender a concorrência como um fim em si mesmo ou para proteger o consumidor, para proteger as empresas, para proteger a indústria nacional, para proteger o pequeno e médio empresário, para proteger o emprego, etc.

A título de exemplo, a Constituição Federal do Brasil (art. 170) dispõe que a livre concorrência (inc. IV) é um princípio da ordem econômica (ordem essa fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa), ao lado de uma série de outros princípios, como a função social da propriedade (inc. III), a defesa do consumidor (inc. V), a busca do pleno emprego (inc. VIII) e, inclusive, o tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País (inc. IX).

Ao seu turno, a legislação antitruste (Lei n.º 12.529/11) tem como objetivo a “prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.  Ou seja, no Brasil, não é possível se falar de um objetivo único da defesa da concorrência e a própria legislação concorrencial elenca outros objetivos que devem ser tutelados, considerados e sopesados. Inclusive, o Professor Calixto Salomão Filho (2013) elogia a legislação brasileira por essa característica, ao mencionar que ao tratar de controle das concentrações, a legislação pátria colocou como requisito de aprovação de operações de concentração econômica não apenas o ganho de eficiência, mas também o repasse de parte relevante aos consumidores (art. 88, § 6, “c”, II, da Lei de Defesa da Concorrência).

O Professor Vinícius Marques de Carvalho (2011) menciona que, segundo a visão propagada pelo sistema clássico de economia política, o Estado deve deixar de intervir para que haja bem-estar social, pois o bem-estar iria decorrer do livre mercado. Já no Estado pós-liberal, políticas intervencionistas são implementadas com vistas a expandir a renda e desenvolver determinados setores.

O Direito da Concorrência pode ser conceituado, de forma objetiva, técnica e positivista, como o ramo do direito que aplica a legislação antitruste para alcançar determinados objetivos. Esse “instrumento”, como mencionamos, pode ser usado para atingir diversos possíveis fins. Pode-se, inclusive, buscar proteger o “campeão nacional” ou evitar a falência de empresas (*failing firm theory*) por meio da aplicação do direito antitruste.

No texto do Professor Vinícius Marques de Carvalho (2011), é destacado que os objetivos do antitruste divergiram drasticamente entre o período pré-escola de Harvard, onde havia grande concentração econômica nos Estados Unidos (antes de 1936), e pós-Escola de Harvard. Entre 1936 até 1972, a Escola de Harvard fomentou a teoria estruturalista que tinha no poder econômico a fonte dos problemas concorrenciais. Entre 1973 e 1991, quando o elevado ativismo antitruste foi alvo de críticas, emergiu a Escola de Chicago[[1]](#footnote-1), cuja eficiência produtiva era o principal elemento a ser protegido. A concorrência seria, portanto, um instrumento que não deveria prevalecer caso a concorrência gerasse ineficiência produtiva. Essa teoria da primazia da eficiência econômica justificou permitir um maior grau de concentração interna, pois ganhos de escala eram essenciais para que empresas dos Estados Unidos pudessem ter êxito na concorrência com empresas internacionais, em particular com as de empresas japonesas que representavam uma ameaça à indústria interna norte-americana.

A concentração do capital, que deveria ser exceção, passou a ser regra na economia real e a concentração de capital acaba por gerar intervenção, pois gera riscos sérios à democracia e liberdade, como indicado na outra obra analisada de R. Pitofsky (1979). O Professor Vinícius Marques de Carvalho enfatiza que os mecanismos de intervenção estatal e de concentração de capital reduziram o caráter de instituição livre do mercado.

Vimos que, na obra indicada de D. Wright & Douglas H. Ginsburg (2013), os autores descrevem que, nos Estados Unidos, o bem-estar do consumidor é, atualmente, o principal objetivo do antitruste. Esse bem-estar seria atingido por meio da priorização da eficiência econômica nas análises antitruste, em uma visão que parece mais alinhada com ideias da Escola de Chicago ou ainda mais “progressistas”. Os autores indicam que essa forma de analisar o antitruste é positiva, mas que nem sempre foi assim nos Estados Unidos.

Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg (2013) contam que houve uma significativa evolução na jurisprudência da Suprema Corte norte-americana com relação a temas de antitruste. A Suprema Corte norte-americana interpretada o Sherman Act e o Clayton Act a partir de uma mistura de objetivos sociais e políticos, inclusive quanto esses objetivos eram potencialmente anticompetitivos (e.g., proteção do pequeno negócio da concorrência de rivais mais eficientes). Na visão de Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg (2013), essas decisões não promoviam a concorrência e o bem-estar do consumidor.

Contudo, isso mudou de forma “revolucionária” no final dos anos 70 e 80, em parte pela influência do pensamento de R. Bork que jogou luz sobre a forma como o antitruste era aplicado nos Estados Unidos. Segundo a teoria de Bork, a consideração da concorrência como fim gera prejuízos ao consumidor, pois para defender a concorrência se impede a formação de economias de escala, que são eficientes e benéficas ao consumidor. Se bem-estar do consumidor é liberdade, concorrência como um fim em si mesmo seria (aparentemente) contrário a isso. Vale destacar, desde já, que esse conflito seria apenas aparente na visão exposta no texto proposto do Professor Calixto Salomão Filho (2013), pois se um dos fundamentos do bem-estar do consumidor é sua liberdade de escolha, não há como considerar uma regra aplicada explicitamente com o objetivo de proteger a competição como “ineficiente”. Assim, o Professor Calixto Salomão Filho (2013) parece buscar uma possível compatibilização entre a defesa do consumidor e da eficiência, considerando o paradoxo analisado por Bork como algo apenas aparente e criticando essa visão “neoclássica” do antitruste.

De todo modo, essa visão “neoclássica” gerou uma mudança do foco do antitruste, que deixou de ter como preocupação primordial uma mistura de objetivos políticos e sociais e começou a se preocupar com o mercado como um todo. No caso Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc[[2]](#footnote-2), por exemplo, prevaleceu uma análise pela “regra da razão” no sentido de que determinadas restrições verticais podem promover concorrência inter-marcas. Seria assim, uma aplicação mais “pura do antitruste”, que poderia levar a conclusão que mercados mais concentrados podem ser mais benéficos para o consumidor em determinados casos, assim como restrições concorrências podem fomentar a concorrência.

Nessa linha, a jurisprudência americana foi colocando o “bem-estar” do consumidor como seu objetivo primordial. Essa promoção do bem estar do consumidor teria restaurado a “coerência intelectual” ao antitruste, que ao se preocupar com objetivos diversos de ordem não econômica acaba por ser anticoncorrencial, como descrito na famosa obra *Robert H. Bork, The Antitrust Paradox: A Policy At War With Itself* (1978).

Na outra obra analisada, R. Pitofsky (1979) reconhece que a aplicação das leis antitruste deve levar em conta aspectos econômicos de forma preponderante, mas que esses não devem ser os únicos aspectos a serem levados em conta. Esse autor contraria, nesse sentido, os economistas e advogados antitruste que advogam, em geral, que o *economic approach* deve ser o único a ser aplicado. Vale lembrar, que esse argumento criticado por R. Pitofsky (1979) é o que os advogados militando perante o CADE nos dias de hoje buscam defender, esquecendo-se de que a decisão de priorizar aspectos econômicos de forma preponderante ou a não intervenção não deixa de ser uma decisão política em última análise.

Na visão de R. Pitofsky (1979), essa aplicação “pura” do antitruste seria um erro, pois, na sua visão, outros valores devem ser levados em conta para fins de interpretação da legislação antitruste. O autor reconhece que considerar outros valores “políticos” seria potencialmente problemático do ponto de vista prático, pois são conceitos abertos e isso geraria imprecisão e insegurança jurídica. Contudo, sem isso, os objetivos da legislação antitruste, da forma como concebida, não seria cumprida.

Os motivos para justificar a consideração de aspectos não econômicos seriam os seguintes: (i) histórico legislativo de aprovação das leis antitruste, em particular nos Estados Unidos (e os debates no Congresso norte-americano sobre a legislação antitruste deixam claro que os Estados Unidos não aplicam o liberalismo que exigem aos outros países); (ii) viabilidade da incorporação de preocupações não concorrenciais, afirmando que há uma falsa ilusão de que a certeza quando se adota uma análise puramente econômica; (iii) compatibilidade entre objetivos políticos e econômicos; e (iv) preocupações políticas podem influenciar dentro dos limites de regras claras.

O autor fornece uma série de exemplos para mostrar como o antitruste não poderia ficar inerte quando a concentração de mercado representar um risco à democracia e à liberdade. Assim, o antitruste não só pode, como deve, se preocupar com a concentração excessiva de poder econômico, mesmo quando fruto de maior eficiência (e.g., controle da mídia por uma única família ou grupo econômico).

Além disso, R. Pitofsky (1979) se preocupa com a redução de leque de escolhas individuais dos consumidores, pois, na sua visão, opção é liberdade. Assim o antitruste deve reduzir barreiras e evitar práticas que gerem restrições à entrada de novos agentes econômicos. O motivo para isso é que, quando há muita concentração de mercado, os consumidores e governos perdem sua relevância no poder decisório sobre a forma de produzir, quantidade, qualidade, preço e etc. (ex: não utilização de tecnologias mais limpas).

Esse ponto acima nos remete ao texto analisado de Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg (2013), pois esses autores criticaram a primazia da liberdade do consumidor (*choice standard* )sobre outros valores considerados por eles como mais relevantes do ponto de vista do bem-estar do consumidor. Essa abordagem focando na liberdade do consumidor poderia fazer o antitruste regredir para os anos onde os interesses políticos e sociais determinavam a aplicação do antitruste.

Essa análise é feita pela crítica dos autores aos desdobramentos da primazia do interesse do consumidor para o chamado *consumer choice standard* e outros conceitos que direcionam a legislação antitruste a reprimir condutas que restrinjam outros aspectos que não preço. Isso resultaria, na visão de Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg (2013), em um perigo de que operações econômicas que geram eficiências econômicas e/ou redução de preço e/ou aumento de qualidade fossem vetadas apenas por diminuírem quantitativamente o número de concorrentes.

Na sua visão, a chamada *choice standard* não é considerada adequada, pois irá mudar o foco da análise antitruste da eficiência econômica para conceitos de bem-estar do consumidor pautados na concorrência fomentada pela quantidade de agentes econômicos no mercado. Isso desconsidera elementos relevantes da concorrência, como questões de qualidade e inovação nos mercados. A despeito de ser desejado que conceitos como variedade, qualidade e inovação sejam inseridos no conceito de bem estar do consumidor, isso já está incorporado na análise tradicional do antitruste. A *choice standard*, assim, reduziria a importância da abordagem econômica ao adotar a presunção de que mais concorrentes e marcas gera mais concorrência, o que ignora as eficiências potencialmente geradas por restrições e não possui amparo empírico ou teórico.

O chamado *consumer choice standard* nasceu da preocupação de que a análise tradicional de bem-estar do consumidor ignorava os benefícios da concorrência não via preço. Neil Averitt e Robert Lande[[3]](#footnote-3), que não concordam com Joshua D. Wright & Douglas H. Ginsburg (2013), apresentam o *consumer choice standard* como uma alternativa ao modelo tradicional de bem-estar do consumidor, e parecem estar alinhados com R. Pitofsky (1979) ao serem menos “puristas” na aplicação do antitruste. Para eles, um cartel não é ruim porque aumenta preços, mas sim porque reduz opções de preços e de escolha.

R. Pitofsky (1979) deixa claro, contudo, que não defende que qualquer tipo de interferência política possa afetar o antitruste. Na sua visão, temas não econômicos que não devem ser levados em conta incluem: (i) proteção do pequeno negócio contra a concorrência; (ii) privilégios para determinados agentes a garantir posições comerciais a despeito da eficiência; (iii) distribuição de receitas para fins sociais.

Algumas Provocações:

1. Ao pensarmos em uma economia globalizada, impedir o surgimento de grandes corporações, que possam produzir em grande escala, não impede a competitividade de empresas brasileiras no exterior? Ou seja, o antitruste, como conhecemos hoje, não serve mais às grandes potências?
2. Em que medida os governos nacionais devem dar uma imunidade plena para cartéis focando na exportação? Por outro lado, em que medida a exportação de bens e serviços não reduz potencialmente o abastecimento do mercado interno e pode gerar maiores preços e redução da oferta e até mesmo qualidade?
3. Em que medida a autoridade concorrencial deve fazer política pública? Exemplo: A concentração econômica no mercado de bens supérfluos, como joias, deve ser analisada de forma mais “light” do que a concentração econômica no mercado de saúde (e.g., hospitais)?
4. Deve o antitruste orientar as políticas públicas? Exemplo 1: *Plain tobacco packaging*, defendido pelo Ministério de Saúde, induz concorrência via preço, o que torna os cigarros mais baratos e potencialmente aumenta o consumo; Exemplo 2: Deve a autoridade concorrencial barrar uma operação que seja eficiente o bastante para reduzir o preço de armas para “civis”, considerando uma política pública desarmamentista?
5. Em que medida os Estados Unidos só impõe e defendem um “liberalismo” econômico para os demais, como uma forma de facilitar o seu acesso a novos mercados, mantendo-se internamente extremamente intervencionista (e.g., limitação do limite de licenças de motorista de aplicativos em NY para reduzir concorrência, aumentar qualidade e reduzir poluição). E o nosso paralelo com o tabelamento dos fretes?
6. As autoridades concorrenciais devem ter nos seus quadros pessoas com uma visão alinhada com a visão de governo ou é melhor uma composição “eclética” para permitir debates mais amplos e refinados?
7. Tabelamento de preço, preço predatório, estipulação de preço mínimo, estipulação de preço de revenda, exclusividade, não concorrência, etc. podem ser pró-competitivos?

\* \* \*

1. Visão de Chicago: entende-se que a análise econômica do Direito deve ser o critério a indicar a regra jurídica mais adequada para a sociedade, sendo indesejada qualquer restrição a transações privadas em que a vantagem dos beneficiados é maior que a perda dos prejudicados. Chicago foca na maximização das riquezas (ótimo de Pareto). O Professor Calixto Salomão Filho (2013) critica isso, pois a distribuição da riqueza é tanto ou mais importante do que sua maximização. Além disso, Calixto critica a aplicação de valores absolutos às premissas econômicos de modo a indicar diretamente o sentido das regras. [↑](#footnote-ref-1)
2. 433 U.S. 36 (1977) [↑](#footnote-ref-2)
3. Neil W. Averitt & Robert H. Lande, *Consumer Choice: The Practical Reason for Both Antitrust and Consumer Protection Law*, 10 LOY. CONSUMER L. REV. 44 (1998) [↑](#footnote-ref-3)