

Um Direito Antitruste para o século XXI

A manutenção e a expansão da proteção do consumidor

Parte XV

Ana Frazão

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

Os artigos anteriores da presente série mostraram a necessidade de que o Direito Antitruste possa levar em consideração outros objetivos que não apenas a proteção do consumidor, ainda mais quando este propósito é compreendido pelo viés restritivo do *consumer welfare standard*, nos termos propostos pela Escola de Chicago.

Todavia, é importante ressaltar que a visão mais ampla do Direito Antitruste, tal como a ora proposta, não é incompatível com a proteção do consumidor. Pelo contrário, a proteção do consumidor continua a ser um importante objetivo do Direito Antitruste, ainda que seja vista no contexto de outras finalidades igualmente importantes, sendo que a maior parte delas é inclusive convergente com a tutela dos consumidores.

Mais do que isso, as novas abordagens, naquilo em que superam a visão *single-pointed* do Direito Antitruste, não apenas não desconhecem a necessidade de proteção do consumidor, como procuram fazê-lo de uma forma ainda mais ampla e efetiva, superando uma série de problemas do restritivo critério da maximização do bem estar do consumidor.

Com efeito, como também já se viu anteriormente, o critério de proteção do consumidor proposto pela Escola de Chicago, especialmente na versão de Bork, é extremamente reducionista. De forma paradoxal, pode não levar a nenhum tipo de proteção do consumidor, ainda mais se a eficiência alocativa for vista a partir da maximização do bem-estar geral e agregado da sociedade.

Acresce que, como bem resume Sandeep Vaheesan, em seu provocativo artigo *The Profound Nonsense of Consumer Welfare Antitrust*¹, o standard é baseado em três grandes falsidades: (i) uma de origem, já que se trata de objetivo estranho aos propósitos e à redação do *Sherman Act*, (ii) uma de concepção do mercado, já que parte da equivocada premissa de que este é uma força da natureza, ignorando que ele é construído e estruturado pelo Estado por meio de regras legais e (iii) uma de teoria econômica, já que extensa pesquisa empírica tem mostrado que as concentrações não vem promovendo o bem estar do consumidor e que as práticas predatórias são reais.

Além do crescente descolamento do critério do *consumer welfare* das evidências empíricas, não são poucos os autores que atualmente têm procurado ressaltar suas graves inconsistências teóricas e vários dos seus resultados inaceitáveis, concluindo pela falta de confiabilidade do critério para reger as análises antitruste².

Por essa razão, são pertinentes as críticas no sentido de que a proteção do consumidor deve (i) ser ampliada, buscando resgatar seus compromissos não apenas com preços baixos, mas também com qualidade, diversidade e inovação; e (ii) ser efetiva, deixando de se contentar com meras presunções e conjecturas, muitas das quais dependem de uma série de variáveis no longo prazo, e devendo se basear na avaliação real dos impactos das ações dos agentes titulares de poder econômico sobre os consumidores tanto no curto como no médio e no longo prazo.

Mais do que isso, há que se ressignificar a proteção do consumidor, inclusive para o fim de incluir a proteção de dimensões da personalidade que podem ser afetadas por meio do abuso de poder econômico. Por mais que muitas dessas preocupações possam e devam ser endereçadas também por outras áreas jurídicas – como o Direito do Consumidor e o Direito Civil –, é igualmente certo que não podem ser afastadas do foco de preocupações do Direito Antitruste sempre que estiverem relacionadas ao abuso de poder econômico.

1 The Antitrust Bulletin 1-16 ^a The Author(s) 2019 Article reuse guidelines: [sagepub.com/journals-permissions](https://www.sagepub.com/journals-permissions) DOI: [10.1177/0003603X19875036](https://doi.org/10.1177/0003603X19875036)
journals.sagepub.com/home/abx

2 Ver, por todos, Mark Glick. The Unsound Theory Behind the Consumer (and Total) Welfare Goal in Antitrust. The Antitrust Bulletin 2018, Vol. 63(4) 455-493 ^a The Author(s) 2018 Article reuse guidelines: [sagepub.com/journals-permissions](https://www.sagepub.com/journals-permissions) DOI: [10.1177/0003603X18807802](https://doi.org/10.1177/0003603X18807802)
journals.sagepub.com/home/abx

Ganha relevo, sob esta ótica, a importantíssima questão da proteção de dados pessoais, diante de uma economia cada vez mais movida a dados. Logo, o efetivo controle do abuso do poder econômico não poderá se desincumbir da sua tarefa sem identificar em que medida a utilização de dados pessoais dos usuários, decorrente ou não de violações aos seus direitos de personalidade – já que pode haver casos em que a coleta de dados seja lícita – se converte em poder econômico e em que medida este pode ser exercido abusivamente³.

Não se trata de ampliar, de forma indesejável, o objeto do Direito da Concorrência ou de flexibilizar excessivamente as suas finalidades, mas tão somente de se endereçar a circunstância de que o manejo dos dados é uma eficiente fonte de aquisição, consolidação e exercício do poder econômico, razão pela qual se justifica a aproximação e o diálogo com a Lei Geral de Proteção de Dados.

No que diz respeito aos dados, o Direito Antitruste tem importante papel de, por meio da contenção do abuso de poder econômico, proteger os cidadãos-consumidores na dimensão macro, enquanto as outras searas prosseguem com seus objetivos de tutelá-los na dimensão micro ou em outras situações nas quais as eventuais violações não decorram de abusos de posição dominante.

Diante da importância das discussões propostas, o seu impacto no âmbito acadêmico tem sido intenso, como se observa no crescimento da abordagem conhecida – pejorativa e indevidamente - como “Hipster antitrust” e que, apesar da heterogeneidade de posturas, reúne seguidores que têm em comum a proposta de se afastar do conceito clássico de “bem-estar do consumidor” baseado na eficiência propalado pela Escola de Chicago.

Por mais que parte dos estudiosos defendam que o conceito de bem estar do consumidor não deveria ser abandonado, reconhecem que deveria ser ampliado para abarcar outros aspectos que não apenas o bem-estar do consumidor visto sob a ótica do aumento de preços a curto prazo, dentre os quais se encontrariam a proteção da privacidade e dos dados pessoais⁴. Para

³ Sobre o tema, ver Katharine Kemp. Concealed data practices and Competition Law: why privacy matters. <http://www.law.unsw.edu.au/research/faculty-publications>

⁴ Ver, sobre o tema, HOVENKAMP, Herbert. Is antitrust's consumer welfare principle imperiled? Disponível em: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1985/.

outra parte dos estudiosos, entretanto, o momento requer uma superação do critério do bem-estar do consumidor, para a agregação de outros objetivos.

Tim Wu⁵ sintetiza as divergências, explicando que, no primeiro grupo, encontram-se aqueles que acham que o problema foi o mau uso ou a excessiva simplificação da economia, dentre os quais se encontram Christopher Leslie, Jonathan Baker e Carl Shapiro. Já no segundo grupo – Escola progressiva ou Neo-Brandeisian – encontram-se aqueles que fazem uma crítica mais fundamental, no sentido de que o Antitruste perdeu a sua própria finalidade.

De toda sorte, o ponto comum a ambos os grupos é a necessidade de se romper com a visão restritiva do critério do bem-estar do consumidor. Não é sem razão que o *European Data Protection Supervisor*, em manifestação de 2014, foi claro no sentido de que a análise concorrencial precisa incorporar violação de dados em suas concepções de dano ao consumidor⁶. Por motivos semelhantes, o *Bundeskartellamt* alemão abriu investigação contra o Facebook para saber se seus termos de uso não violam as leis de proteção de dados⁷.

Os recentes relatórios sobre plataformas digitais do Stigler Center e do Subcomitê Antitruste vinculado ao governo norte-americano, amplamente abordados nos artigos anteriores da série, também apontam nesse sentido, mostrando a necessidade de proteção do consumidor sob uma perspectiva mais ampla, por meio do fortalecimento do Direito Antitruste e do reconhecimento de que tal resultado não será atingido por meio dos chamados livres mercados.

Outro ponto fundamental da nova visão de proteção do consumidor é resgatar o compromisso do Antitruste com a inovação, colocando em evidência a importância da chamada “eficiência dinâmica”, especialmente a longo prazo. Afinal, como também explica Tim Wu⁸, por mais que a inovação sempre tenha sido apontada como um objetivo legítimo do Antitruste, a metodologia atual do bem estar do consumidor simplesmente não possibilita que tal ponto seja levado a sério nas análises.

5 WU, Tim. After consumer welfare, now what? The protection of competition standard in practice

6 https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/14-03-26_competition_law_big_data_en.pdf

7 <https://www.reuters.com/article/us-facebook-germany-dataprotection/germany-takes-on-facebook-in-competition-probe-idUSKCN0W40Y7>

8 Tim Wu, *Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most*, ANTITRUST LAW JOURNAL, VOL. 78, P. 313, 2012 (2012).

Daí a importância de um olhar diferenciado para estratégias exclusionárias, que podem ser uma alternativa à inovação, especialmente quando partem de um monopolista. Segundo Tim Wu⁹, pode haver inclusive um *tradeoff* entre investir em inovação e investir em exclusão, razão pela qual a política antitruste deveria aumentar os custos da exclusão pelas diversas formas.

Fica claro, assim, que a proteção do consumidor é objetivo que deve ser mantido e inclusive expandido, inclusive no que diz respeito à necessidade de contenção de vários dos efeitos nefastos do abuso de poder econômico sobre os cidadãos-consumidores, especialmente diante de restrições às liberdades econômicas destes ou de limitações ao processo competitivo que igualmente os prejudicam.

Desde que tais questões estejam vinculadas ao controle do poder econômico, podem e devem ser endereçadas pelo Direito Antitruste, por meio de premissas e metodologias adequadas, tal como se abordará no próximo e último artigo da presente série.

Link: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-8-25112020

Publicado em 25/11/2020

⁹ Tim Wu, *Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most*, ANTITRUST LAW JOURNAL, VOL. 78, P. 313, 2012 (2012).