

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro



Vol. nº 188, ago. 2024/dez. 2024

RDM 188

Artigos e Atualidades:

1. Disciplinando a Economia da Informação - Análise do Data Act da UE como uma Estratégia Brasileira para o Desenvolvimento da Internet das Coisas (Carlos Portugal Gouvêa, Michelle Baruhm Diegues).
2. Qual Bem-Estar do Consumidor? Um Objetivo sem Significado (Rodrigo Fialho Borges, Gustavo Manicardi Schneider).
3. A Recuperação Judicial é um Processo Coletivo Estrutural? (Luis Miguel Roa Florentin, Adriano Camargo Gomes).
4. A Guinada Verde do Direito Societário (Maria Eduarda Lessa).
5. Natureza Jurídica do Evento Material Adverso: Alocação de Riscos como Critério para Extinção do Contrato (Pedro Sergio Liberato Souza).
6. Direito Concorrencial em Plataformas Digitais: Ressignificando o Debate entre Fake News e o Antitruste (Stella Maria Margarita La Regina).
7. Personalidade Jurídica: Uma Dimensão Esquecida da Disciplina Jurídica dos Mercados? (Luiz Guilherme Ros, Arthur Sadami).
8. Aplicação da Affectio Societatis na Dissolução em Sentido Amplo nas Sociedades Limitadas e Anônimas: Análise Teórica e Jurisprudencial (Thales Solis Farha).
9. A Sociedade de Propósito Específico e seu Patrimônio de Afetação na Recuperação Judicial (Giulia Ottani Gonçalves).
10. Processo Administrativo Sancionador nos Órgãos Supervisores do Sistema Financeiro Nacional Brasileiro (Thiago da Cunha Brito).
11. A Dualidade dos Interesses Sociais das Estatais e os Limites na Persecução dos Interesses Públicos pelo Estado (Levi Custódio Santos).

ISBN 978-65-6006-166-8



9 786560 061668 >

IDGLOBAL
Instituto de Direito Global



rdm
revista de direito mercantil

EXPERT
EDITORA DIGITAL

Revista de Direito Mercantil

industrial, econômico e financeiro

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
industrial, econômico e financeiro
188

Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Comercial
Comparado e Biblioteca Tullio Ascarelli do Departamento de
Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de
São Paulo

Ano LXIII (Nova Série)

Agosto 2024/Dezembro 2024

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL
Industrial, econômico e financeiro
Nova Série – Ano LXIII – n. 188 – ago. 2024/dez. 2024

FUNDADORES:

1ª FASE: WALDEMAR FERREIRA

FASE ATUAL: Profs. Philomeno J. Da Costa E Fábio Konder Comparato

CONSELHO EDITORIAL:

Alexandre Soveral Martins

Carlos Klein Zanini

Jorge Manuel Coutinho de Abreu

Judith Martins-Costa

Paulo de Tarso Domingues

Rui Pereira Dias

Ana de Oliveira Frazão

Gustavo José Mendes Tepedino

José Augusto Engrácia Antunes

Luís Miguel Pestana de Vasconcelos

Ricardo Oliveira Garcia

Sérgio Campinho

COMITÊ DE REDAÇÃO:

Antonio Martín

Calixto Salomão Filho

Eduardo Secchi Munhoz

Francisco Satiro De Souza Junior

José Alexandre Tavares Guerreiro

Juliana Krueger Pela

Mauro Rodrigues Penteado

Marcos Paulo De Almeida Salles

Newton de Lucca

Paulo Fernando Campos Salles De Toledo

Priscila Maria Pereira Corrêa Da Fonseca

Balmes Vega Garcia

Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa

Erasmus Valladão Azevedo E Novaes
França

Haroldo Malheiros Duclerc Verçosa

José Marcelo Martins Proença

Luiz Gastão Paes de Barros Leães

Manoel De Queiroz Pereira Calças

Marcelo Vieira Von Adamek

Paula Andréa Forgioni

Paulo Frontini

Rachel Sztajn

Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer
Ruy Camilo Pereira Junior
Thiago Saddi Tannous
Vitor Henrique Pinto Ido

Rodrigo Octávio Broglia Mendes
Sheila Christina Neder Cerezetti
Vinícius Marques De Carvalho

COORDENADORES ASSISTENTES DE EDIÇÃO:

Matheus Chebli De Abreu
Heitor Augusto Pavan Tolentino Pereira

Michelle Baruhm Diegues

ASSESSORIA DE EDIÇÃO DISCENTE:

Ana Carolina Amado Britto
Daniel Fermann
Luma Luz
Mariana Caroline Silva Aguiar
Rafaela Vidal Codogno
Yasmin Haddad D'Alpino

Arthur Martins Nogueira
Luiza Pereira Lessa
Maria Eduarda da Matta Ribeiro Lessa
Pedro Henrique Nobre Dantas Brandão
Sofia Buchala

REVISTA DE DIREITO MERCANTIL

Publicação semestral da Editora Expert LTDA

Rua Carlos Pinto Coelho, CEP 30664790 Minas Gerais, BH – Brasil

Diretores: Luciana de Castro Bastos, Daniel Carvalho

Direção Executiva: Luciana de Castro Bastos

Direção Editorial: Daniel Carvalho

Diagramação e Capa: Editora Expert

Revisão: Do Autor

A regra ortográfica usada foi prerrogativa do autor.



Todos os livros publicados pela Expert Editora Digital estão sob os direitos da Creative Commons 4.0 BY-SA. <https://br.creativecommons.org/>

"A prerrogativa da licença creative commons 4.0, referencias, bem como a obra, são de responsabilidade exclusiva do autor"

AUTORES: Adriano Camargo Gomes, Arthur Sadami, Carlos Portugal Gouvêa, Giulia Ottani Gonçalves, Gustavo Manicardi Schneider, Levi Custódio Santos, Luis Miguel Roa Florentin, Luiz Guilherme Ros, Maria Eduarda Lessa, Michelle Baruhm Diegues, Pedro Sergio Liberato Souza, Rodrigo Fialho Borges, Stella Maria Margarita La Regina, Thales Solis Farha, Thiago da Cunha Brito.

ISBN: 978-65-6006-166-8

Publicado Pela Editora Expert, Belo Horizonte, Abril de 2025

A Revista de Direito Mercantil agradece ao Instituto de Direito Global pelo fomento à publicação deste volume.

Pedidos dessa obra:

experteditora.com.br

contato@editoraexpert.com.br



ÍNDICE E CV DOS AUTORES

Carlos Portugal Gouvêa

Livre-Docente em Direito Comercial pela Faculdade de Direito da USP (2022). Professor Associado de Direito Comercial da Universidade de São Paulo (USP) e sócio fundador do PGLaw. Doutor em Direito pela Universidade de Harvard (S.J.D., 2008). Bacharel pela Universidade de São Paulo (USP). Lecionou como professor visitante na Harvard Law School e foi pesquisador visitante na Yale Law School e na Wharton Business School da University of Pennsylvania. É credenciado pela Ordem dos Advogados do Brasil e pela New York State Bar Association. É membro vice-presidente da Comissão de Mercado de Capitais e Governança Corporativa da OAB-SP e membro do conselho da Comissão Fulbright do Brasil. Foi membro do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Michelle Baruhm Diegues

Doutoranda em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Coordenadora do Grupo Direito e Pobreza. Editora da Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro. Advogada com experiência nas áreas de Direito Societário e Governança Corporativa.

Rodrigo Fialho Borges

Professor da Graduação e do Mestrado Profissional na FGV Direito SP. Doutor em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante na University of Pennsylvania Law School (2018-2019). Coordenador do Grupo de Estudos em Fusões e Aquisições (GEM&A) da FGV Direito SP. Sócio no PGLaw.

Gustavo Manicardi Schneider

Mestrando em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. Candidate na Harvard Law School (2024-2025).

Luis Miguel Roa Florentin

Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Doutorando em Direito Comercial pela USP. Membro do grupo de pesquisa CNPq/Lattes Processo Civil Comparado (UFPR). Advogado em Curitiba e São Paulo. luis@asantosadvogados.adv.br

Adriano Camargo Gomes

Mestre em Direito pela Universidade de Oxford. Doutor em Direito Processual pela USP. Pós-Doutorando em Direito Processual Civil pela UFPR. Membro do grupo de pesquisa CNPq/Lattes Processo Civil Comparado (UFPR). Advogado em Curitiba e São Paulo. adriano@camargoegomes.com

Maria Eduarda Lessa

Bacharel em Direito na Universidade de São Paulo e pesquisadora no Centro de Governança Corporativa.

Pedro Sergio Liberato Souza

Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP), Laurea Magistrale pela Scuola de Giurisprudenza della Università di Camerino (UNICAM), e é doutorando pela Faculdade de Direito do Largo São Francisco (FD-USP).

Stella Maria Margarita La Regina

Advogada. Bacharel em Direito pela FGV Direito São Paulo.

Luiz Guilherme Ros

Mestre e doutorando pela Universidade de Brasília, sócio em Silva Matos Advogados.

Arthur Sadami

Mestre pela Universidade de São Paulo, pesquisador na Fundação Getúlio Vargas e na Universidade de São Paulo.

Thales Solis Farha

Graduado em Direito pela FGV Direito São Paulo – Escola de Direito de São Paulo. E-mail:thalesfarha@outlook.com.

Giulia Ottani Gonçalves

Advogada, graduada em Direito e pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, pós-graduada em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e membra da comissão de mediação empresarial da Ordem dos Advogados do Brasil Seção São Paulo (OAB/SP).

Thiago da Cunha Brito

Auditor Federal de Controle Externo do Tribunal de Contas da União. Mestrando em Direito Econômico e Desenvolvimento, pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP), Brasília, Brasil. Pós-graduado LLM Direito Penal Econômico (IDP). Graduado em Direito (IDP). Licenciado em Engenharia Informática, pelo Instituto Superior de Engenharia do Porto (ISEP), Portugal. Pós-graduado em Marketing e Gestão Estratégica, pela Universidade do Minho (UMinho), Braga, Portugal.

Levi Custódio Santos

Graduado em direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e certificado em governança corporativa, riscos e compliance pela Saint Paul Escola de Negócios. Foi pesquisador vinculado à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo (FAPESP). Atua como Advogado em Mercado de Capitais e Governança Corporativa no Veirano Advogados.

SUMÁRIO

Disciplinando a Economia da Informação: Análise do Data Act da União Europeia como uma Estratégia Brasileira para o Desenvolvimento da Internet das Coisas 15

Carlos Portugal Gouvêa, Michelle Baruhm Diegues

Qual bem-estar do consumidor? Um objetivo sem significado.. 65

Rodrigo Fialho Borges, Gustavo Manicardi Schneider

A recuperação judicial é um processo coletivo estrutural?..... 107

Luis Miguel Roa Florentin, Adriano Camargo Gomes

A guinada verde do direito societário..... 141

Maria Eduarda Lessa

Natureza jurídica do evento material adverso: Alocação de riscos como critério para extinção do contrato 183

Pedro Sergio Liberato Souza

Direito concorrencial em plataformas digitais: Ressignificando o debate entre *fake news* e o antitruste..... 218

Stella Maria Margarita La Regina

Personalidade jurídica: Uma dimensão esquecida da disciplina jurídica dos mercados? 294

Luiz Guilherme Ros, Arthur Sadami

Incidência da *affectio societatis* na dissolução parcial de sociedades em sentido amplo: Análise teórica e jurisprudencial..... 317

Thales Solis Farha

**A sociedade de propósito específico e seu patrimônio de afetação
na recuperação judicial..... 366**

Giulia Ottani Gonçalves

**Processo administrativo sancionador nos órgãos supervisores do
Sistema Financeiro Nacional brasileiro 394**

Thiago da Cunha Brito

**A dualidade dos interesses sociais das estatais e os limites na
persecução dos interesses públicos pelo estado 435**

Levi Custódio Santos

QUAL BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR? UM OBJETIVO SEM SIGNIFICADO

Rodrigo Fialho Borges (FGV, São Paulo)⁹⁷

Gustavo Manicardi Schneider (Harvard Law School, Cambridge)⁹⁸⁻⁹⁹

Resumo

Este artigo se dedica a determinar qual padrão de bem-estar do consumidor é utilizado pelo CADE no julgamento de processos administrativos na autarquia. Há duas justificativas para esse esforço: (i) a divergência doutrinária da qual decorrem ao menos quatro padrões contemporâneos diversos para o bem-estar do consumidor, um elaborado por Robert Bork, um por Herbert Hovenkamp e dois por Robert Lande; e (ii) a crescente discussão internacional sobre reformas conceituais e práticas quanto ao conceito de bem-estar do consumidor. Para tanto, realizou-se análise empírica de 355 documentos vindos de processos administrativos envolvendo consultas, atos de concentração ou condutas na autarquia. Apenas 15 (4,22%) desses documentos definiram bem-estar do consumidor diretamente, sendo que 12 (80%) deles recorreram à definição expressa no Guia H da autarquia, que não se adequa exatamente a um dos quatro padrões existentes na doutrina. Adicionalmente, em 157 (44,22%) dos documentos analisados, uma

97 Professor da Graduação e do Mestrado Profissional na FGV Direito SP. Doutor em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Pesquisador visitante na *University of Pennsylvania Law School* (2018-2019). Coordenador do Grupo de Estudos em Fusões e Aquisições (GEM&A) da FGV Direito SP. Sócio no PGLaw.

98 Mestrando em Direito Comercial e bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. LL.M. Candidate na Harvard Law School (2024-2025).

99 Agradecemos a Beatriz Kira, Caetano Patta Barros, Diogo Rosenthal Coutinho, Flávio Marques Prol e Iagê Zendron Miola, coordenadores do grupo Poder Econômico e Crise da Democracia do Centro Brasileiro de Análise e Planejamento, assim como aos demais membros do grupo, pelas enriquecedoras discussões e pela cuidadosa revisão deste artigo. Agradecemos à Amanda Athayde e aos participantes do 19º Seminário IDGlobal pelas importantes provocações e contribuições ao artigo. Enfim, agradecemos a Pedro Paulo de Tarso Augusto e Michelle Baruhm Diegues, respectivamente pelo valioso auxílio no desenvolvimento da pesquisa que fundamentou a atualização do tópico 2 e pelos comentários ao tópico 3. Eventuais erros são de nossa inteira responsabilidade.

menção ao bem-estar do consumidor foi acompanhada de uma correlação com um ou mais outros conceitos econômicos. Entre eles, a menção mais comum foi ao preço (94 documentos, 59,87%), seguida por qualidade (57 documentos, 36,30%) e quantidade (48 documentos, 30,57%). O artigo conclui que a prática do CADE criou um padrão próprio e subteorizado de definição de bem-estar do consumidor, que em alguns pontos se aproxima do modelo proposto por Herbert Hovenkamp.

PALAVRAS-CHAVE: bem-estar do consumidor; Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE; antitruste; direito da concorrência; defesa da concorrência; jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O bem-estar do consumidor é frequentemente citado como o principal objetivo do antitruste (Kirkwood; Lande, 2011; Orbach, 2011). No Brasil, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) também articula uma lista difusa de finalidades para o direito concorrencial em seus julgados, mas entre essas dá maior ênfase ao bem-estar do consumidor (Jasper, 2019, p. 188). No entanto, o conteúdo desse objetivo pode ser preenchido de diversos modos, o que impacta diretamente a política de defesa da concorrência. Esses diferentes modos têm sido alvo de intenso debate dentro do campo do antitruste e da regulação das plataformas digitais. Assim, autores estrangeiros têm defendido reformas no conceito de bem-estar do consumidor e nas suas ferramentas de aplicação para melhor endereçar as formas de poder econômico exploradas por plataformas digitais (Makridis; Thayer, 2024; Caves; Singer, 2019; Khan, 2017).

Essas propostas têm por base, com frequência, o excessivo foco dado à variação de preços na prática das autoridades antitruste e são, assim, elaboradas a partir de diagnósticos empíricos da aplicação do bem-estar do consumidor. Assim, a determinação precisa do que se entende por “bem-estar do consumidor” é passo preliminar para a

compreensão profunda da atuação de uma autoridade concorrencial. No entanto, até o momento, não há um estudo empírico sobre o uso da expressão na prática do CADE.

Esse artigo pretende preencher essa lacuna na literatura por meio de uma pesquisa empírica abarcando tanto votos de conselheiros como outros documentos produzidos pelos órgãos componentes do CADE. Assim, o restante desse artigo é dividido em três tópicos. O primeiro apresenta os quatro principais modelos¹⁰⁰ de bem-estar do consumidor recorrentes na literatura. O segundo apresenta o estudo empírico realizado, comparando os dados levantados com os padrões discutidos no tópico 2. O terceiro conclui.

2. OS VÁRIOS SIGNIFICADOS DE “BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR”¹⁰¹

O critério atualmente mais defendido para a perseguição do objetivo do antitruste visa à maximização do bem-estar do consumidor¹⁰² (Kirkwood; Lande, 2008, p. 242; Orbach, 2011, p. 133-134). É esse o modelo mais recorrente em países desenvolvidos

100 Ao longo do texto os termos “modelo” ou “padrão” serão utilizadas de modo intercambiável para fazer referência aos modelos descritos no tópico 2 do trabalho e ao modelo extraído da prática do CADE para o preenchimento do significado da expressão “bem-estar do consumidor”.

101 Este tópico foi elaborado com base em atualização de pesquisa previamente realizada e disponível em Borges (2020). Tal trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

102 “In mainstream antitrust law, there is only one goal in addition to protecting buyers. When small suppliers are threatened by anticompetitive behavior, Congress wanted to protect them from exploitation as well, so long as this could be accomplished without causing purchasers to pay supracompetitive prices. In both sell-side and buy-side cases, in short, the ultimate goal is the same-competitive prices [...] for all.” (“Na corrente principal do antitruste, há apenas um objetivo, além de proteger os compradores. Quando pequenos fornecedores são ameaçados por comportamentos anticoncorrenciais, o Congresso também queria protegê-los da exploração, desde que isso pudesse ser feito sem que os compradores pagassem preços supracompetitivos. Em ambos os casos, do comprador e do vendedor, em suma, o objetivo final são os mesmos preços competitivos [...] para todos.”) Cf. Kirkwood e Lande (2008, p. 242). “All antitrust lawyers and economists know that the stated instrumental goal of antitrust laws is “consumer welfare,” which is a defined term in economics.” (“Todos os advogados e economistas antitruste sabem que o objetivo instrumental declarado das

(Kirkwood; Lande, p. 92, *In: Pitofsky, 2008*)¹⁰³ e replicado para os países em desenvolvimento (Waked, 2015, p. 952)¹⁰⁴, muito embora, em alguns casos, o que se reporta como um modelo de bem-estar do consumidor não seja propriamente condizente com tal modelo e suas características (International Competition Network, 2007, p. 9)¹⁰⁵.

leis antitruste é o ‘bem-estar do consumidor’, que é um termo definido em economia.”) Cf. Orbach (2011, p. 133-134).

103 “In recent years, the [U.S.] case law has largely adopted the view that the ultimate goal of the antitrust laws is to protect consumers, not to increase efficiency.” (“Nos últimos anos, a jurisprudência [estadunidense] adotou amplamente a visão de que o objetivo final das leis antitruste é proteger os consumidores, e não aumentar a eficiência.”) Cf. Kirkwood e Lande (p. 92, *In: Pitofsky, 2008*). Embora o modelo de bem-estar do consumidor seja o modelo preponderante, existem outros modelos alternativos para a política de defesa da concorrência, que ensejaram uma análise comparativa entre suas vantagens e desvantagens para uma melhor compreensão de qual deva ser o melhor modelo a ser aplicado pelas autoridades concorrenciais. Nesse sentido, v. OECD (2023); Borges (2020, p. 100-136).

104 Por exemplo, em estudo apresentado pela *International Competition Network* em 2007, de 33 países questionados, 30 identificaram a promoção do bem-estar dos consumidores como objetivo de suas regras antitruste relacionadas a condutas unilaterais. Cf. International Competition Network (2007, p. 9).

105 No mesmo relatório da *International Competition Network* de 2007, citado acima na nota 8, afirma-se o seguinte: “[a] maioria dos entrevistados não define especificamente o bem-estar do consumidor e parece ter diferentes entendimentos econômicos do termo. Assim, algumas agências concentram-se no excedente do consumidor a curto prazo, enquanto outras aplicam um conceito de bem-estar a longo prazo que também considera produtividade e inovação.” No original: “[m]ost respondents do not specifically define consumer welfare and appear to have different economic understandings of the term. Thus, some agencies focus on short-term consumer surplus, while others apply a longer-term welfare concept that also accounts for productivity and innovation.” Cf. International Competition Network (2007, p. 9). Um estudo mais recente também da *International Competition Network* (2011, p. 4-8) mostrou que, em 2011, embora parecesse haver concordância quanto aos principais elementos que definem o conceito de bem-estar do consumidor, as 57 agências antitruste consultadas não concordavam com uma definição formal única de bem-estar do consumidor. No mesmo sentido, ver Stucke (2012, p. 571-573). Na Europa, o debate quanto ao modelo de bem-estar do consumidor tem sido menos polarizado, onde se considera que, conjuntamente com os preços e a produção, a qualidade e a inovação também devem ser consideradas na análise desse modelo, embora essas variáveis muitas vezes sejam orientadas em termos de preços e quantidades produzidas. A maioria das agências europeias, com exceção principalmente da Alemanha e Reino Unido, ainda enxergam o antitruste como uma ferramenta de política econômica restrita, influenciadas em parte pelas escolas econômicas clássicas europeias. Cf. Caffarra (2023).

Em primeiro lugar, a definição do conteúdo do modelo de *bem-estar do consumidor* nem sempre é clara entre os diversos autores, sendo que tal modelo foi confundido até mesmo com o modelo *bem-estar agregado*, que tem metodologia e preocupação claramente diversas e, consequentemente, gera respostas diversas também.

É isso, aliás, que ressalta Barak Y. Orbach (2011) ao identificar o que chama de “o paradoxo do bem-estar do consumidor”, em clara referência ao famoso livro de Robert Bork (1978), denominado “O Paradoxo Antitruste”. Segundo Orbach (2011, p. 134), “sob todas atuais interpretações da expressão ‘bem-estar do consumidor’, há diversos conjuntos de circunstâncias nas quais a aplicação das leis antitruste pode prejudicar os consumidores e reduzir o bem-estar social total”¹⁰⁶.

Aqui, é importante lembrar que a enorme propagação do modelo de *bem-estar agregado* no âmbito do antitruste pode ser

106 No original: “under all present interpretations of the term ‘consumer welfare,’ there are several sets of circumstances in which the application of antitrust laws may hurt consumers and reduce total social welfare.” Cf. Orbach (2011, p. 134). Orbach explica que a utilização do termo “bem-estar” é equivocada do ponto de vista da definição econômica sobre tal conceito, uma vez que a metodologia antitruste que conhecemos hoje é baseada no conceito de *excedente (surplus)*, e não de *bem-estar*. Por exemplo, em vez de se falar sobre o embate entre os defensores do modelo de “bem-estar agregado” e os defensores do modelo de “bem-estar do consumidor”, seria mais prudente adotar as expressões “excedente total” e “excedente do consumidor”, respectivamente. “The methodology of antitrust law cannot maximize consumer welfare. It may maximize consumer surplus or total surplus. [...] The phrase ‘consumer welfare’ is confusing when the goal is all about surplus.” (“A metodologia da legislação antitruste não pode maximizar o bem-estar do consumidor. Pode maximizar o excedente do consumidor ou o excedente total. [...] A frase ‘bem-estar do consumidor’ é confusa quando o objetivo é inteiramente sobre excedente.”) Cf. *Ibid.*, p. 164. Além disso, ele dá três exemplos em que a aplicação do modelo antitruste de bem-estar do consumidor leva, na verdade, a perdas de bem-estar, independentemente da interpretação dada ao conceito de “bem-estar do consumidor”: (i) situações em que a redução de preços esperada a partir da aplicação de um modelo de bem-estar do consumidor é prejudicial aos consumidores, pois, consumindo mais, eles estão se autoflagelando, como no caso do mercado de cigarros; (ii) situações em que a redução de preços esperada a partir da aplicação de um modelo de bem-estar do consumidor é indesejada pelos próprios consumidores, pois eles estão dispostos a pagar preços superiores que sejam capazes de lhes garantir status e exclusividade; e (iii) situações em que, em virtude da valorização que é dada pelo modelo de bem-estar do consumidor à inovação, mercados de bens duráveis e de moda, por exemplo, acabam convencendo consumidores a gastarem mais dinheiro e adquirirem “inovações” que, na realidade, são apenas atualizações de estilo de produtos que tais consumidores já tinham e desempenhavam as mesmas funções que o “novo” produto. Cf. *Ibid.*, p. 151–158.

atribuída justamente à obra de Robert Bork (1966; 1967; 1970; 1978; Bork; Bowman Jr.; Ward, 1964).¹⁰⁷. Esse fenômeno aconteceu a partir de uma artimanha dificilmente acidental de Bork, que sempre se referiu ao modelo de *bem-estar agregado* como um modelo de *bem-estar do consumidor* (Blair; Sokol, 2012, p. 473)¹⁰⁸. De fato, o apelo ao termo “consumidor” tornava a teoria muito mais palatável e defensável (Foer, 2006, p. 568; Hovenkamp, 2008, p. 31)¹⁰⁹. Afinal, quem seria contra o bem-estar dos consumidores (Lande, 1989, p. 638)?

O modelo de *bem-estar agregado* é defendido até hoje por parte da literatura como o mecanismo ideal para a perseguição do objetivo do antitruste (Meese, 2010; Carlton, 2007, p. 156–159; Farrell e Katz, 2006), consistindo ele, portanto, no primeiro conteúdo possível para o preenchimento do significado de *bem-estar do consumidor*, assim como propôs Bork.

Como se sabe, a mais clara maneira de se entender tal modelo de bem-estar agregado é olhar para a ilustração do *trade-off* de Oliver Williamson (1968; 1977). Em síntese, o modelo é baseado no balanceamento entre a *eficiência produtiva*¹¹⁰ e a *ineficiência alocativa*¹¹¹

107 Cf. Bork (1978); Bork (1970); Bork (1967); Bork, (1966); Bork; Bowman Jr.; Ward (1964).

108 “[T]he ambiguity arose as a result of Bork’s use of the term “consumer welfare” when he meant total welfare.” ([A] ambigüidade surgiu como resultado da utilização, por Bork, do termo ‘bem-estar do consumidor’ quando ele queria dizer ‘bem-estar agregado’.) Cf. Blair e Sokol (2012, p. 473). No mesmo sentido, ver: Areeda e Hovenkamp (2013, p. 149), Brodley (1987, p. 1032–1033), Foer (2006, p. 568), Fox (1987, p. 918–919), Hovenkamp (2011, p. 7–8), e Stucke (s.d., p. 571–573)

109 Esse fato foi tido por alguns autores como uma estratégia de Bork para tornar a sua teoria mais palatável. Dizer que se estava defendendo o bem-estar dos consumidores era muito mais cativante para o público do que simplesmente dizer que se estaria defendendo o bem-estar agregado ou total. Cf. Foer (2006, p. 568); Hovenkamp (2008, p. 31).

110 O conceito de eficiência produtiva refere-se à produção ao menor custo possível. Os agentes de mercado podem perseguir a eficiência produtiva, por exemplo, por meio da construção de fábricas que necessitem de menos insumos para gerar a mesma quantidade de produtos, do desenvolvimento de processos mais econômicos e da utilização de empregados de maneira mais efetiva. Cf. Hovenkamp (2005, p. 74–75). Sob essa perspectiva, um ato de concentração que leve à diminuição do número de empregados, sem que isso afete a quantidade produzida ou aumente os custos de produção com outros recursos, pode ser entendido como gerador de eficiência produtiva.

111 O conceito de eficiência alocativa é mais teórico e controverso do que o de eficiência produtiva. Ele está ligado ao bem-estar da sociedade, e não isoladamente ao

decorrentes de determinada prática, não se preocupando, em absoluto, com os efeitos distributivos ou redistributivos de tal balanceamento. Em um ato de concentração, por exemplo, se a ineficiência alocativa gerada é menor que a eficiência produtiva também dele decorrente, então a referida operação é entendida, de maneira agregada, como benéfica para a sociedade.

Isso seria verdade independentemente de o produtor, que experimenta diretamente o aumento da eficiência produtiva, por meio da sua redução de custos, repassar os benefícios alcançados aos consumidores. Ou seja, mesmo que os consumidores sejam prejudicados em virtude da redução da produção e do aumento de preços, se as eficiências produtivas alcançadas pela operação forem superiores à ineficiência alocativa, então a ela não se devem criar óbices, pois benéfica à sociedade de maneira geral. Dessa forma, não

bem-estar dos consumidores ou dos produtores. Basicamente, a questão enfrentada pelo conceito é a seguinte: considerando um dado número de recursos e insumos, qual seria a melhor maneira (economicamente mensurável) de usá-los e direcioná-los em benefício da sociedade? O modelo mais famoso que procura responder a essa questão é aquele apresentado por Vilfredo Pareto no começo do século XX. Segundo ele, um certo direcionamento de recursos é considerado o mais eficiente (“Ótimo de Pareto”) se nenhum direcionamento alternativo melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem, ao mesmo tempo, deixar pelo menos uma outra pessoa em pior situação. Assim, qualquer alteração que se tome em relação a um estado de coisas pode ser considerada “Pareto-superior” se levar à melhoria da situação de uma pessoa e, ao mesmo tempo, não prejudicar ninguém. Como se pode perceber, trata-se de um conceito extremamente rígido, ao qual quase nenhuma medida consegue atender. A maioria das alterações de políticas econômicas, sociais ou até mesmo legais prejudicam pelo menos uma pessoa. A proibição da prática de cartéis, por exemplo, prejudica aqueles que formam os cartéis. O mesmo em relação à proibição do roubo, que prejudica os ladrões. Em virtude disso, dentro do antitruste, geralmente se usa uma adaptação do modelo de Pareto, segundo a qual uma alteração é considerada eficiente se os beneficiados pela medida tenham a sua situação melhorada a ponto de hipoteticamente compensarem integralmente os prejudicados. Ou seja, se os ganhos superarem as perdas. Essa adaptação é chamada de “Pareto Potencial” ou “Eficiência de Kaldor-Hicks”, em referência aos seus idealizadores. Mas deve se ter em mente que, segundo esse modelo, não é preciso que os prejudicados sejam efetivamente compensados, apenas que os ganhos sejam realmente maiores que as perdas a ponto de a compensação efetiva ser possível. É, portanto, o modelo de Pareto Potencial ou Eficiência de Kaldor-Hicks que permeia a análise antitruste baseada no que se chama de “bem-estar agregado” ou, na versão equivocada de Bork, de “bem-estar do consumidor”. Cf. *Ibid.*, p. 75–77; Waked (2015, p. 962–963), Pareto (1909), Kaldor (1939, p. 549), e Hicks (1939, p. 696).

há, nesse modelo, nem mesmo uma preocupação distributiva entre consumidores e produtores isoladamente considerados.

Nessa situação, o peso-morto gerado, ou, em outras palavras, a má alocação de recursos decorrente da redução da produção – uma vez que parte dos consumidores são levados a alocar seus recursos em outros produtos que não aquele que inicialmente pretendiam consumir –, é quantitativamente inferior à redução de custos de produção experimentada.

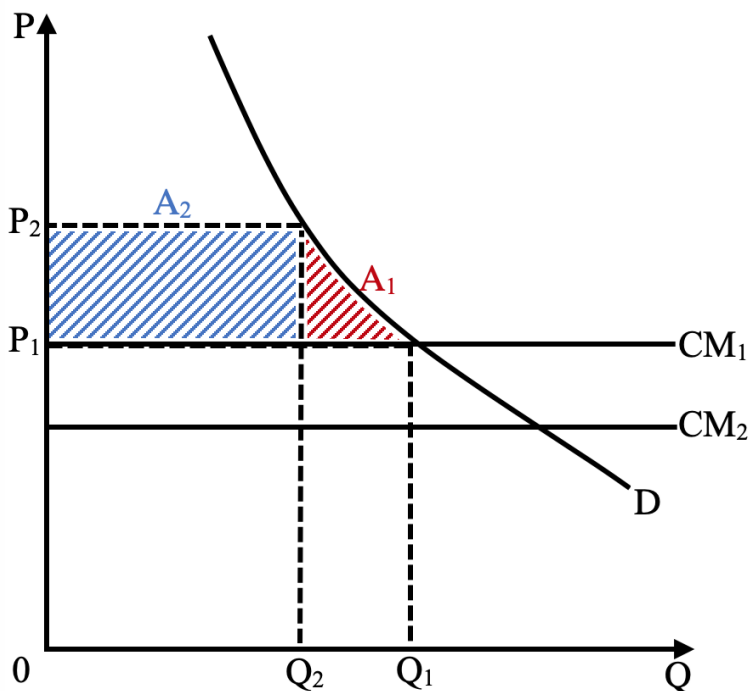
Para os seus defensores, a utilização repetida do modelo de bem-estar agregado para perseguição do objetivo do antitruste poderia levar a alocações de recursos próximas às originadas por um critério Pareto-superior¹¹², uma vez que todos seriam beneficiados e prejudicados em situações diversas (Waked, 2015, p. 964; Posner, 1980, p. 495) e que muitos consumidores também são, além de consumidores, acionistas das empresas eventualmente beneficiadas (Waked, 2015, p. 964; Hüscherlath e Weigand, 2009, p. 5).

Além disso, defende-se que a economia de custos resultante da eficiência produtiva também beneficiaria os consumidores, mesmo caso decorra um aumento de preços em virtude do incremento do poder de mercado. Isso, porque os recursos economizados seriam naturalmente redirecionados à produção de outros itens em outros mercados também valorizados pelos consumidores (Waked, 2015, p. 964; Blair e Sokol, 2012, p. 490).

Contudo, além dessa, há, pelo menos, outras duas formas de preencher o conteúdo de *bem-estar do consumidor* (Waked, 2015, p. 953-956). Uma extremamente preocupada com a transferência de riquezas dos consumidores para os produtores e as consequências distributivas daí advindas, e outra mais preocupada com a ineficiência alocativa decorrente da redução da quantidade produzida e do aumento de preços nas hipóteses em que há aumento de poder de mercado¹¹³. Isso fica mais fácil de se enxergar olhando para o Gráfico 1 abaixo.

112 Ver nota 15 sobre o conceito.

113 O resultado aplicativo dos modelos advindos de ambas as formas de argumentação é, em geral, o mesmo. No entanto, o discurso é bastante diferente, como já se pode



Fonte: elaboração própria.

A_1 = peso-morto	P_1 = preço pré-concentração
A_2 = transferência de recursos	P_2 = preço pós-concentração
CM_1 = custo médio pré-concentração	Q_1 = quantidade de produção pré-concentração
CM_2 = custo médio pós-concentração	Q_2 = quantidade de produção pós-concentração
D = curva da demanda	

O Gráfico 1 ressalta duas áreas diferentes. A área A_1 expressa a ineficiência alocativa decorrente de uma concentração que gera aumento de poder de mercado, também denominada de peso-morto. A área A_2 identifica uma transferência de recursos dos consumidores para os produtores, também decorrente do acúmulo de poder de mercado.

notar e será aprofundado adiante.

Como há o aumento dos preços após o ato analisado (de P1 para P2), toda a área A2 representa uma perda do excedente dos consumidores que beneficia diretamente os produtores¹¹⁴. O excedente dos consumidores, inicialmente, era representado pela área relativamente triangular localizada entre o eixo dos preços (P), a curva da demanda (D) e a reta do preço anterior à operação (P1). Essa área é reduzida após a operação, passando a ser representada pela área relativamente triangular localizada entre o eixo dos preços (P), a curva da demanda (D) e a reta do preço posterior à operação (P2).

Para aqueles que defendem que o objetivo do antitruste é a maximização da eficiência e a busca do bem-estar agregado e que, portanto, deve ser aplicado o *trade-off* de Williamson, a área A2 não tem relevância alguma. Ela não representa nenhum prejuízo para a sociedade em geral, apenas uma movimentação de recursos natural. Portanto, deve ser desconsiderada ao se avaliar qualquer concentração ou conduta com consequências concorrenciais. Nesses termos, como o objetivo do antitruste não seria regular a distribuição de recursos na sociedade, então não faria sentido que a análise antitruste levasse em consideração a área A2.

Por outro lado, para uma parte dos que defendem que o antitruste deve se preocupar com o bem-estar dos consumidores, a área A2 representa uma transferência ilegítima de recursos. Ou seja, ela representaria efeitos distributivos ilegítimos entre consumidores e produtores advindos da aplicação do modelo. O maior expoente desse viés dentro dos defensores do modelo de bem-estar do consumidor é Robert H. Lande. Ele afirma que a preocupação com essa transferência de recursos era grande desde a aprovação do *Sherman Act*, já que alguns congressistas se referiam a ela como “furto”, “roubo” ou “extorsão”¹¹⁵.

114 Excedente do consumidor é a diferença entre o valor que os consumidores estão dispostos a pagar e o valor que efetivamente pagam por um produto ou serviço. Ou seja, é uma perda que não se reverte automaticamente em benefício para outras partes interessadas na operação.

115 “Congress’ use of terms like ‘robbery’ to describe monopolistic overcharges is no accident. To illustrate how appropriate the term is, assume that I walked over to Mr. Rule and stole his wallet. Why would this be bad? The Chicagoist answer is that it

No entanto, embora continue reconhecendo essa como a preocupação primordial do Congresso estadunidense quando da aprovação das leis antitruste, a teoria de Lande evoluiu¹¹⁶ para a defesa de um novo objetivo para o antitruste – talvez um novo significado para *bem-estar do consumidor* –, que chamou de “escolha do consumidor” ou “soberania do consumidor” (Averitt e Lande 1997, p. 716)¹¹⁷.

would be inefficient for me to steal his wallet. I certainly agree that this would be inefficient, but inefficiency is not the reason we prohibit theft. We prohibit theft for a simpler, more fundamental reason. After we define a property right – in this case, after we determine that the wallet belongs to Mr. Rule – we attempt to prevent others from unfairly taking this property. Our goal is to prevent this transfer as an end in itself, not because it causes inefficiency.” (“O uso pelo Congresso de termos como ‘roubo’ para descrever sobrepreço monopolista não é acidental. Para ilustrar o quão apropriado é o termo, suponho que fui até o Sr. Rule e furtei sua carteira. Por que isso seria ruim? A resposta da Escola de Chicago é que seria ineficiente furtar sua carteira. Eu certamente concordo que seria ineficiente, mas a ineficiência não é a razão pela qual proibimos o furto. Proibimos o furto por uma razão mais simples e mais fundamental. Depois de definirmos um direito de propriedade – nesse caso, depois de determinarmos que a carteira pertence ao Sr. Rule –, tentamos evitar que outros tomem injustamente essa propriedade. Nosso objetivo é evitar essa transferência como um fim em si mesmo, não porque causa ineficiência.”) Cf. Lande (1989, p. 636–637).

116 Para uma boa demonstração desse processo de evolução, principalmente por tratar de ambos os objetivos ao longo do texto, ver Lande (2013).

117 “The essence of consumer sovereignty is the exercise of choice. It is by choosing some goods or some options over others that consumers satisfy their own wants and send their signals to the economy. It is, therefore, critical that the exercise of consumer choice be protected.” (“A essência da soberania do consumidor é o exercício da escolha. É escolhendo alguns bens ou algumas opções dentre outras que consumidores satisfazem seus próprios desejos e enviam seus sinais para a economia. É, portanto, fundamental que o exercício da escolha do consumidor seja protegido.”) Cf. Averitt e Lande (1997, p. 716). “This general consumer choice theory suggests that antitrust and consumer protection laws perform different but complementary tasks. Operating together, these two bodies of law ensure that consumers have the two ingredients needed to exercise effective consumer choice – options, and the ability to choose among them. Antitrust law protects a competitive array of options in the marketplace, undiminished by artificial restrictions, such as price fixing or anticompetitive mergers. Consumer protection law then guards against other market failures by ensuring that consumers are able to make a reasonably free and rational selection from among those options.” (“Essa teoria geral da escolha do consumidor sugere que as leis antitruste e de defesa do consumidor desempenham tarefas diferentes, mas complementares. Operando em conjunto, esses dois corpos de lei garantem que os consumidores tenham os dois ingredientes necessários para exercitar a escolha efetiva do consumidor – as opções e a capacidade de escolher entre elas. As leis antitruste protegem um leque competitivo de opções no mercado, sem restrições artificiais, como fixação de preços ou concentrações anticompetitivas. A lei de defesa do consumidor, em seguida, protege contra outras falhas do mercado,

Segundo essa nova interpretação, uma prática anticompetitiva, que deve, portanto, receber a atenção da política antitruste, é aquela que distorce ou restringe de maneira desarrazoada opções do consumidor (Averitt e Lande, 1997, p. 755–756; Lande, 2001, p. 525; Averitt e Lande, 2007, p. 182). Ausente a prática, tais opções estariam disponíveis para os consumidores escolherem de maneira soberana – incluindo opções de preço competitivo, mas não só (Averitt e Lande, 2007, p. 178).¹¹⁸

Esse novo entendimento passou a ser defendido por Lande e também por Neil W. Averitt essencialmente porque, para eles, os modelos fundamentados em eficiência ou preço são difíceis de entender totalmente, não têm uma aplicação transparente e, em um grande número de casos, são incapazes de lidar com questões de concorrência não baseadas em preço (Averitt e Lande, 2007, p. 175)¹¹⁹.

Mesmo com essa evolução, a antiga e a nova interpretação de Lande, embora muito respeitadas, não são as que representam o significado mais recorrente de *bem-estar do consumidor* dentro de seu grupo de defensores. O grupo cuja interpretação tem mais aceitação dentro desse debate, embora não ignore a transferência de riquezas representada pela área A2 do Gráfico 1, não se esforça para retratá-la como algo tão absurdo como furto, roubo ou extorsão. Tal transferência não é central em sua argumentação, embora os efeitos gerados pela aplicação do modelo sejam os mesmos.

garantindo que os consumidores sejam capazes de fazer uma seleção razoavelmente livre e racional entre essas opções.” Cf. Averitt e Lande (2007, p. 181).

118 “Competitive prices will then become just one of the choices that are relevant to consumers – the controlling choice and the focus of analysis in the vast majority of cases, to be sure, but conceptually still a subset of choice.” (“Preços competitivos tornar-se-ão então apenas uma das escolhas relevantes para os consumidores – a escolha controladora e o foco da análise na grande maioria dos casos, de fato, mas conceitualmente ainda um subconjunto de escolha.”) Cf. AVERITT; LANDE, Using the “Consumer Choice” Approach to Antitrust Law, p. 178.

119 Ver também: “The consumer choice approach is fundamentally superior to the price and efficiency paradigms because it asks the right question. It recognizes that consumers do not just want competitive prices – they want options.” (“A abordagem de escolha do consumidor é fundamentalmente superior aos paradigmas de preço e eficiência, porque faz a pergunta certa. Ela reconhece que os consumidores não querem apenas preços competitivos – eles querem opções.”) Cf. *Ibid.*, p. 178.

O enfoque dessa parcela dos defensores do modelo de bem-estar do consumidor é dizer apenas que a adoção de tal modelo revela uma preocupação em se manter alta a quantidade produzida e, em consequência, baixos os preços. Pode-se interpretar esse viés, portanto, como também bastante preocupado com a ineficiência alocativa (ou seja, a área A1 do Gráfico 1), já que ela tende a sumir na medida em que há aumento da quantidade produzida¹²⁰.

É dentro desse segundo viés que se encontra Hovenkamp, talvez o mais ferrenho e respeitado defensor do modelo de bem-estar do consumidor vivo. Para ele, a maior preocupação deve realmente ser com a produção (Hovenkamp, 2008, p. 13)¹²¹. Mas ele chega a definir o modelo de uma maneira ainda mais simples: se os consumidores são prejudicados, então a prática em questão é anticompetitiva (Hovenkamp, 2019, p. 4).

Sempre quando explica o modelo em seus trabalhos, Herbert Hovenkamp (2008; 2011, p. 6-7; 2013, p. 2472; 2017, p. 2-3) utiliza-se da clássica diferença entre as avaliações de um ato de concentração por um modelo de bem-estar agregado e por um modelo de bem-estar do consumidor para ilustrar a forma pela qual o segundo beneficia os consumidores. Seguindo essa estratégia, deve-se supor, por exemplo, que um ato de concentração em análise gere acúmulo de poder de mercado, aumentando os preços em mil reais. A mesma operação, no entanto, gera economia de custos de produção (eficiência produtiva) de mil e quinhentos reais. Os ganhos dos produtores, portanto, são superiores às perdas dos consumidores. Sob o modelo de bem-estar

120 Lande, diferentemente desse subgrupo de defensores do modelo de bem-estar do consumidor, afirma que a ineficiência alocativa gerada pelo acúmulo de poder de mercado é muito pequena se comparada à transferência ilegítima de recursos. Além disso, ela seria muito difícil de ser demonstrada e comprovada. Por isso, ele afirma que uma política antitruste focada na prevenção de ineficiência alocativa seria extremamente fraca, de modo que as leis antitruste poderiam simplesmente não funcionar de forma eficaz. Cf. Lande (2013, p. 2385-2391).

121 “While we often think of antitrust as troubled by high prices, it is better to think of antitrust’s main concern in terms of restrictions on output.” (“Embora muitas vezes pensemos em antitruste como incomodado com preços altos, é melhor pensar na principal preocupação do antitruste em termos de restrições à produção.”) Cf. Hovenkamp (2008, p. 13).

agregado, essa operação seria aprovada, uma vez que produz ganhos líquidos para a sociedade. Diferentemente, sob o modelo de bem-estar do consumidor, a mesma operação seria bloqueada, pois prejudica os consumidores.

Além de evidenciar a diferença do resultado da análise de cada modelo, essa exemplificação permite perceber de maneira bastante clara o efeito distributivo do modelo de bem-estar do consumidor, em comparação com o modelo de bem-estar agregado. Os consumidores são evidentemente privilegiados na avaliação. Ausente o modelo, os recursos tomariam outro caminho que não os bolsos dos consumidores (Hovenkamp, 2011, p. 6)¹²². No entanto, essa distribuição não é necessariamente uma redistribuição de riquezas de ricos para pobres. É, sim, uma redistribuição de riquezas essencialmente dos produtores para os consumidores (Hovenkamp, 2019, p. 3).¹²³. Isso, porque não é possível presumir de antemão que consumidores são mais pobres que produtores. Tal afirmação dependeria do mercado analisado e, caso feita de maneira genérica, esbarraria na constatação básica de que produtores também são consumidores em outros mercados.

Contudo, existem diversos estudos que apontaram para possíveis conexões entre a geração de desigualdades econômicas e a baixa eficácia da aplicação de determinados modelos antitruste (Comanor e Smiley, 1975; Powell, 1987; Ennis e Kim, 2017; Ennis; Gonzaga;

122 “The consumer welfare principle must be counted as ‘distributive’ to the extent that it mandates outcomes that shift wealth or resources in favor of consumers even though an alternative outcome would produce greater total wealth.” (“O princípio do bem-estar do consumidor deve ser considerado como ‘distributivo’ na medida em que exige resultados que revertam a riqueza ou os recursos em favor dos consumidores, muito embora um resultado alternativo produzisse maior riqueza total.”) Cf. Hovenkamp (2011, p. 6).

123 “[The] application of the CW principle redistributes a certain amount of wealth away from producers and toward consumers. However, it does not overtly distribute wealth from wealthy to poor, from employed to unemployed, from capital to labor, or along some other axis that we traditionally associate with redistributive policies.” (“[A] aplicação do princípio de bem-estar do consumidor redistribui uma certa quantidade de riqueza dos produtores e para os consumidores. No entanto, não distribui abertamente riqueza do rico para o pobre, do empregado para o desempregado, do capital para o trabalho, ou ao longo de algum outro eixo que tradicionalmente associamos a políticas redistributivas.”) Cf. Hovenkamp (2019, p. 3).

Pike, 2017a; Ennis; Gonzaga; Pike, 2017b). A maioria dos estudos foi realizada incluindo dados dos Estados Unidos, onde o antitruste é, hoje, majoritariamente reconhecido como um exemplo de adoção do modelo de bem-estar do consumidor.

A partir desse tipo de verificação, surgem alguns questionamentos sobre as consequências da aplicação até mesmo desse modelo. Seria essa desatenção para efeitos redistributivos verdadeiros (de ricos para pobres) realmente algo a ser ignorado pela política antitruste? É em reação a essa característica que parte das críticas ao modelo de bem-estar do consumidor se desenvolveu e tem ganhado força nos últimos anos. Como não se encontram saídas para essa preocupação redistributiva dentro dos objetivos baseados em eficiência – nem mesmo do modelo de bem-estar do consumidor, já afeito à redistribuição de produtores para consumidores –, outros objetivos passaram a ser defendidos ou, quando já existentes na literatura, revisitados com maior frequência, como ocorre com os Neobrandeisianos¹²⁴.

Portanto, a definição do modelo de bem-estar do consumidor pode não apenas ser confundida com aquela do modelo de bem-estar agregado, como fez Bork, mas também com outros significados recorrentemente utilizados na literatura para preencher o conteúdo da expressão. Por isso, para a sua correta aplicação, é necessário explicitar expressamente o modelo de bem-estar do consumidor que efetivamente se está utilizando¹²⁵. Ou seja, não é suficiente apenas se referir ao modelo de bem-estar do consumidor de forma genérica, é preciso que tal referência seja devidamente qualificada com o exposto preenchimento de seu conteúdo.

124 O próprio modelo de bem-estar do consumidor poderia ser revisitado para integrar outros objetivos para a política concorrencial, incluindo os objetivos tradicionais trazidos pelo Congresso estadunidense, conforme defendido pelos Neobrandeisianos. Cf. Bush; Glick; Lozada (2023). No mesmo sentido ver: Borges (no prelo).

125 Hovenkamp, ao analisar diversas decisões proferidas pela Suprema Corte estadunidense, bem como por cortes inferiores do país, consegue demonstrar que o termo “bem-estar do consumidor” é largamente utilizado em diferentes casos, mas sem uma precisa definição sobre o seu conceito. Cf. Hovenkamp (2024)

Diante disso, o tópico 3 abaixo investiga decisões do CADE para verificar se é possível delas extrair o significado de bem-estar do consumidor para tal autoridade ou se, em virtude da ausência de uma utilização qualificada da expressão, não é possível extrair tal significado.

3. QUAL “BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR” AS DECISÕES DO CADE PERSEGUEM?

Explicitados diferentes modelos de bem-estar do consumidor descritos na literatura, este tópico descreve o estudo empírico realizado com o objetivo de determinar a qual desses modelos se filia o CADE em suas decisões. Com o fim de possibilitar a reprodução deste trabalho por outros pesquisadores e incentivar o uso de metodologias empíricas de análise da prática antitruste no Brasil, optou-se por realizar uma descrição exaustiva da metodologia empregada no subtópico 3.1 abaixo. O subtópico 3.2 apresenta os resultados da pesquisa realizada.

3.1 METODOLOGIA

Sinteticamente, este subtópico é dividido em três itens que detalham: (i) o processo de coleta de dados para composição da amostra, (ii) os procedimentos empregados para limpeza e organização da amostra e (iii) os dados coletados com objetivo de facilitar a análise quantitativa e qualitativa da amostra.

3.1.1 EXTRAÇÃO DE DADOS PARA COMPOSIÇÃO DA AMOSTRA

Para garantir a amostra mais abrangente possível, os dados foram coletados utilizando duas ferramentas distintas: (i) a Pesquisa de Jurisprudência do CADE¹²⁶ (CADE 2024a) e (ii) a plataforma SEI

126 A ferramenta de busca está disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>.

(Sistema Eletrônico de Informações) usada para gestão de processos pelo CADE (CADE, 2024b)¹²⁷.

3.1.1.1 PESQUISA DE JURISPRUDÊNCIA DO CADE

Inicialmente, os dados foram coletados utilizando a ferramenta de Pesquisa de Jurisprudência do CADE com o termo de busca “bem-estar do consumidor”. Essa busca resultou em 320 resultados, que foram então importados para tabelas Excel separadas, já que a ferramenta permite exportar apenas uma tabela por página de resultados. Cada página foi exportada para o formato Excel e subsequentemente consolidada em uma única tabela contendo as colunas automaticamente exportadas pela plataforma. Essas colunas foram “Data”, “Número SEI”, “Descrição do Tipo de Processo”, “Descrição do Tipo de Documento”, e “Conteúdo”. A coluna “Conteúdo” foi preenchida apenas com o parágrafo disponibilizado por essa ferramenta de busca, que inclui uma das citações ao termo pesquisado no documento indicado. Todos os documentos foram posteriormente analisados em detalhes para verificar outras citações que pudessem ter sido omitidas pela ferramenta.

3.1.1.2 PESQUISA NA PLATAFORMA SEI

Em seguida, foi realizada uma busca usando o termo “bem-estar do consumidor” na plataforma de gestão de processos SEI, ativando as caixas de seleção para “Documentos”, “Documentos Gerados”, e “Documentos Externos”. Mantivemos a seleção de “Documentos Externos” apenas ao filtrar os resultados para “Votos”, pois ao buscar por outros tipos de documentos, a seleção gerou uma enorme quantidade de documentos não relacionados a processos envolvendo

127 A ferramenta de busca está disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.

consultas, atos de concentração ou condutas ou não emitidos pelo CADE, ficando fora do escopo desta pesquisa. Não incluímos hífen no termo, pois a busca não retornou resultados desse modo.

Os resultados da busca no SEI foram filtrados para todas as categorias de Votos, Anexos, Pareceres e Notas Técnicas disponíveis no sistema. Seis colunas de informações foram extraídas para cada resultado: “Link do Processo SEI”, “Número do Processo”, “Número de Identificação do Documento SEI”, “Link do Documento”, “Emissor do Documento”, e “Descrição do Tipo de Documento”. O sistema SEI entrega os resultados em formato distinto da busca de jurisprudência, sem um excerto completo da citação do termo no documento, o que tornou inútil a coleta da citação nesse momento da pesquisa.

As colunas relacionadas ao Número do Processo e ao Emissor do Documento foram preenchidas consultando cada documento, sendo que a última foi utilizada para identificar o Conselheiro responsável pelo voto, a Superintendência-Geral (“SG”) ou o Departamento de Estudos Econômicos. A coluna contendo o Número de Identificação do Documento SEI foi preenchida principalmente por meio da consulta do próprio documento, mas em casos específicos onde não havia indicação do número na assinatura ou marca d’água do documento (principalmente em documentos mais antigos), foi consultado o próprio processo SEI para identificar o número atribuído a esse documento. As demais colunas foram preenchidas a partir da lista de resultados de busca do processo pela plataforma SEI.

Neste ponto, dois critérios de exclusão foram aplicados manualmente: documentos não relacionados a processos finalísticos e documentos não emitidos por Conselheiros, pela SG (ou qualquer um de seus órgãos componentes, as Controladorias Gerais ou CGAA) ou pelo Departamento de Estudos Econômicos. Portanto, resultados relacionados a processos de gestão e controle do SEI, como demandas de organizações externas, processos de consultoria, contratação, cursos externos e processos de pagamento não foram incluídos na amostra. Da mesma forma, a coleta de dados não incluiu documentos emitidos por agentes externos, como partes de investigações. Todos

os documentos relacionados a processos finalísticos e emitidos por Conselheiros, pela SG ou pelo Departamento de Estudos Econômicos foram incluídos na amostra para análise posterior.

3.1.2 LIMPEZA E CONSOLIDAÇÃO DA AMOSTRA

Para consolidação, foram copiados os dados da tabela de busca de processos SEI para a tabela de busca de jurisprudência, rearranjando as colunas para evitar misturar dados de naturezas diferentes na mesma coluna. Como o sistema não exporta os mesmos dados coletados na busca de processos SEI, conforme indicado acima, foi necessário criar três colunas adicionais para preservar o link para acesso direto ao processo e ao documento, bem como o emissor de cada documento. Simultaneamente, foram mantidas a data de emissão, o conteúdo e o tipo de processo.

A nova tabela foi então filtrada e ordenada com base nos números SEI. Assim, linhas com números SEI idênticos representavam resultados encontrados tanto na busca de jurisprudência quanto na busca de processos SEI. Além disso, para facilitar a identificação visual das repetições, foi aplicado um filtro automático de cores aos resultados idênticos. Consequentemente, todos os resultados repetidos foram consolidados (combinando as informações importadas de ambas as buscas) em uma única linha, garantindo que cada resultado aparecesse apenas uma vez na tabela.

Durante esse processo, foram identificadas pequenas inconsistências entre os dados exportados por cada meio – como a natureza do documento (por exemplo, “Decisão” ou “Decisão SG”) ou o número do processo (um número ausente, por exemplo). Erros no número do processo foram atribuídos a erros de digitação no cabeçalho do documento, de onde foram retiradas as identificações durante a busca de processos SEI. A origem das inconsistências na natureza do documento não pôde ser identificada e envolveu uma classificação errada em algumas ocasiões (por exemplo, um Parecer

da SG atribuído ao Departamento de Estudos Econômicos). Em todos os casos, a resolução das inconsistências foi realizada manualmente por meio da consulta dos documentos online.

Entre os resultados da amostra, 91 foram encontrados apenas na Pesquisa de Jurisprudência, 58 foram encontrados apenas na busca SEI e 226 foram encontrados em ambas as buscas, totalizando 375 resultados. Por fim, durante a análise da amostra foram identificadas outras ocorrências de documentos repetidos, mesmo que com número SEI distinto. Nesses casos, utilizou-se o número do processo, o emissor e a leitura do documento em si para identificar que as duas ocorrências correspondiam de fato ao mesmo documento. Assim, após consolidação final e verificação manual de todos os casos inicialmente identificados, a amostra de documentos únicos foi finalizada com 355 resultados.¹²⁸

3.1.3 CONSTRUÇÃO DAS MÉTRICAS DE ANÁLISE

O objetivo inicial da pesquisa empírica foi o de identificar uma associação clara entre algum dos modelos de bem-estar do consumidor definidos na literatura descrita no tópico 2 acima e o modelo utilizado pelo CADE na prática. No entanto, a análise inicial da amostra demonstrou que na maior parte dos julgados não havia uma construção expressa do modelo ou do significado de bem-estar do consumidor nas decisões do CADE. Assim, optou-se por ampliar a análise de texto para coletar dados também de afirmativas que correlacionavam o bem-estar do consumidor com alguma métrica específica.

Nesse sentido, por meio da leitura dos documentos da amostra, foram criadas por método indutivo colunas com as *proxies* “Eficiências”, “Preço”, “Qualidade”, “Quantidade”, “Exclusão de concorrentes”,

128 A planilha que contém a amostra final, observações e filtros aplicados pode ser acessada no seguinte link: https://www.icloud.com/icloudrive/0fcSd-0qrIdOl_TfoSGj39F2w#Qual_bem-estar_do_consumidor. Caso tal link torne-se inacessível por qualquer motivo, os autores ficam à disposição para o compartilhamento da planilha por e-mail.

“Inovação/Investimento em Inovação”, “Variedade”, “Informação aos Consumidores”, “Liberdade de Escolha”, com o objetivo de contabilizar as correlações diretas entre esses elementos e o bem-estar do consumidor encontradas na amostra. O objetivo por trás desse procedimento foi o de identificar os conceitos econômicos que, na prática do CADE, mais se relacionam com o bem-estar do consumidor, a partir das redações expressas pelos órgãos ou conselheiros do CADE. Assim, é possível chegar a um conjunto de elementos utilizados para traduzir o modelo de bem-estar do consumidor em outros conceitos diretamente observáveis ou passíveis de mensuração direta, como preços e eficiências. Para os fins dessa pesquisa, optou-se por chamar os conceitos encontrados de “*proxies*”, uma vez que parecem funcionar como fatores de operacionalização do conceito na amostra, ou seja, objetos concretos e observáveis que traduzem o uso prático de um modelo de bem-estar do consumidor que não é apresentado expressamente.

Além disso, foram criadas também colunas para contabilizar casos em que não há qualquer menção expressa a uma *proxy* que preencha o conteúdo do bem-estar do consumidor (por exemplo, casos em que o documento simplesmente menciona que o objetivo do antitruste é o bem-estar do consumidor) e para contabilizar menções com uma definição expressa associada.

É importante frisar que na catalogação das *proxies* acima descritas foram contabilizadas apenas menções que diretamente relacionavam o bem-estar do consumidor a uma ou mais *proxies*. Assim, uma frase como “o aumento de preços associado à operação leva à queda do bem-estar do consumidor” foi catalogada com a contagem positiva na coluna “Preços”, enquanto uma frase como “o resultado da operação pode afetar diversas variáveis concorrenciais, com efeitos ambíguos ao bem-estar do consumidor” não seria contabilizada. Além disso, como expresso acima, o método utilizado para criação das *proxies* foi indutivo, ou seja, durante a análise da amostra foram catalogadas as menções expressas encontradas. Em outras palavras, não foram geradas *proxies* a partir dos modelos teóricos que depois foram buscadas na amostra,

todas as *proxies* mencionadas na pesquisa apareceram em correlação direta com o bem-estar do consumidor na própria amostra.

Além desses elementos, também foram capturados os dados relativos a citações utilizadas pelos emissores dos documentos para qualificar suas afirmações sobre o bem-estar do consumidor. Essas citações podem, em casos específicos, indicar filiação a algum dos modelos descritos no tópico 2. Os resultados da análise da amostra estão consolidados no subtópico 3.2. abaixo.

3.1.3.1 REFERÊNCIAS NÃO ENCONTRADAS

Em um caso, no Processo Administrativo nº 08700.006292/2012-51 (CADE, 2012), não conseguimos identificar no SEI o documento encontrado por meio da Pesquisa de Jurisprudência. No entanto, por meio do conteúdo descrito na extração automática feita pelo software de Pesquisa de Jurisprudência, podemos inferir que é a mesma citação usada pela SG (especificamente pela CGAA6) em vários outros precedentes relacionados a cartéis. A citação é usada pela SG para apoiar a tese de que cartéis são ilícitos *per se* e o dano ao bem-estar do consumidor pode ser assumido sempre que houver prova de um cartel.

Em outro caso, no Processo Administrativo 08012.007818/2004-68 (CADE, 2004), o sistema SEI mostrou que o documento (uma nota técnica da SG) foi declarado sigiloso devido a informações sensíveis. Neste caso, foi analisado apenas o texto entregue pelo mecanismo de Pesquisa de Jurisprudência.

3.2 ANÁLISE E RESULTADOS

Os resultados demonstram que não há uma aplicação coesa do modelo de bem-estar do consumidor pelo CADE. Além disso, o mais próximo de um modelo de análise empregado consistentemente é o definido pelo Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal

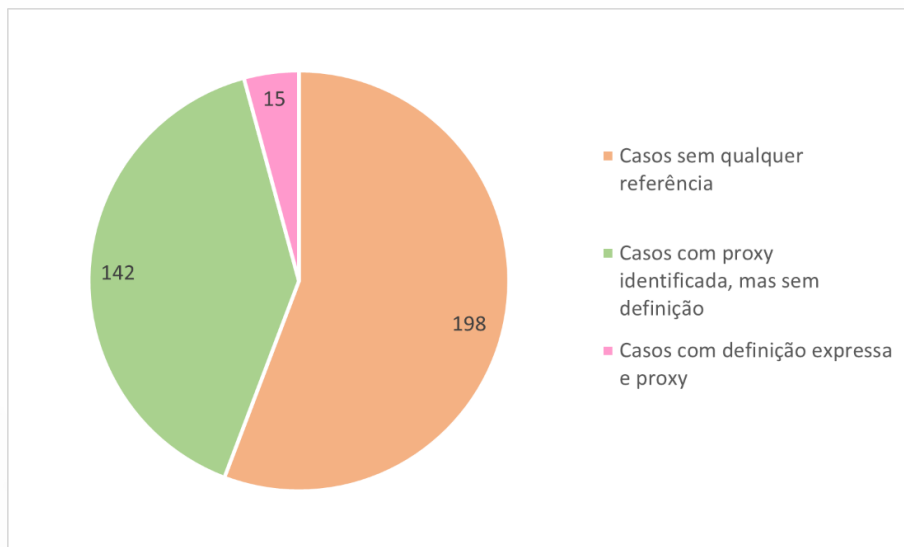
(Guia H) (CADE, 2016), que não corresponde exatamente a um dos modelos descritos na literatura mencionada no tópico 2 acima.

3.2.1 RESULTADOS GERAIS

Inicialmente, chamou a atenção o baixo número de menções que foram acompanhadas por uma descrição objetiva do que se deseja dizer por “bem-estar do consumidor”.

Assim, em toda a amostra, composta por 355 casos, em apenas 15 (4,22%) deles houve uma definição direta ou uma discussão sobre o conteúdo do termo – em todos esses 15 casos, foram também encontradas *proxies*. Além disso, em 142 (40%) documentos foi identificada ao menos uma *proxy* a partir da metodologia delineada acima, sem definição expressa. Por fim, em 198 documentos (55,77%), as menções ao bem-estar do consumidor não foram acompanhadas de qualquer *proxy* econômica que pudesse indicar sob qual parâmetro seria feita a análise. Essas informações estão consolidadas no Gráfico 2 abaixo.

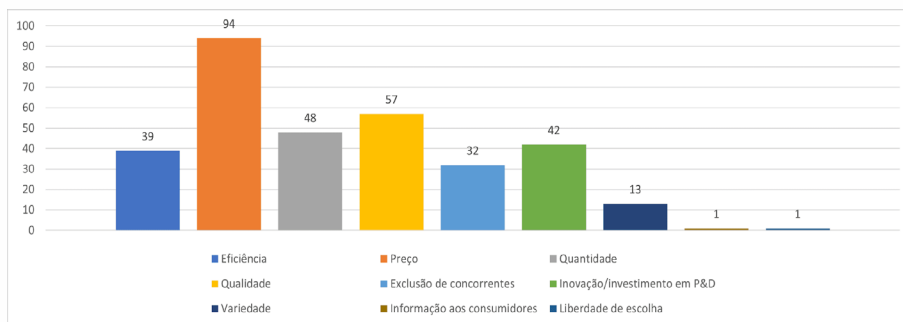
Gráfico 2 – Panorama dos resultados



Fonte: Elaboração própria

Além do baixo número de documentos que adotam uma definição expressa que, por si só, já seria preocupante, em 12 desses documentos a citação veio diretamente de uma única fonte, o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontais (Guia H)¹²⁹ do CADE, que aparentemente define o bem-estar do consumidor de modo intermediário entre os modelos de Hovenkamp e Bork, conforme exposto abaixo. Nos 157 documentos em que foi identificada uma *proxy* ou definição expressa (44,22%), foram contabilizadas 94 associações do bem-estar do consumidor a preços, 57 a qualidade dos produtos ofertados, 42 a inovação ou investimento em P&D, 39 a eficiências, 48 a quantidade ofertada ou demandada, 32 a exclusão de concorrentes, 13 a variedade dos produtos ofertados, 1 a informação disponibilizada aos consumidores e 1 a liberdade de escolha dos consumidores. As informações gerais sobre as *proxies* encontradas estão resumidas no Gráfico 3 abaixo.

Gráfico 3 – *Proxies* mais correlacionadas com o bem-estar do consumidor na amostra analisada



Fonte: Elaboração própria

¹²⁹ Nessa classificação, foram contadas apenas as definições de bem-estar do consumidor extraídas diretamente do Guia H do CADE. Outros casos da amostra empregaram a expressão “efeitos líquidos não-negativos ao bem-estar do consumidor” ou termos análogos, bem como utilizaram citações à Lei 12.529/11 para subsidiar a aplicação do padrão de bem-estar do consumidor. Ainda que essa expressão possa, em tese, corresponder ao modelo de análise contido no Guia H, optamos por não incluir esses casos entre aqueles classificados como citações diretas a tal modelo, exatamente porque não houve menção direta ao Guia H.

3.2.2 ANÁLISE DOS MODELOS DE BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR EMPREGADOS

Entre as 15 definições expressas de bem-estar do consumidor encontradas na amostra, 12 adotam a definição do Guia H do CADE, 2 remetem ao modelo de Herbert Hovenkamp e 1 ao modelo de Robert Bork. No entanto, não é possível estabelecer com clareza a qual dos modelos filia-se a definição estabelecida pelo Guia H, que parece adotar uma posição intermediária. Vale notar também que o único documento que menciona diretamente o modelo de Bork (CADE, 2000) é também o mais antigo entre aqueles que adotam uma definição expressa, sendo o único desse grupo redigido ainda antes do Guia H. Desse modo, seria impossível que ele adotasse a redação do Guia H.

Assim, as referências encontradas ao Guia H com a definição expressa de bem-estar do consumidor são transcritas do seguinte modo:

“Bem-estar do consumidor: 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, mas que parte relevante dos benefícios decorrentes seja repassada aos consumidores.”

Essa transcrição é uma versão resumida do item 3.2. do Guia H, que expressa, em conjunto com o Art. 88, §6, II, da Lei nº 12.529/2011, o critério do resultado líquido não-negativo ao consumidor final. A definição chama a atenção para a necessidade de que o ato de concentração não cause danos aos consumidores, o que a aproxima do modelo de Hovenkamp, porém o faz de modo mediato. Assim, admite que os eventuais possíveis resultados negativos para o bem-estar do consumidor sejam compensados pelas eficiências ao consumidor

final criadas pela operação. É o resultado dessa operação teórica que determinará se um ato de concentração deverá ser remediado ou aprovado diretamente.

Nesse sentido, não se trata de uma simples adesão ao modelo de Hovenkamp, que rejeita diretamente operações que causem danos ao consumidor. No modelo desenvolvido pelo CADE, abre-se espaço para a consideração de eventuais eficiências adicionais que uma operação poderia trazer que compensariam esses danos. O raciocínio, no entanto, é arriscado, especialmente considerando que, como Bezerra (2024) aponta, a análise de eficiências não é tem um padrão quantitativo bem estabelecido na jurisprudência do CADE. Assim, a própria noção de eficiências líquidas acaba se perdendo, uma vez que não há um procedimento padrão para que se possa apurar esse resultado líquido.

Ao mesmo tempo, o parâmetro enfatiza a importância da proteção aos consumidores dentro da análise antitruste, o que o distancia de um modelo de bem-estar agregado. Os resultados encontrados demonstram, nesse sentido, que as menções ao padrão estabelecido pelo Guia H são utilizadas frequentemente para indicar uma preocupação qualificada com os consumidores, o que é compatível com o distanciamento do padrão de bem-estar agregado.

A posição intermediária adotada pelo CADE aqui pode se relacionar com alta permissibilidade da autoridade antitruste com a aprovação de atos de concentração identificada por Fialho Borges (2020), uma vez que a ausência de um padrão bem-estabelecido para avaliação de eficiências nos termos acima descritos pode abrir margem para que o modelo adotado se aproxime, na prática, de uma versão simplificada do modelo de bem-estar agregado, buscando simplesmente o resultado líquido da operação.

Por outro lado, foram encontrados dois documentos que apresentaram uma adoção direta ao modelo de bem-estar do consumidor de Hovenkamp. Assim, a Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE (SG/CADE, 2021), instaura Processo Administrativo de investigação de condutas anticompetitivas no mercado de produtos,

equipamentos e serviços correlatos para cuidados com a saúde. Especificamente, a Nota trata de violações ao bem-estar do consumidor por meio de práticas restritivas à concorrência no mercado de trabalho. Tratando sobre a aplicação do modelo de bem-estar no caso, a Nota adota expressamente as considerações de Hovenkamp, de modo inclusive a criticar a aplicação restrita do modelo que não leve em consideração os impactos de monopsônios sobre o consumidor final:

“Além disso, outra possível razão para a falta de aplicação da Lei Antitruste ao mercado de trabalho é uma interpretação equivocada da finalidade de bem-estar do consumidor. Uma vez que as empresas possuem incentivos para diminuir os custos, o exercício do poder no mercado de trabalho tende à redução dos salários, o que leva muitas pessoas a pensarem instintivamente, embora de modo equivocado, que isto levaria a preços menores para os consumidores, ao passo que maiores salários causariam preços mais altos. No entanto, conforme destaca Hovenkamp, esta correlação é altamente imperfeita e frequentemente equivocada. [...] Nesse sentido, Hovenkamp defende que o princípio do bem-estar do consumidor deve ser medido em termos de produção, de forma a se encorajar a produção máxima consistente com a competição sustentável, o que levaria tanto a menores preços para os consumidores, quanto maior demanda para os trabalhadores.” (SG/CADE, 2021, p. 8)

A nota inclui também entre as referências em rodapé citações diretas sobre a definição de Hovenkamp do bem-estar do consumidor.

Sem menções expressas, mas adotando as mesmas bases, o voto do Conselheiro Luis Henrique Bertolino Braidão nos embargos de declaração à decisão do Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15 (CADE, 2021), adotou as seguintes considerações sobre o modelo

de bem-estar do consumidor no Brasil, opondo-o a um modelo de excedente total:

“Em alguns países, a legislação antitruste foca no bem-estar de consumidores e produtores (excedente total). Nestes, o dano causado por um cartel concentra-se no chamado “peso morto” – ou seja, a perda de excedente, tanto do consumidor quanto do produtor, advinda da redução da quantidade consumida (e, conseqüentemente, vendida) devido ao aumento de preços imposto pelo cartel. Nesses casos, o dano causado não se mistura com a vantagem auferida uma vez que a preocupação pública foca naquilo que consumidores e produtores deixaram de ganhar (e não no que um conseguiu extrair do outro). Entretanto, a legislação brasileira prioriza o bem-estar do consumidor sobre o do produtor e, neste caso, o dano causado também inclui a redução de excedente do consumidor advinda do aumento de preços. Portanto, no caso brasileiro, o dano causado engloba a vantagem auferida uma vez que o lucro econômico auferido pelo produtor advém da extração de excedente do consumidor.” (CADE, 2021, sem paginação)

A discussão nesse item do voto tratava da definição do dano causado pelo cartel. Como se pode perceber, ao comentar a extensão do dano, o Conselheiro diferencia o modelo de bem-estar do consumidor no Brasil daquele de bem-estar agregado. Além disso, defende a centralidade da extração de excedente do consumidor para análise do dano causado pelo cartel. Nesse sentido, pode-se categorizar o trecho acima como uma forma de aplicação do modelo de Hovenkamp do bem-estar do consumidor para análise do dano em casos de cartéis.

Por fim, identificou-se também um documento que relacionava o bem-estar do consumidor à definição de Bork. No Voto à Consulta nº 0038/99 (CADE, 2000), que tratava do impacto de incentivos fiscais

no ICMS sobre a concorrência, o Conselheiro Marcelo Calliari se manifestou do seguinte modo:

“Note-se que não se trata aqui de ignorar o debate existente já há algum tempo na doutrina e na jurisprudência antitruste nacional e internacional sobre os objetivos da política de concorrência. 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. Segundo ele, a interação de outros valores ou objetivos causaria insegurança entre os agentes econômicos e resultaria em decisões inconsistentes e ineficazes.” (CADE, 2000, p. 18)

No trecho, o conselheiro aponta Robert Bork como um defensor do bem-estar do consumidor como valor único do direito da concorrência. Sua posição expressa no voto é que o bem-estar do consumidor tem posição de destaque entre os objetivos da defesa da concorrência, e é com a referência a Bork que o conselheiro define o termo. Ocorre, no entanto, que ao definir o bem-estar do consumidor, o conselheiro enfatiza sobremaneira a eficiência alocativa que, como expresso no item 2 acima, é relativa em um modelo de bem-estar agregado, uma vez que a ineficiência alocativa pode ser compensada pela eficiência produtiva. Assim, a citação parece demonstrar uma percepção parcial do modelo de bem-estar do consumidor de Bork pelo conselheiro, apesar da filiação expressa.

Nesse sentido, a pesquisa empírica realizada aponta que o modelo do bem-estar do consumidor vem sendo preenchido com base na regra de repasse de eficiências ao consumidor final. No entanto, não há clareza sobre o método de cálculo sobre esse repasse, e nem sobre os *standards* usados para determinação do resultado líquido

não-negativo. É possível inferir que essa subteorização se relaciona diretamente com a divergência entre esse padrão e os modelos consagrados na literatura.

Apesar de existirem menções diretas também aos modelos de Hovenkamp e Bork, o número reduzido de menções claras e discussões aprofundadas a qualquer um dos padrões impossibilitou a caracterização de um modelo claro de bem-estar do consumidor aplicado de modo coeso pelo CADE.

3.2.3 ANÁLISE POR EMISSOR

Entre os 355 documentos que compuseram a amostra, 192 foram produzidos por órgãos técnicos no CADE (Departamento de Estudos Econômicos, Secretaria de Defesa Econômica, Procuradoria Federal Especializada e Superintendência-Geral) (54,08% da amostra) enquanto 163 foram produzidos por Conselheiros (45,91% da amostra). Não se notou desvios substanciais que pudessem de modo confiável indicar o uso de modelos de padrões distintos de análise pelos diferentes grupos de emissores.

Entre os 15 documentos em que constou uma definição expressa de bem-estar do consumidor, 12 deles foram produzidos pela Superintendência-Geral do CADE (80%) e 3 por conselheiros (20%). Assim, nota-se uma relevante sobre-representação da SG nesse quesito.

Entre as *proxies* mais citadas em correlação com o bem-estar do consumidor, a Superintendência-Geral, DEE, PFE e SDE mencionaram o preço em 48 documentos, eficiências em 23, quantidade ofertada ou demanda em 21, qualidade em 26, exclusão de concorrentes em 20, inovação e investimento em P&D em 28, variedade em 6 e informações aos consumidores em 1 documento. Em sentido contrário, deixaram de realizar qualquer correlação entre o bem-estar do consumidor e alguma *proxy* econômica em 110 documentos.

Entre os conselheiros, foram encontrados 16 documentos correlacionando o bem-estar do consumidor a eficiências, 46 a preço, 27 a quantidade ofertada ou demandada, 31 a qualidade, 12 a exclusão de concorrentes, 14 a inovação e investimento em P&D, 7 a variedade e 1 a liberdade de escolhas dos consumidores.

3.2.4 ANÁLISE DOS CONCEITOS MAIS UTILIZADOS COMO *PROXIES* DO BEM-ESTAR DO CONSUMIDOR

Já estabelecida a conclusão de que a prática do CADE não se alinha exatamente com nenhum dos modelos descritos na literatura sobre o bem-estar do consumidor, é útil compreender quais as métricas mais correlacionadas ao modelo prático do CADE. Por esse esforço, é possível relatar as *proxies* observadas pelos conselheiros e área técnica de modo a aproximar alguns padrões para o estabelecimento do bem-estar do consumidor.

Assim, foram encontradas sete *proxies* relacionadas em ao menos dois documentos ao padrão de bem-estar do consumidor: eficiências, preço, quantidade, qualidade, exclusão de concorrentes, inovação e investimento em P&D, e variedade. Entre essas, preços foram citados em 59,87% dos documentos que traçaram alguma correlação entre *proxies* concorrenciais e o bem-estar do consumidor, qualidade em 36,30%, quantidade em 30,57%, inovação e investimento em P&D em 26,75%, eficiências em 24,84%, exclusão de concorrentes em 20,38%, e variedade em 8,28% dos casos. Assim, há um favorecimento claro ao preço como métrica, mas a prática do CADE também aponta o uso de *proxies* suplementares, como qualidade e quantidade. Nota-se também o uso razoavelmente elevado da *proxy* de inovação, o que é condizente com uma análise de eficiências dinâmicas na operação.

A forte preocupação com o critério de preço é condizente com o modelo de Hovenkamp do bem-estar do consumidor, uma vez que a elevação de preços é uma forma fácil observação da extração de excedente do consumidor. Ao mesmo tempo, a elevação de preços

pode ser compensada pelo incremento de eficiência produtiva em um modelo baseado no bem-estar agregado, conforme descrito no tópico 2. O foco na quantidade produzida e na qualidade dos produtos, segundo e terceira *proxies* mais utilizadas, também favorece essa leitura.

Por fim, foi encontrada uma menção à preservação de escolhas dos consumidores. A redação adotada nesse caso aproxima a *proxy* de modo bastante direto ao segundo entendimento de Robert Lande, conforme descrito no tópico 2 acima. No entanto, como foi encontrado um único resultado nesse sentido, entende-se não ser possível extrair da análise a conclusão de que o modelo tem aplicação substancial no CADE.

A análise das *proxies*, nesse sentido, dá suporte a uma leitura de que o modelo de eficiências líquidas não-negativas pode se aproximar de modo prático ao modelo de Hovenkamp, desde que sua operacionalização seja feita dentro de parâmetros claros e quantitativos que permitam calcular adequadamente o resultado da operação para os consumidores.

4. CONCLUSÃO

Este trabalho se propôs a analisar empiricamente o modelo de bem-estar do consumidor adotado pelo CADE. Inicialmente, demonstrou-se que a expressão pode ser preenchida com significados distintos a depender do modelo teórico em que se insere.

O modelo de Robert Bork é bem ilustrado pela utilização do *trade-off* de Oliver Williamson (Williamson, 1968; Williamson, 1977). Em síntese, o modelo é baseado no balanceamento entre a *eficiência produtiva* e a *ineficiência alocativa* decorrentes de determinada prática, buscando determinar a prática que melhor contribui para a eficiência global da operação.

Em contraposição ao modelo de Bork, o modelo inicialmente construído por Robert Lande preocupava-se precipuamente com a

extração de excedente do consumidor. O modelo posteriormente evoluiu para a defesa de um novo objetivo para o antitruste que chamou de “escolha do consumidor” ou “soberania do consumidor” (Averitt, Lande, 1997; Averitt, Lande, 2007). De modo similar do ponto de vista prático, mas com outra construção teórica, o modelo de Herbert Hovenkamp veda a redistribuição de recursos dos consumidores para os produtores, mas adota uma noção mais clara de defesa da eficiência alocativa, e do uso de um instrumental baseado em eficiência econômica para análise antitruste.

A partir dessas construções teóricas, foi realizado levantamento empírico utilizando as duas plataformas de busca disponíveis no CADE para coletar uma amostra composta por 355 documentos da autarquia. Entre esses 355 documentos, 55,77% não continham uma definição expressa ou correlação direta que preenchesse o conteúdo da expressão. No restante da amostra, apenas 15 documentos (4,22%) adotavam uma definição expressa do significado da expressão ou uma citação a um dos autores acima definindo o modelo. Entre esses documentos, 2 aderiam diretamente ao padrão de bem-estar do consumidor de Hovenkamp, 1 mencionava diretamente Bork, mas enfatizando a eficiência alocativa, e 12 adotavam a definição de bem-estar do consumidor contida no Guia H do CADE.

Essas 12 ocorrências partiam de uma transcrição resumida do Guia H para definir o bem-estar do consumidor como um modelo que determinaria a aprovação de operações que tivessem resultado líquido não-negativo ao consumidor final. Como foi exposto acima, essa definição não corresponde perfeitamente a qualquer um dos modelos acima, mas é frequentemente utilizada para favorecer uma leitura de proteção ao consumidor. Nesse contexto, é possível inferir uma aproximação do modelo de Hovenkamp. Entretanto, essa aproximação depende do método prático utilizado no cálculo das eficiências, uma vez que, como descrito no tópico 2 acima, teoricamente poder-se-ia argumentar que o modelo de Bork atende a esse critério sob a justificativa que a maior eficiência agregada gerará economia de recursos aos consumidores em outros mercados.

Foram realizadas também análises da amostra com base nos emissores dos documentos. A Superintendência-Geral foi responsável por ampla maioria das definições expressas de bem-estar do consumidor encontradas nos documentos. No entanto, não foram encontradas diferenças substanciais entre a adoção concreta de um modelo ou outro por conselheiros ou pela burocracia do CADE, dado que tanto o modelo do Guia H como o de Hovenkamp foram adotados tanto por conselheiros como pela SG. Também não foram encontradas diferenças significativas no uso de *proxies* de bem-estar do consumidor pelos dois grupos.

Por fim, identificou-se que entre as *proxies* mais relacionadas ao bem-estar do consumidor nos documentos, há um forte viés para o preço, seguido por quantidade e qualidade analisadas. Em princípio, esse achado de pesquisa pode apontar uma aproximação prática ao modelo de Herbert Hovenkamp.

Conclui-se, com base nos dados levantados, que não é possível assinalar uma adoção clara de qualquer um dos modelos descritos na literatura de bem-estar do consumidor pelo CADE de forma coesa e constante, o que pode ser reflexo até mesmo da indecisão sobre o modelo de bem-estar do consumidor presente na própria literatura. Uma vez que não há pacificação sobre o conceito nem mesmo na literatura, abre-se espaço para que novas propostas de padronização sejam construídas com certa tranquilidade em outros fóruns, inclusive nos próprios órgãos de concorrência. Do mesmo modo, além da associação prática entre o bem-estar do consumidor e preço, não há outra *proxy* que tenha se destacado substancialmente na amostra, e mesmo o preço foi ligado diretamente ao bem-estar do consumidor em apenas cerca de 26,47% da amostra total considerada.

BIBLIOGRAFIA

AREEDA, Phillip E.; HOVENKAMP, Herbert, **Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application**, 4^a ed. New York: Wolters Kluwer, 2013.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H., Consumer Sovereignty: a unified theory of antitrust and consumer protection law, **Antitrust Law Journal**, v. 65, p. 713–756, 1997.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H., Using the “Consumer Choice” Approach to Antitrust Law, **Antitrust Law Journal**, v. 74, n. 1, p. 175–264, 2007.

BEZERRA, Cynthia Maria Santos. Quem mexeu nos nossos consumidores? Estudo empírico da argumentação do cade na consideração dos consumidores em análises de atos de concentração potencialmente prejudiciais à concorrência. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, vol. 184/185, p. 141-198, 2024. Disponível em: <https://rdm.org.br/wp-content/uploads/2024/07/Revista-de-Direito-Mercantil-industrial-economico-e-financeiro-184-185.pdf>

BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel, The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: an economic approach, **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 2, p. 471–504, 2012, p. 473.

BORGES, Rodrigo F., **Descontrole de Estruturas: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas**, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

BORGES, Rodrigo F., Movimento Neobrandeisiano em Meio aos Objetivos do Antitruste: não apenas ‘processo competitivo’, **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**, v. 186, no prelo.

BORK, Robert H., **The Antitrust Paradox: a policy at war with itself**, New York: Basic Books, 1978.

BORK, Robert H., Antitrust in Dubious Battle, **St. John's Law Review**, v. 44, p. 663–676, 1970.

BORK, Robert H., The Goals of Antitrust Policy, **The American Economic Association**, v. 57, n. 2, p. 242–253, 1967.

BORK, Robert H., Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act, **The Journal of Law & Economics**, v. 8, p. 7–48, 1966.

BORK, Robert H.; BOWMAN JR., Ward S., The Crisis in Antitrust, **Antitrust Bulletin**, v. 9, p. 587–606, 1964.

BRODLEY, Joseph F., The Economic Goals of Antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress, **New York University Law Review**, v. 62, p. 1020–1053, 1987.

BUSH, Darren; GLICK, Mark; LOZADA, Gabriel A., Creating a Modern Antitrust Welfare Standard that Integrates Post-Chicago and Neo-Brandeisian Goals. **ProMarket**, 26 maio de 2023.

CAFFARRA, Cristina, “Consumer Welfare Is Dead”: What Do We Do Instead?—A Perspective from Europe. **ProMarket**, 27 de abril de 2023.

CARLTON, Dennis W., Does Antitrust need to be Modernized?, **The Journal of Economic Perspectives**, v. 21, n. 3, p. 155–176, 2007.

CAVES, Kevin; SINGER, Hal. When the Econometrician Shrugged: Identifying and Plugging Gaps in the Consumer-Welfare Standard. **George Mason Law Review**, vol. 26 p. 395-323, 2019.

COMANOR, William S.; SMILEY, Robert H., Monopoly and the Distribution of Wealth, **The Quarterly Journal of Economics**, v. 89, n. 2, p. 177–194, 1975.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Julho 2016. Disponível em: <file:///C:/Users/Cliente/Downloads/Guia%20para%20An%C3%A1lise%20de%20Atos%20de%20Concentra%C3%A7%C3%A3o%20Horizontal%20julho-2016.pdf>

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Pesquisa de Jurisprudência do Cade**. 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.cade.gov.br/pesquisa>.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **SEI CADE**. 2024. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Processo Administrativo nº 08700.006292/2012-51**. Brasília, 2012. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?2pXoYgv29q86Rn-fAe4ZUaXIR3v7-gVxEWL1JeB-RtUgqOwvr6Zlwydl0IhRNSr2Q22lByVKByYDYwsa13_JxsXrXwZ_FVsjOWvEzgrGEIrot99BHBGETMuCt9u9-Q6m

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Processo Administrativo 08012.007818/2004-68**. Brasília, 2004. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_exibir.php?K0Xi3eEqJC73dCc3G_MH5w73G76ivtXYDDG65Jr7vK4fhNNdRnnFDgAfJTIfRn8_ywCu dV1gCNGrQiNgXFAcnWM4x_spq4plSIWAvR4w62HCfvRtiNyl4ny4hYMdx6q.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Voto do Conselheiro Luis Braidão nos Embargos de Declaração interpostos contra decisão no Processo Administrativo nº 08700.008612/2012-15**. Brasília, 2021. Número SEI CADE: 0949913. Disponível em:

https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?HJ7F4wnIPj2Y8B7Bj80h1lskj7ohC8yMfhLoDBLddZDqa5QV2oZx3GltQvyks10pBvy2shSlZs7Pq_8ipkhJbcAa7TverL4Jm7YA-KA-wXBYVv5DkNQszHxKCxCtMuU

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA (CADE). **Voto do Conselheiro Marcelo Calliari na Consulta nº 0038/99**. Brasília, 2000. Número SEI CADE: 459062. Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?mYbVb954ULaAV-MRKzMwwbd5g_PuAKStTlNgP-jtcH5MdmPeznqYAOxKmGO9r4mCfJlTXxQMN01pTgFwPLudA0YkH0VTIG9xSnhgS4m87Mg0JntbDH7XDbV76MFcsrBW

ENNIS, Sean F.; GONZAGA, Pedro; PIKE, Chris, Inequality: a hidden cost of market power, **OECD Discussion Papers**, 2017;

ENNIS, Sean F.; GONZAGA, Pedro; PIKE, Chris, The Effects of Market Power on Inequality, **Competition Policy International Antitrust Chronicle**, p. 1–7, 2017.

ENNIS, Sean F.; KIM, Yunhee, Market Power and Wealth Distribution, *in*: WORLD BANK GROUP; OECD (Orgs.), **A Step Ahead: competition policy for shared prosperity and inclusive growth**, Washington, DC: World Bank Group, 2017, p. 133–153;

FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L., The Economics of Welfare Standards in Antitrust, **Competition Policy International**, v. 2, n. 2, p. 3–28, 2006.

FOER, Albert A., The Goals of Antitrust: thoughts on consumer welfare in the US, *in*: **Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust**, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006.

FOX, Eleanor M., The Battle for the Soul of Antitrust, **California Law Review**, v. 75, n. 3, p. 917–923, 1987.

HICKS, John R., The Foundations of Welfare Economics, **The Economic Journal**, v. 49, n. 196, p. 696, 1939.

HOVENKAMP, Herbert, Antitrust Policy and Inequality of Wealth, **Competition Policy International Antitrust Chronicle**, p. 1–7, 2017.

HOVENKAMP, Herbert, Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust, **SSRN Electronic Journal**, p. 1–23, 2011.

HOVENKAMP, Herbert, **Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice**, 3^a ed. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005.

HOVENKAMP, Herbert, Implementing Antitrust's Welfare Goals, **Fordham Law Review**, v. 81, n. 5, p. 2471–2496, 2013, p. 2472.

HOVENKAMP, Herbert, Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?, **Journal of Corporation Law**, v. 45, p. 65–94, 2019.

HOVENKAMP, Herbert, **The Antitrust Enterprise: principle and execution**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008.

HOVENKAMP, Herbert, Antitrust's Goals in the Federal Courts. **SSRN Eletronic Journal**, p. 1-408, 2024.

HÜSCHEL RATH, Kai; WEIGAND, Jürgen, A Framework to Enforce Anti-Predation Rules, **ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Papers**, 2009.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, **Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/ Substantial Market Power, and State-Created Monopolies**, Moscou: [s.n.], 2007.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, **2007 ICN Report**, Moscou, 2007.

INTERNATIONAL COMPETITION NETWORK, **Competition Enforcement and Consumer Welfare: setting the agenda**, Haia: [s.n.], 2011.

JASPER, Eric. Paradoxo Tropical: A Finalidade do Direito da Concorrência no Brasil. **Revista de Defesa da Concorrência**, vol. 7, n° 2, p. 171-189, 2019.

KALDOR, Nicholas, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, **The Economic Journal**, v. 49, n. 195, p. 549, 1939.

KHAN, Lina. Amazon's Antitrust Paradox. **Yale Law Journal**, vol. 126, p. 710-805, 2017.

KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H., The Fundamental Goal of Antitrust: protecting consumers, not increasing efficiency, **Notre Dame Law Review**, v. 84, n. 1, p. 191-243, 2008.

KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H., The Chicago School's Foundation is Flawed: antitrust protects consumers, not efficiency, in: PITOFISKY, Robert (Org.), **How the Chicago School Overshot the Mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust**, Oxford: Oxford University Press, 2008.

LANDE, Robert H., A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: efficiency, preventing theft from consumers, and consumer choice, **Fordham Law Review**, v. 81, n. 5, p. 2349-2403, 2013.

LANDE, Robert H., Chicago's False Foundation: wealth transfers (not just efficiency) should guide antitrust, **Antitrust Law Journal**, v. 58, n. 3, p. 631-644, 1989.

LANDE, Robert H., Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust, **University of Pittsburgh Law Review**, v. 62, n. 3, p. 503-525, 2001.

MAKRIDIS, Christos; THAYER, Joel. The Big Tech Antitrust Paradox: A Reevaluation of the Consumer Welfare Standard for Digital Markets. **Stanford Technology Law Review**, vol. 27, p. 71-126, 2024.

MEESE, Alan J., Debunking the Purchaser Welfare Account of Section 2 of the Sherman Act: how Harvard brought us a total welfare standard and why we should keep it, **New York University Law Review**, v. 85, n. 3, 2010.

OECD, **The Consumer Welfare Standard - Advantages and Disadvantages Compared to Alternative Standards**, [s.l.]: OECD Competition Policy Roundtable Background Note, 2023.

ORBACH, Barak Y., The Antitrust Consumer Welfare Paradox, **Journal of Competition Law and Economics**, v. 7, p. 133–164, 2011.

PARETO, Vilfredo, **Manuel D'économie Politique**, Paris: V. Giard & E. Brière, 1909.

PITOFISKY, Robert (Org.), **How the Chicago School Overshot the Mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust**, Oxford: Oxford University Press, 2008.

POSNER, Richard A., The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication, **Hofstra Law Review**, v. 8, n. 3, p. 487–508, 1980, p. 495.

POWELL, Irene, The Effect of Reductions in Concentration on Income Distribution, **The Review of Economics and Statistics**, v. 69, n. 1, p. 75–82, 1987.

STUCKE, Maurice E., Reconsidering Antitrust's Goals, **Boston College Law Review**, v. 53, p. 551–629, 2012.

SUPERINTENDÊNCIA-GERAL DO CADE (SG/CADE). **Anexo - Nota Técnica nº 36/2021/CGAA8/SGA2/SG/CADE**. Brasília, 12/03/2021.

Disponível em: https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?DZ2uWeaYicbuRZEFhBt-n3BfPLlu9u7akQA8mpB9yNxuGsSSdg6oMHZEzCb4GYgAe6O4stYZJrXYAJNr-S2HKnvyjIHV8FAf0w-oRSJZbDLvT-VwNXLPBeP7dzKVYxF.

WAKED, Dina I., Antitrust Goals in Developing Countries: policy alternatives and normative choices, **Seattle University Law Review**, v. 38, n. 3, p. 945–1006, 2015.

WILLIAMSON, Oliver E., Economies as an Antitrust Defense: the welfare tradeoffs, **American Economic Review**, v. 58, p. 18–35, 1968.

WILLIAMSON, Oliver E., Economies as an Antitrust Defense Revisited, **University of Pennsylvania Law Review**, v. 125, n. 4, p. 699–736, 1977.