

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS

Faculdade de Direito

Programa de Pós-Graduação em Direito

Bruno Braz de Castro

**EFICIÊNCIA E RIVALIDADE: ALTERNATIVAS PARA O DIREITO
DA CONCORRÊNCIA NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO**

Belo Horizonte

2017

Bruno Braz de Castro

**EFICIÊNCIA E RIVALIDADE: ALTERNATIVAS PARA O DIREITO
DA CONCORRÊNCIA NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO**

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

Linha de Pesquisa: Poder, Cidadania e Desenvolvimento no Estado Democrático de Direito

Orientadora: Profa. Dra. Amanda Flávio de Oliveira

Belo Horizonte

2017

C355e Castro, Bruno Braz de
Eficiência e rivalidade: alternativas para o direito da concorrência
nos países em desenvolvimento / Bruno Braz de Castro – Belo
Horizonte – 2017.

Orientadora: Amanda Flávio de Oliveira.
Tese (doutorado) – Universidade Federal de Minas Gerais,
Faculdade de Direito.

1. Direito Econômico – Brasil – Teses 2. Direito da concorrência
3. Desenvolvimento econômico 4. Concorrência – Brasil I.Título

CDU(1976) 34:33

Bruno Braz de Castro

**EFICIÊNCIA E RIVALIDADE: ALTERNATIVAS PARA O DIREITO DA
CONCORRÊNCIA NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO**

Tese apresentada ao programa de Pós-Graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Direito.

O candidato foi considerado pela banca examinadora.

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2017.

Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) – Orientadora

Professor Doutor Onofre Alves Batista Júnior
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professora Doutora Maria Isabel Vianna de Oliveira Vaz
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Professora Doutora Paula Andrea Forgioni
Universidade de São Paulo (USP)

Professora Doutora Ana de Oliveira Frazão
Universidade Nacional de Brasília (UNB)

Professor Doutor Leandro Martins Zanitelli
Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) – Suplente

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, pelo amor, cuidado e por tantos anos de suas vidas, devotados em função da minha.

À minha orientadora, desde a graduação em Direito, Professora Amanda Flávio de Oliveira, pela atenção, respeito, cuidado e, principalmente, honestidade. Obrigado pelos questionamentos que me ajudaram a enxergar o Direito Econômico de outra maneira, e por, após todos esses anos, continuar representando o modelo de acadêmico e profissional que pretendo ser no futuro. Espero que meu trabalho esteja à altura da excelência de sua orientação.

Aos Professores Fabiano Teodoro de Rezende Lara e Leandro Novais e Silva, pelas valiosas críticas apresentadas durante a banca de qualificação do trabalho.

Aos integrantes da banca examinadora, pelas obras inspiradoras e pela gentileza de aceitarem o convite para participação nesse processo.

Aos colegas que, tão gentilmente, se dispuseram à leitura e discussão das questões que tive de enfrentar ao longo do trabalho. Agradeço, também, aos amigos que – mesmo quando não entendiam nada do que eu dizia – me ofereceram tanto carinho e paciência. Ciente do risco de que esquecerei nomes importantes, agradeço a: Adriano Tadashi, Adriano Teixeira, Alex Pacheco, Alice Barreto, Ana Cláudia Medeiros, Ana Paula Guilherme, Anna Flávia Barros, Antônio Esteves, Arthur Nasciutti, Bruno Carazza, Carlos Mota, Clara de Assis, Cristina Reis, Dade Ferreira, Daniel Amarilho, David Gomes, Eduardo Ruas, Fábio Campolina, Fábio Mafra, Felipe Soares, Fernanda Macedo, Gabriel Rezende, Guilherme Arruda, Guilherme Resende, Gustavo Fiche, Igor Breda, Jailane Pereira, Jéssica Freitas, João Durão, Júlia Boynard, Kirlian Siquara, Laís Lopes, Lara Spagnol, Letícia Barreto, Lorena Martoni, Luís Moraes, Luiz de Caux, Marcela Xavier, Mário Aguilar, Nathane Fernandes, Patrícia Bittencourt, Patrícia Lúcio, Paulo Marcelo, Pedro Mourão, Rafael Rocha, Rafael Souza, Samuel Castro, Sarah Alcântara, Sofia Lobato, Thiago Santiago e tantos outros.

Ao Rique, meu cachorro, por ter virado tantas noites junto comigo.

A Clarissa Gross e Júlia Franzoni, colegas e amigas sem as quais esse trabalho jamais teria sido finalizado.

Aos alunos dos períodos em que lecionei na Faculdade Mineira de Direito da PUC-Minas, por terem renovado meu interesse no Direito Econômico como instrumento de transformação da realidade.

Aos colegas da Assembleia Legislativa de Minas Gerais, pelo constante apoio em todo o processo.

RESUMO

Os fins do Direito concorrencial brasileiro devem alinhar-se à ideologia constitucionalmente adotada, segundo a qual a política econômica deve orientar-se à promoção do desenvolvimento econômico sob o marco da justiça social. A presente tese tem como objetivo responder à seguinte questão: será a eficiência econômica, conforme definida pelo ideário da Escola de Chicago, o único valor passível de ser considerado como finalidade do direito concorrencial do Brasil, tendo em vista sua condição de país em desenvolvimento? A hipótese de trabalho é a de que, em atendimento à ideologia constitucionalmente adotada, a compreensão da finalidade do direito da concorrência do Brasil, na condição de país em desenvolvimento, deve integrar o valor da proteção da rivalidade, na medida em que esse valor seja apto a promover o desenvolvimento econômico inclusivo. O trabalho demonstra que, embora estruturada sob um discurso de neutralidade política, a teoria antitruste de Chicago encontra-se inserida em uma ideologia, que, em conformidade com uma visão de mundo sobre o papel do Estado e da empresa na ordem econômica, determina quais valores econômicos devem ser incluídos ou excluídos da análise da desejabilidade de práticas econômicas. Em especial, a ideologia de Chicago exclui valores distributivos e de eficiência dinâmica, dentre outras preocupações. As diretrizes da implementação do critério de eficiência econômica, igualmente, são estruturadas em torno de uma teoria dos custos dos erros cujos pressupostos são questionáveis. Essas observações colocam em questão a universalidade da teoria antitruste de Chicago. Em seguida, se evidencia que a Constituição da República possui, também, sua própria ideologia, segundo a qual a ordem econômica deve-se orientar à promoção do desenvolvimento econômico com justiça social. Por essa razão, são pertinentes as propostas teóricas relacionadas a uma compreensão diferenciada do papel do direito concorrencial nos países em desenvolvimento, orientando-se essa política econômica à proteção do processo competitivo e preservação da rivalidade, em prol de um desenvolvimento inclusivo. Essa compreensão repercute, especialmente, em um renovado foco na política de aplicação da legislação concorrencial contra os abusos de posição dominante. Finalmente, um estudo comparado da jurisprudência europeia e estadunidense acerca da conduta da compressão de margens, demonstra como preocupações com a rivalidade orientam a aplicação do teste do “concorrente igualmente eficiente” na jurisprudência europeia. Por essa razão, a experiência europeia deve constituir o ponto de partida para a análise da conduta no sistema brasileiro. É aceitável, contudo, que a análise brasileira não fique restrita a tal abordagem, para atender a características peculiares à sua

realidade econômica. A pesquisa justifica-se em vista das recentes discussões sobre a convergência internacional do direito da concorrência, no âmbito das quais constata-se que transplantes legislativos podem ter consequências adversas, quando realizados em descompasso da realidade econômica e do ordenamento jurídico dos países de destino.

Palavras-chave: Direito da concorrência; Finalidade do direito da concorrência; Abuso de posição dominante; Rivalidade; Eficiência econômica.

ABSTRACT

The understanding of the goals of competition law, in Brazilian legal-economic order, must be aligned to the constitutional ideology, which guides the infra-constitutional economic policy to the promotion of economic development, under the benchmark of social justice. This thesis intends to answer the following question: is economic efficiency, as defined by the Chicago School ideology, to be understood as the single and ultimate goal of competition law in Brazil, considering its developing country status? The hypothesis is that, answering to the constitutionally adopted ideology, the goal of Brazilian competition law must incorporate the protection of rivalry, to the extent that it fosters the ultimate constitutional goal of inclusive economic development. To answer the research question the thesis demonstrates that although accompanied by a political neutrality discourse, the Chicago antitrust theory is embedded in an ideology. According to its worldview on the role of the state and the firm in the economic order, it defines which economic values must be included or excluded from the analysis of the desirability of economic practices. In particular, Chicago ideology excludes distributional and dynamic concerns, among other values. The guidelines to the implementation of an economic efficiency-based framework are also based on a decision theory which stipulates costs of errors, built on questionable assumptions. These arguments call into question the universal character of Chicago antitrust theory. Further, the thesis demonstrates that the Brazilian Constitution is itself embedded in ideology, according to which the economic order must be devoted to fostering economic development under a social justice framework. Hence, the theoretical proposals related to a differentiated understanding of the role of competition law in developing countries – aiming at the protection of the competitive process and the preservation of rivalry in order to foster inclusive economic development – are deemed fitting to the Brazilian setting. This understanding favors a renewed focus on abuses of dominant position in the Brazilian antitrust enforcement policy. Finally, through a comparative study of the USA and EU case law concerning margin squeezes, the thesis demonstrates that rivalry concerns drive the “equally efficient competitor” test in EU jurisprudence. The European experience should, therefore, constitute the starting point to the analysis of such economic conduct in the Brazilian system. It is acceptable, however, that the Brazilian analysis doesn't restrict itself to such starting point, in order to attend to characteristics of its economic reality. The research is justified in the light of the recent discussions on the international convergence of competition law. The debate identifies possible adverse consequences of legal transplants when this

process takes place without proper regard to the legal system and economic reality of the recipient country.

Key-words: Competition law; Goals of competition law; Abuse of dominant position; Rivalry; Economic efficiency.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

ANATEL	– Agência Nacional de Telecomunicações
CADE	– Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEJ	– Corte Europeia de Justiça
CLP	– Committee on Competition Law and Policy
CMMLP	– Custo Médio Marginal em Longo Prazo
CR/88	– Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EUA	– Estados Unidos da América
FMI	– Fundo Monetário Internacional
GATT	– Acordo Geral de Tarifas e Comércio
GCI	– Global Competition Initiative
ICN	– International Competition Network
ICPAC	– International Competition Policy Advisory Committee
IDH	– Índice de Desenvolvimento Humano
LRAIC	– Long Run Average Incremental Cost
OCDE	– Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico
OECD	– Organisation for Economic Co-operation and Development
OIC	– Organização Internacional do Comércio
OMC	– Organização Mundial do Comércio
ONU	– Organização das Nações Unidas
PIB	– Produto Interno Bruto
SBDC	– Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SCP	– Estrutura-Conduta-Desempenho
SDE	– Secretaria de Direito Econômico
SEAE	– Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico
TFEU	– Tratado de Funcionamento da União Europeia
UE	– União Europeia
UNCTAD	– Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento
UNDP	– United Nations Development Programme
VU-M	– Valor de Remuneração de Uso da Rede Móvel

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	13
2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA: A CONVERGÊNCIA NO ANTITRUSTE INTERNACIONAL.....	20
2.1 Iniciativas no âmbito de organizações internacionais	28
2.2 Convergência por meio da “soft-law”	31
2.3 O conteúdo da convergência: isomorfismo e harmonização substancial	38
2.4 A ideologia da eficiência econômica.....	43
3 EFICIÊNCIA E IDEOLOGIA.....	53
3.1 Qual eficiência?	58
3.2 Eficiência econômica: o debate estadunidense.....	62
3.2.1 Definições.....	63
3.2.2 Os padrões de bem-estar econômico no direito concorrencial estadunidense.....	66
3.2.2.1 O “bem-estar do consumidor” em sentido impróprio: o padrão do bem-estar total	68
3.2.2.2 O “bem-estar do consumidor” em sentido próprio: a maximização do excedente do consumidor	71
3.2.2.3 Qual o padrão dominante na jurisprudência estadunidense?.....	72
3.3 O que o modelo da eficiência econômica exclui de sua análise?	77
3.3.1 O estático e o dinâmico na análise concorrencial.....	79
3.3.2 A questão distributiva.....	86
3.3.2.1 Interações entre a distribuição e o “tamanho do bolo”	89
3.3.2.2 A hipótese da “invariância distributiva” e a pretensa superioridade do sistema tributário	92
3.3.2.3 Pode o antitruste contribuir para a redução da desigualdade?.....	94
3.3.3 Outras questões econômicas, políticas e sociais.....	96
3.4 Dos limites da economia aos limites do antitruste: a implementação do modelo da eficiência econômica	99
3.5 Considerações finais	113
4 RIVALIDADE E O DIREITO CONCORRENCIAL NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO – O CASO BRASILEIRO	116
4.1 A ideologia constitucionalmente adotada e o direito da concorrência brasileiro	118

4.2 Concorrência e desenvolvimento.....	123
4.3 Características dos países em desenvolvimento e política de defesa da concorrência..	127
4.4 Proteção da concorrência vs. proteção dos concorrentes	136
4.5 Rivalidade e a tradição ordoliberal europeia	139
4.6 Um renovado foco nos abusos de posição dominante nos países em desenvolvimento	144
4.7 Considerações finais	150

5 ESTUDO DE CASO: A COMPRESSÃO DE MARGENS NA FRONTEIRA

TRANSATLÂNTICA DO ANTITRUSTE.....	154
5.1 Aspectos elementares: a compressão de margens na fronteira entre condutas anticoncorrenciais.....	155
5.2 A compressão de preços no sistema jurídico estadunidense	157
5.2.1 A “intenção de monopolizar” sob o Sherman Act.....	157
5.2.2 A recusa de venda e o “no economic sense test”	158
5.2.3 A compressão de preços como “recusa presumida de contratar”	164
5.3 A compressão de margens na União Europeia	169
5.3.1 A Compressão de margens à luz do instituto do abuso de posição dominante e das finalidades do direito concorrencial europeu.....	169
5.3.2 A jurisprudência europeia sobre a compressão de margens	172
5.3.2.1 A autonomia da compressão de margens em face da teoria do preço predatório....	174
5.3.2.2 A compressão de margens e a teoria da recusa de venda	176
5.3.2.3 A análise de efeitos concorrenciais na compressão de margens	180
5.3.2.4 A existência de propósito anticompetitivo e a relevância de contratos voluntários anteriores	183
5.3.2.5 O teste do “concorrente igualmente eficiente”	186
5.3.2.6 O teste do “concorrente razoavelmente eficiente”	190
5.4 Efeitos de condenações errôneas nos incentivos ao investimento por empresas dominantes.....	193
5.5 Os efeitos da proibição da compressão de margens no comportamento empresarial, diante da presença ou ausência de obrigação de contratar	196
5.6 A relação entre antitruste e regulação sob a perspectiva da conduta da compressão de margens.....	200
5.7 Compressão de margens e bem-estar do consumidor: racionalidade econômica da prática	203

5.8 A compressão de margens e o direito concorrencial brasileiro	207
5.8.1 Peculiaridades do transplante dos testes europeu e estadunidense para a aferição da ilicitude da compressão de margens nos países em desenvolvimento.....	209
5.8.2 O CADE e a compressão de margens.....	212
5.9 Considerações finais	218
6 CONCLUSÃO.....	221
REFERÊNCIAS	230

1 INTRODUÇÃO

As últimas duas décadas vêm sendo marcadas por consideráveis esforços no sentido da convergência internacional da legislação de defesa da concorrência¹, entendida como a redução ou eliminação de diferenças internacionais no formato de tal política pública, especialmente nos âmbitos procedimental (rotinas de análise de práticas econômicas) e substancial (parâmetros de aferição da legalidade de tais práticas). Tais esforços vêm sendo processados sob arranjos institucionais diversos, como a Organização Mundial do Comércio (OMC), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) e, mais recentemente, a International Competition Network (ICN).

O principal obstáculo para tal convergência não se encontra, tão somente, nas questões meramente procedimentais, mas no fato de que as legislações concorrenciais, ao redor do mundo, são bastante diversas em aspectos substantivos – especialmente quanto aos objetivos que se propõem a desempenhar em cada sociedade.

Importante evidência dessa dificuldade de harmonização é o fato de que, sequer nos países desenvolvidos, existe razoável consenso sobre alguns aspectos elementares da política de defesa da concorrência, dentre os quais se destaca sua própria *finalidade* – objetivo que uma determinada sociedade pretende alcançar com a regulação da atividade competitiva empresarial.

Essa categoria de debate, com efeito, é um dos principais eixos da bipolaridade “transatlântica” – entre Estados Unidos da América e União Europeia – no antitruste contemporâneo. A teoria dominante do sistema estadunidense, especialmente após a “revolução” da Escola de Chicago na década de 1970, orienta-se à promoção da eficiência econômica – entendida como maximização do “bem-estar total” ou “bem-estar do consumidor”, embora o conteúdo desses conceitos seja disputado. O sistema europeu, por outro lado, orienta-se à preservação da rivalidade para proteção da estrutura da concorrência.

Alguns países em desenvolvimento, por sua vez, tendem a incorporar também outros objetivos econômicos e sociais diversos a suas legislações, incluindo, por vezes, preocupações com questões distributivas, desenvolvimentistas e de soberania nacional, dentre outras.

Se o direito concorrencial europeu serviu como guia para o movimento inicial de convergência internacional do antitruste, o que se observa contemporaneamente é um forte

¹ No âmbito deste trabalho, as expressões “direito da concorrência” e “direito antitruste” são utilizadas como expressões sinônimas. Sobre a distinção histórica e conceitual entre os termos, Cf. Vaz (1994, p. 52-53).

incentivo à adoção, pelos países em desenvolvimento, do modelo do bem-estar econômico, em uma análise econômica do direito concorrencial formulada sob os pilares estabelecidos pela Escola de Chicago. Esse modelo é apresentado como uma alternativa técnica e politicamente neutra – apto, portanto, a promover a uniformização do direito concorrencial independentemente das especificidades jurídicas e econômicas do país de destino – ao passo que objetivos como os distributivos e os desenvolvimentistas trariam incerteza e arbitrariedade, “politizando” a aplicação da legislação concorrencial.

Em contrapartida a esse movimento, contudo, identificam-se as teorias que afirmam a necessidade de o antitruste, em países em desenvolvimento, concentrar-se na promoção da rivalidade, de modo a incorporar preocupações de promoção do desenvolvimento econômico, eficiência dinâmica, combate à pobreza e correção de distorções históricas na acumulação e na manutenção do poder econômico.

A presente pesquisa busca verificar como a compreensão da finalidade do direito concorrencial do Brasil, país em desenvolvimento, deve posicionar-se nesse debate. A pergunta de investigação é: será a eficiência econômica, conforme definida pelo ideário da Escola de Chicago, o único valor passível de ser considerado como finalidade do direito concorrencial do Brasil, considerando-se sua condição de país em desenvolvimento?

O ponto de partida escolhido para análise é a crítica à teoria da neutralidade política do critério de eficiência econômica. O foco na maximização do bem-estar social, segundo essa teoria, viabilizaria uma aplicação tecnocrática, científica e objetiva ao direito da concorrência, sendo que as demais preocupações com o poder econômico – como questões distributivas – por terem natureza política ou ideológica, deveriam ser implementadas por legislações separadas. Essa teoria é um aspecto distintamente neoliberal do pensamento da Escola de Chicago, no sentido de que busca isolar as relações de mercado de demandas diferentes da maximização de riqueza.

Esse discurso constitui, contudo, mera invisibilização do aspecto ideológico de decisões aparentemente técnicas. A adoção do modelo da eficiência econômica, conforme definida pela Escola de Chicago, implica na adoção de uma visão de mundo sobre o papel do Estado e da Empresa em uma ordem econômica, definindo quais são os valores econômicos a serem incluídos no cálculo de custos e benefícios, e quais valores econômicos devem ser excluídos.

A Constituição Econômica, contudo, também possui uma ideologia, traduzida em uma declaração de princípios, finalidades e fundamentos da ordem econômica que institui. Se, então, o critério de eficiência econômica está inserido em uma ideologia, será necessário

apurar sua legitimidade em face das escolhas políticas já consagradas pela “ideologia constitucionalmente adotada” (SOUZA, 1980).

Essa teoria de Washington Albino Peluso de Souza (1980) é o marco que orienta a construção da hipótese do trabalho: em atendimento à “ideologia constitucionalmente adotada”, à compreensão da finalidade do direito da concorrência do Brasil, na condição de país em desenvolvimento, deve integrar o valor da proteção da rivalidade, na medida em que esse valor seja apto a promover o desenvolvimento econômico inclusivo.

A apresentação dos resultados da pesquisa seguirá a seguinte estrutura.

No Capítulo 2, a seguir, passaremos à contextualização do problema, apresentando-se conceitos fundamentais – como a análise do processo de convergência do direito concorrencial, sua direção, conteúdo e problemas – bem como um aprofundamento sobre o marco sob o qual se construiu a resposta a tal problema.

O Capítulo 3 busca demonstrar as escolhas políticas subjacentes à eleição do critério de eficiência neoclássico como finalidade exclusiva do direito concorrencial. A ideologia do critério de eficiência econômica é evidente em dois contextos: (a) *formulação*: o critério de eficiência econômica, conforme proposto pela Escola de Chicago, escolhe determinados tipos valores econômicos em detrimento de outros valores igualmente econômicos, excluindo considerações dinâmicas, distributivas, sistêmicas, dentre outras; (b) *implementação*: a aplicação do critério de eficiência, mesmo dentro de seus limites tradicionais, envolve, em primeiro lugar, *trade-offs* entre diferentes medidas de excedente econômico e eficiência alocativa e produtiva e, em segundo lugar, a impossibilidade e impraticabilidade de verificação concreta de suas variáveis relevantes faz com que sua operacionalização seja baseada em presunções simplistas, universalistas e não-testadas sobre a racionalidade dos agentes, autocorreção dos mercados e custos dos erros decisórios.

No Capítulo 4, demonstra-se as consequências advindas da constatação das opções políticas subjacentes ao critério da eficiência econômica, conforme definido pela Escola de Chicago, na compreensão da finalidade do direito concorrencial do Brasil, considerando sua condição de país em desenvolvimento. Tendo em vista a realidade econômica brasileira, bem como a ideologia constitucionalmente adotada para a ordem econômica pátria – cuja finalidade última é “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CR/88, Art. 170, *caput*) – demonstra-se que a preocupação com a rivalidade deve ser considerada elemento essencial na compreensão da finalidade do direito concorrencial nacional, com vistas à promoção do desenvolvimento econômico inclusivo.

Essa compreensão comanda um foco renovado nos abusos de posição dominante exclusionários. Por essa razão, o Capítulo 5 encerra o trabalho com um estudo de caso sobre a jurisprudência estadunidense e europeia sobre a compressão de margens (*margin squeeze*). O objetivo do estudo será evidenciar como preocupações com a rivalidade orientam a aplicação do teste do “concorrente igualmente eficiente” na jurisprudência europeia sobre o tema, bem como evidenciar diferenças no tratamento dos padrões de eficiência, dos custos dos erros de aplicação da lei e do dano ao consumidor entre os dois sistemas. O que se pretende demonstrar é que uma análise econômica pautada por preocupações com a rivalidade é tão administrável quanto a análise estritamente baseada na redução do bem-estar econômico.

O presente trabalho é de natureza jurídico-teórica. Ao longo dos Capítulos 2, 3 e 4 a pesquisa dedicou-se à análise de trabalhos acadêmicos nacionais e estrangeiros, com a finalidade de auxílio na descrição e crítica do processo de convergência antitruste internacional, bem como demonstração dos contornos dos conceitos de “eficiência” e “rivalidade”, como fundamentos normativos de justificação da finalidade do direito da concorrência. No Capítulo 5, além da análise de trabalhos acadêmicos, também se lançou mão do estudo de jurisprudência estadunidense, europeia e brasileira, com vistas a se realizar uma análise institucional da administrabilidade, em casos concretos, dos conceitos de eficiência e rivalidade, analisados nos capítulos anteriores.

O trabalho justifica-se à vista dos potenciais problemas que o transplante de teorias jurídicas estrangeiras pode acarretar à efetividade do direito concorrencial brasileiro.

O direito concorrencial constitui o ordenamento jurídico da distribuição e uso do poder econômico privado, afetando interesses – muitas vezes contrapostos – de diversas categorias, como empresários, consumidores, trabalhadores e a coletividade como um todo (WIGGER, 2009, p. 253). O tratamento jurídico de tais interesses – definir quais são legítimos, ou não – é mediada, necessariamente, por uma visão de mundo (ideologia) sobre a organização ideal dos mercados em determinada ordem econômica e, especialmente, sobre o papel do Estado nesse processo.

A negação desse caráter “político-jurídico” encerra o risco de excluir, da arena de deliberação coletiva, questões que – não obstante seu caráter técnico e complexo – tocam em escolhas políticas fundamentais. Em nível internacional, por exemplo, Slaughter (2004a) relata que os críticos de redes informais de cooperação técnica, como a ICN, apontam o risco de que essas redes constituam instâncias de “elitismo tecnocrático” em que especialistas de formação semelhante sejam socializados de modo a “acreditar que *trade-offs* profundamente

políticos são escolhas valorativamente neutras, com base em *expertise* ‘objetiva’”² (SLAUGHTER, 2004a, p. 219, tradução livre), contornando preocupações políticas.

A promoção de uma convergência da legislação concorrencial que não leve em consideração a potencial pluralidade de visões políticas sobre a finalidade do direito da concorrência, entre as diferentes jurisdições ao redor do mundo, pode resultar na formulação de políticas públicas desconectadas da realidade econômica dos países em desenvolvimento, ou das escolhas políticas consagradas na ordem jurídica dessas nações.

Como analisamos em trabalhos anteriores, a importação de teorias estadunidenses é um processo bastante problemático na jurisprudência do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE). Assim é que identificamos problemas na adoção literal de teorias da jurisprudência de direito constitucional da Suprema Corte dos Estados Unidos, como a “*state action doctrine*”, sem consideração à peculiaridade da Constituição brasileira (CASTRO, 2009, 2010), bem como a negação da eficácia da proibição contra preços exploratórios, também à luz da jurisprudência estadunidense, sem se considerar a existência de abordagens alternativas para a garantia de maior efetividade à proibição constitucional ao aumento arbitrário de lucros (CASTRO, 2012).

Svetiev (2013) descreve que autoridades concorrenciais de países em desenvolvimento tendem à incorporação de rotinas de análise e prioridades de aplicação da lei já estabelecidas em seus homólogos de países desenvolvidos. Essa importação, prossegue o autor, tende a gerar a petrificação das atividades da autoridade concorrencial em torno dessas categorias estrangeiras, limitando o aprendizado institucional e a construção de conceitos e rotinas próprios. Essa obstacularização do aprendizado próprio é potencialmente nociva, quando limita a capacidade de a autoridade antitruste formular uma política própria de aplicação da lei, que leve em conta os problemas peculiares do contexto de desenvolvimento local de cada país³.

Além da questão da realidade econômica, a importação de modelos estrangeiros incorre no risco, também, de desconsiderar o que Gerber (2008) chama de “inserção

² No original, com o trecho completo: “The affinity and even solidarity felt among central bankers, securities regulators, antitrust officials, environmental regulators, and judges, in this view, socialize them to believe that deeply political trade-offs are value-neutral choices based on ‘objective’ expertise”.

³ Cf. Svetiev: “Na ausência de tradição local e conhecimento acumulado, e num esforço para imitar seus colegas de outras jurisdições, oficiais de autoridades mais novas podem estabelecer uma abordagem de caráter rotineiro para analisar problemas e decidir casos ou eles podem estabelecer prioridades na aplicação da lei que não refletem o contexto de desenvolvimento local. O desafio para aqueles que promovem a aplicação da legislação concorrencial no mundo em desenvolvimento é identificar a saliência de problemas concorrenciais locais e sua relação com os objetivos de desenvolvimento, em vez de especular sobre os objetivos da legislação concorrencial em altos níveis de generalidade ou se casar a categorias antitruste já estabelecidas, da forma que são atualmente compreendidas” (SVETIEV, 2013, p. 225, tradução livre).

institucional” da Economia. No contexto da defesa da concorrência a Economia não é aplicada em um “vácuo”, mas inserida em um contexto institucional marcado por um feixe de regras jurídicas procedimentais e substanciais⁴ (GERBER, 2008, p. 24). Dentre tais regras, incluem-se especialmente aquelas sobre a própria finalidade do direito concorrencial, que informa a determinação jurídica acerca de quais tipos de efeitos econômicos são considerados desejáveis ou indesejáveis pelo ordenamento jurídico⁵.

Dessa forma, a aplicação de um modelo econômico, em cada jurisdição, é intermediada por regras procedimentais e substanciais, o que torna a importação de precedentes uma questão muito delicada. Fatores decisivos para um precedente, em certa nação, podem ser específicos àquele ordenamento jurídico, não decorrendo exatamente do modelo econômico “puro” em questão.

Um exemplo, a ser tratado no último capítulo, é a exigência de prova de intencionalidade para a configuração de ilícito antitruste. Sendo essa exigência um dos pilares para a decisão da Suprema Corte dos Estados Unidos para o caso *Trinko*, sobre recusa de venda, a importação desse precedente pode ser problemática para uma jurisdição que adota um sistema de responsabilidade *objetiva* por ilícito antitruste, por exemplo.

Outra questão a se considerar é que, mesmo entre os próprios países desenvolvidos, ainda não há consenso sobre aspectos importantes da conformação da política de defesa da concorrência – como suas finalidades e padrões para ilicitude de práticas exclusionárias, por exemplo – o que coloca em dúvida a possibilidade de convergência ao redor do mundo (MARQUIS, 2015, p. 159)⁶.

⁴ Analisa Gerber: “Onde a Economia é usada nas instituições, as categorias, métodos e linguagem da Economia divide o espaço decisional com outros fatores. Contextos institucionais e procedimentais específicos moldam os meios pelos quais a Economia é usada e os resultados são alcançados por aqueles a utilizando. Ela não pode operar em seu nível acostumado de universalidade discursiva, mas precisa agora concorrer com outros fatores institucionais a influenciar decisões e resultados jurídicos” (GERBER, 2008, p. 24, tradução livre).

⁵ Também é a opinião de Bakhoun: “A legislação concorrencial se apóia em uma teoria econômica que influencia em grande medida o meio pelo qual é aplicada. Considerar a Economia como a força motora da legislação concorrencial leva ao argumento de que a eficiência deve ser a única preocupação do direito concorrencial. Essa abordagem e percepção da concorrência parece estar bem aceita na legislação concorrencial moderna em países desenvolvidos. A Economia, contudo, não opera num vácuo. Assim, o contexto local determina a uma certa medida a probabilidade de que uma dada teoria iria produzir os resultados esperados. Contexto importa na legislação concorrencial. Isso é particularmente verdadeiro no caso de países em desenvolvimento cujos contextos sócio-econômicos, políticos, legais e culturais diferem daqueles do mundo desenvolvido. Uma legislação concorrencial adequada aos países em desenvolvimento deve levar totalmente em conta seu contexto local” (BAKHOUM, 2011, p. 496, tradução livre).

⁶ No mesmo sentido, Marquis: “Ademais, mesmo pressupondo que a convergência é desejável, como as coisas estão hoje em dia há algumas áreas da lei (em particular o abuso de posição dominante) em que diferenças em objetivos, capacidades de implementação e instituições parecem impedir a identificação de qualquer abordagem verdadeiramente universal e, assim, torna a empreitada da convergência, mesmo entre países desenvolvidos, que dirá o resto do mundo, amplamente ilusória” (MARQUIS, 2015, p. 159, tradução livre).

Ao mesmo tempo, a indefinição entre os países desenvolvidos oferece uma oportunidade para que os países em desenvolvimento desenvolvam suas próprias abordagens, ou escolham, dentre as alternativas teóricas vigentes em outras jurisdições, aquelas que se compatibilizem com sua realidade jurídica e econômica. Entre isomorfismo e inovação institucional, o que se vem observando é que o duopólio Estados Unidos – União Europeia no “mercado” de teorias antitruste vem-se tornando cada vez mais parecido com um oligopólio, à medida que jurisdições emergentes, como o Brasil, vêm crescendo de importância na aplicação internacional da política de defesa da concorrência (KOVACIC, 2015, p. 1.158).

Essa discussão é oportuna, outrossim, em razão das repercussões da crise mundial de 2008, após o que muitos pilares do pensamento neoliberal vêm sendo questionados e já se discute se um novo paradigma antitruste estaria emergindo (STUCKE, 2012, p. 556).

2 CONTEXTUALIZAÇÃO DO PROBLEMA: A CONVERGÊNCIA NO ANTITRUSTE INTERNACIONAL

A efetivação de políticas de defesa da concorrência é algo bastante disseminado entre os países em desenvolvimento, que já constituem três quartos do grupo de mais de cem países que possuem algum tipo de legislação com esse caráter (HAZEL, 2015, p. 276).

O contexto de introdução desse tipo de legislação é variado, mas, geralmente, relaciona-se ao processo de liberalização econômica por que passaram os países em desenvolvimento no final do século XX⁷.

No ordenamento jurídico dos países latinoamericanos, a efetivação de políticas de defesa da concorrência acontece, especialmente, a partir das décadas de 1980 e 1990, no esteio das reformas estruturais liberalizantes adotadas sob a égide do Consenso de Washington (PEÑA, 2006). Isso é verdadeiro mesmo em países como o Brasil – em que o abuso de poder econômico comparece como objeto de preocupação jurídica desde a década de 1930⁸. Não obstante a existência de legislação anterior, é geralmente reconhecido que a implementação de um sistema efetivo de defesa da concorrência só acontece a partir de reformas iniciadas na década de 1990 (FORGIONI, 2012, p. 84-119). Até então, no país, vigia uma política econômica desenvolvimentista com grande presença estatal no domínio econômico, inclusive com controle de preços (AMANN; BAER, 2006, p. 272; CONSIDERA; CORRÊA, 2002).

John Williamson (2009) observa três sentidos possíveis para o termo “Consenso de Washington”. O primeiro, cunhado pelo próprio Williamson, em 1989, designa dez eixos de reformas de política pública⁹ que, à época, concordava-se que deveriam constituir os principais eixos de reformas estruturais a serem adotadas pelos países latinoamericanos, que se encontravam em situação de crise econômica e alto endividamento público

⁷ Além do processo de liberalização econômica em países em desenvolvimento, também observa-se a introdução de legislação concorrencial no contexto da transição para um regime capitalista, em países anteriormente integrantes do bloco socialista (KOVACIC, 2001, p. 265).

⁸ A Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937 já previa a punição dos crimes contra a economia popular (Art. 141), ao passo que a Constituição de 1946 introduziu o comando de que “A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”, que se manteve, essencialmente, em todas as Constituições posteriores. No plano infraconstitucional, destaca-se, especialmente, a Lei Federal nº 4.137 de 1962, cujo objetivo era regular a repressão ao abuso de poder econômico, com a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

⁹ Essas dez reformas constituem, segundo Williamsom (2009, p. 09-10): disciplina fiscal; reordenação das prioridades de gastos públicos; reforma tributária; liberalização das taxas de juros; taxa de câmbio competitiva; liberalização do comércio; liberalização do investimento estrangeiro direto; privatização; desregulação; e proteção de direitos de propriedade.

(WILLIAMSON, 2009, p. 8)¹⁰. Um segundo sentido refere-se ao fato de que essas políticas, em maior ou menor grau, compuseram o núcleo das prescrições apresentadas pelos órgãos financeiros internacionais (como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional), como contrapartida para a concessão de novos empréstimos a esses países¹¹. O terceiro sentido, que Williamson rejeita¹², parte da observação de que a agenda original foi, progressivamente, acrescida de outras prescrições, de caráter ainda mais profundamente liberalizante, tornando-se um abrangente e progressivo movimento de inspiração neoliberal, a despeito de os resultados econômicos nem sempre terem sido satisfatórios (BIGLAISER; DEROUEN, 2004, p. 561). Em que pese a discordância de Williamson, Rodrik observa que, com o tempo, “a agenda de reforma passou a eventualmente ser percebida, pelo menos por seus críticos, como um esforço abertamente ideológico de impor o ‘neoliberalismo’ e ‘fundamentalismo de mercado’ aos países em desenvolvimento”¹³ (RODRIK, 2006, p. 974, tradução livre).

Independentemente da variação de sentido, observa-se que, na América Latina, as prescrições integrantes do Consenso de Washington foram traduzidas em um processo muito significativo de implementação de políticas de estabilização macroeconômica, de privatização

¹⁰ Para Williamson, o termo “Washington” referia-se “tanto ao Washington político do Congresso e membros sêniores da administração como o Washington tecnocrático das instituições financeiras internacionais, as agências econômicas do governo dos EUA, a Federal Reserve Board, e os *think tanks*” (WILLIAMSON, 2009, p. 8, tradução livre).

¹¹ Williamson concorda que esse é um uso razoável do termo Consenso de Washington, embora alerte que muitas prescrições, com o tempo, foram alteradas ou acrescentadas: “Se usa para referir às políticas que as instituições de Bretton Woods aplicaram em seus países clientes, ou talvez a atitude do governo dos EUA acrescida das instituições de Bretton Woods. Esse me parece um uso razoável, bem-definido. Nos dias iniciais depois de 1989 não havia muita diferença entre meu conceito e esse, mas ao longo do tempo diferenças substanciais emergiram” (WILLIAMSON, 2009, p. 13-14, tradução livre).

¹² Williamson discorda desse terceiro sentido ao termo, de que as políticas do Consenso de Washington constituam uma expressão do neoliberalismo, afirmando que “A terceira interpretação do termo ‘Consenso de Washington’ o usa como um sinônimo para o neoliberalismo ou fundamentalismo de mercado. Essa eu considero uma perversão inteiramente questionável do sentido original. O que quer que o termo ‘Consenso de Washington’ possa significar, ele certamente deveria se referir a um conjunto de políticas que comandam ou comandaram um consenso em alguma parte significativa de Washington, no governo dos EUA ou as Instituições Financeiras Internacionais ou ambos, ou talvez ambas mais algum outro grupo. Mesmo nos anos iniciais da administração de Reagan, ou durante Bush, seria difícil afirmar que qualquer das políticas distintivamente neoliberais, como economia pelo lado da oferta, monetarismo, governo mínimo, comandavam um grande consenso, certamente não nas Instituições Financeiras Internacionais” (WILLIAMSON, 2009, p. 15, tradução livre).

¹³ No original, com o trecho completo: “Such was the enthusiasm for reform in many of these countries that Williamson’s original list of do’s and don’ts came to look remarkably tame and innocuous by comparison. In particular, financial liberalization and opening up to international capital flows went much farther than what Williamson had anticipated (or thought prudent) from the vantage point of the late 1980s. Williamson’s (2000) protestations notwithstanding, the reform agenda eventually came to be perceived, at least by its critics, as an overtly ideological effort to impose ‘neo-liberalism’ and ‘market fundamentalism’ on developing nations”.

e de liberalização dos mercados (RODRIK, 2006, p. 973)¹⁴.

A implementação de políticas de defesa da concorrência, embora não tenha integrado as prescrições originais do Consenso¹⁵, comparece como elemento da consolidação de um novo papel do Estado na ordem econômica – que passa a assumir a posição de Estado regulador, antes que empresário (FONSECA, 2010, p. 101) – com vistas, então, à substituição da intervenção via monopólios estatais e outras formas mais diretas de regulação (como o controle de preços) por um marco regulatório mais compatível com o cenário de abertura de mercados que então se consolidava. O objetivo principal, aqui, seria impedir que os ganhos esperados da liberalização dos mercados fossem anulados em razão de práticas restritivas privadas (PEÑA, 2006, p. 738).

A implementação dessas políticas nos países em desenvolvimento, ademais, tem sido fortemente recomendada por órgãos internacionais como o Banco Mundial, OCDE, UNCTAD e Fundo Monetário Internacional (FMI) (MARCOS, 2006, p. 2). A defesa da concorrência, inclusive, constituiu um dos requerimentos condicionais para empréstimos do Banco Mundial, em contextos de ajustes estruturais na década de 1980 (OLIVEIRA; KONICHI, 2006, p. 7), e segue como um requisito para a aferição da elegibilidade de um país para novos empréstimos junto ao Banco e ao FMI (MARCOS, 2006, p. 3).

Não obstante a efetivação desse tipo de política pública tenha ocorrido em razão de estímulos internacionais, observa-se importante variação em seu conteúdo nas variadas jurisdições. São importantes, em especial, as diferentes abordagens quanto à *finalidade* do direito concorrencial.

Por finalidade do direito concorrencial entende-se o objetivo que uma determinada sociedade pretende alcançar com a regulação da atividade competitiva empresarial. Essa é uma escolha fundamental a toda aplicação posterior da lei, já que a desejabilidade de determinada prática econômica - e, igualmente, de determinada medida estatal em resposta a tal prática - será apurada na medida em que contribui ou prejudica a concretização da finalidade da legislação em questão. É a partir daí, igualmente, que a autoridade responsável

¹⁴ Sobre a ortodoxia em torno desses pilares, ironiza Rodrik: “A vida costumava ser relativamente simples para os vendedores de conselho de política pública nos trópicos. Observando a lista sem fim de loucuras de política pública para as quais as nações pobres tinham sucumbido, qualquer economista bem treinado e bem intencionado poderia se sentir justificado em proclamar as verdades óbvias da profissão: coloque em ordem seus balanços macro, tire o Estado dos negócios, dê aos mercados rédea solta. 'Estabilize, privatize, e liberalize' tornou-se o mantra de uma geração de tecnocratas que ganhavam experiência no mundo em desenvolvimento e dos líderes políticos que eles aconselhavam” (RODRIK, 2006, p. 973, tradução livre).

¹⁵ Observam Lianos, Mateus e Raslan (2013, pos. 918, tradução livre): “O Consenso de Washington não advogou a adoção de estruturas de legislação concorrencial, talvez por causa de sua crença na eficiência superior do sistema de mercado”.

pela aplicação da lei (“autoridade antitruste”) irá determinar prioridades de atuação e prestar contas sobre a efetividade da política pública (STUCKE, 2012, p. 558). Implícita a essa escolha, encontra-se uma determinada compreensão política sobre o papel do Estado e da empresa na organização econômica.

Entre os países e comunidades de países desenvolvidos, dois pólos, os Estados Unidos da América e a União Europeia, destacam-se como visões distintas sobre a finalidade do antitruste contemporâneo (GAL, 2004). De um lado do Atlântico, o modelo estadunidense, após a Revolução de Chicago da década de 1970, orienta-se à maximização do bem-estar do consumidor (embora, como se verá, o significado desse conceito é debatido). Do outro, o sistema europeu orienta-se primordialmente à proteção do *processo competitivo* e da preservação da *rivalidade* nos mercados. A repercussão dessas diferenças é especialmente marcante na análise de condutas exclusionárias, como se verá¹⁶.

As legislações dos países em desenvolvimento, por sua vez, exibem um rol bastante diversificado de finalidades para o direito concorrencial. Levantamento realizado por Waked (2015) identifica, dentre muitas outras, doze principais finalidades expressas na legislação de 50 países em desenvolvimento:

proteção do interesse do consumidor; interesse público; concorrência; eficiência econômica; eliminação de práticas empresariais restritivas; liberdade econômica; proteção de pequenas empresas; progresso e desenvolvimento; justiça e equidade; escolha do consumidor; preços competitivos; concorrência em mercados internacionais. (WAKED, 2015, p. 980).

Um exemplo notável, no direito comparado, é a legislação concorrencial da África do Sul, que reconhece, em seu preâmbulo, que:

O apartheid e outras leis e práticas discriminatórias no passado resultaram em concentração excessiva de propriedade e controle dentro da economia nacional, restrições inadequadas contra práticas comerciais anticoncorrenciais, e restrições injustas na total e livre participação na economia por todos os sul africanos. (REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1998, p. 2, tradução livre).¹⁷

É com base nesse ponto que a legislação sul-africana estipula, como objetivos

¹⁶ Se se define que o bem-estar do consumidor, em sentido próprio ou impróprio, é a finalidade do antitruste, um parâmetro de ilegalidade baseado no prejuízo aos consumidores (elevação de preços) parece razoável. Se, por outro lado, se entende que a finalidade do antitruste é a proteção da rivalidade, é possível que haja violações à lei mesmo em situações em que não há danos diretos ao consumidor.

¹⁷ No original: “The people of South Africa recognise: That apartheid and other discriminatory laws and practices of the past resulted in excessive concentrations of ownership and control within the national economy, inadequate restraints against anti-competitive trade practices, and unjust restrictions on full and free participation in the economy by all South Africans”.

integrantes da finalidade de “promoção e manutenção da concorrência”, a garantia de “oportunidade equitativa de participação na economia” para pequenas e médias empresas e, notavelmente, a “promoção de maior difusão da propriedade, em particular para ampliar a participação proprietária de pessoas historicamente desvantajadas” (REPUBLIC OF SOUTH AFRICA, 1998, p. 15 - art. 2º, tradução livre)¹⁸. Esses objetivos, segundo a Lei, devem coexistir com outros, como a promoção da eficiência, preços baixos e maior escolha para o consumidor e a promoção do emprego.

Observa-se, então, uma pluralidade de finalidades não-baseadas no conceito de eficiência econômica. Em muitos desses países – especialmente aqueles cuja implementação da legislação concorrencial foi influenciada pelo sistema europeu – identifica-se um foco em rivalidade e proteção do processo competitivo (OSTI, 2015, p. 257).

O avanço da globalização, contudo, tem sido o motor para as iniciativas no sentido da *convergência* das políticas de defesa da concorrência ao redor do mundo. Por convergência, entende-se a redução ou eliminação de diferenças entre legislações concorrenciais. Cheng (2012, p. 440) observa que a convergência pode ocorrer nos níveis procedimental (regras relacionadas às rotinas de análise), substantivo (critérios de aferição de legalidade/ilegalidade de práticas) e normativo (normas culturais e entendimento social quanto à concorrência, abrangendo o entendimento sobre a finalidade dessa política econômica, percepção de justo e injusto, etc.).

A ascensão de mercados globais levou ao surgimento de “monopolistas sem fronteiras” (SOKOL, 2007, p. 52), cujas práticas acarretam efeitos através de diversas jurisdições, com importantes impactos também para os países em desenvolvimento.

O exemplo mais apontado, sobre esse tipo de prática, são os cartéis “puros” (ou “*hard core*”) internacionais, entendidos como acordos de fixação direta de preços, quantidades, fraudes em compras públicas ou divisão de mercado entre produtores de diversos países, com efeitos em mais de uma jurisdição (DO, 2010, p. 135). Evidências sobre a ocorrência da cartelização internacional indicam que a cartelização ocorre com elevada frequência, sem previsão de grandes reduções em sua ocorrência no futuro (BUDZINSKI, 2008, p. 17).

¹⁸ No original, com o artigo completo: “2 – Purpose of Act. The purpose of this Act is to promote and maintain competition in the Republic in order – (a) to promote the efficiency, adaptability and development of the economy; (b) to provide consumers with competitive prices and product choices; (c) to promote employment and advance the social and economic welfare of South Africans; (d) to expand opportunities for South African participation in world markets and recognise the role of foreign competition in the Republic; (e) to ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the economy; and (f) to promote a greater spread of ownership, in particular to increase the ownership stakes of historically disadvantaged persons”.

Cartéis internacionais possuem peculiaridades que lhe garantem maior estabilidade, como o fato de que atuam em múltiplos mercados – o que amplia as oportunidades de interação entre as empresas e, portanto, facilita a punição, pelo cartel, de eventuais desvios de seus membros (LEVENSTEIN; SUSLOW, 2004, p. 819).

Os prejuízos dessa prática para países em desenvolvimento é substancial. Só na América Latina, o volume de transações afetadas por distorções de cartéis internacionais entre 1990-2007 é estimado entre US\$ 0,5 e US\$2 trilhões (CONNOR, 2008, p. 43). Do ponto de vista dos produtores em países em desenvolvimento, igualmente, é considerável o impacto estrutural dos cartéis internacionais: é comum que esses arranjos lancem mão de práticas de elevação de barreiras à entrada – como guerras de preços e restrições verticais – ou criem estruturas colusivas que sobrevivem à dissolução do cartel, como *joint ventures* que acarretam coordenação tácita no futuro (LEVENSTEIN; SUSLOW, 2004, p. 821).

Outra importante categoria de análise são as fusões e aquisições internacionais. O final da década de 1990 experimentou a maior onda de fusões internacionais da história (BUDZINSKI, 2008, p. 20). Nem a crise de 2008 reduziu o ritmo desse processo, que atingiu números recordes nesse mesmo ano (DO, 2010, p. 140), sendo que o volume agregado desse tipo de operação entre 1989 e 2008 chegou a 08 trilhões de dólares (MAKAEW, 2012, p. 1). A globalização criou a necessidade de expansão da estrutura empresarial para atendimento de mercados cada vez mais amplos, e a aquisição de empresas estrangeiras é uma boa estratégia para inserção internacional: adquire-se, nesse tipo de fusão, também o conhecimento sobre o contexto local (comportamento dos consumidores, redes de distribuição, marco regulatório, etc.), além de marcas já estabelecidas no país de entrada (BUDZINSKI, 2008, p. 19).

Os impactos concorrenciais dessas práticas, em nível global, são ambíguos. Embora, a princípio, avalia-se que as fusões tiveram efeitos pró-competitivos em muitas situações – por atuarem na abertura e expansão de mercados anteriormente dominados por estruturas nacionais entrincheiradas – a continuada intensificação dessa prática acarreta a preocupação com o surgimento de estruturas dominantes globais (BUDZINSKI, 2008, p. 22).

Do ponto de vista dos países em desenvolvimento, igualmente, identificam-se ambiguidades. Por um lado, aponta-se que as fusões internacionais representam uma importante fonte de investimentos estrangeiros diretos (SOKOL, 2007, p. 59) e transferência de tecnologia para esses países, gerando economias de escala na produção, pesquisa, desenvolvimento e publicidade e, portanto, ampliando a competitividade de empresas locais, além da geração de empregos e arrecadação tributária. Por outro, Kim Do (2010, p. 141) aponta as seguintes preocupações: a análise de fusões recentes indica que as empresas

multinacionais tendem a priorizar a concentração de investimentos em pesquisa e desenvolvimento em seu país de origem, com reduzidos ganhos de eficiência nas empresas situadas nos países em desenvolvimento; dificuldades em controlar os preços de transferência entre estabelecimentos domésticos e estrangeiros; e as consequências econômicas e políticas da posição dominante obtida por empresas multinacionais, como a adoção de práticas exclusionárias e uso do poder de barganha (como a ameaça de retirada de investimentos) para constranger o poder regulatório dos países¹⁹.

Por fim, observa-se uma tendência de aumento na ocorrência de práticas exclusionárias cujos efeitos atravessam diferentes jurisdições (BUDZINSKI, 2008, p. 18). Quanto aos países em desenvolvimento, observa-se que os impactos de práticas exclusionárias podem ser ainda mais preocupantes para suas economias que para os países desenvolvidos (BRUSICK; EVENETT, 2008, p. 271).

A emergência dessas práticas internacionais levanta uma série de preocupações relacionadas à existência – e ao conteúdo – de políticas de defesa da concorrência ao redor do mundo.

A inexistência de uma política efetiva de controle de práticas anticompetitivas em alguns países – seja em razão de inexistência de previsão legal, ou em razão de problemas de acesso a informação sensível, orçamento e expertise das autoridades antitruste desses países (DO, 2010, p. 137) – pode inviabilizar o controle da prática também em nações com sistemas antitruste já razoavelmente estabelecidos, por permitir que as vantagens auferidas em algumas jurisdições subsidiem eventuais condenações sofridas em outras. No caso dos cartéis internacionais, por exemplo, é possível que os participantes do cartel consigam compensar o prejuízo de eventuais condenações, sofridas em países que condenam a prática, com os lucros auferidos nos países em que a prática não é condenada (LEVENSTEIN; SUSLOW, 2004, p. 801). Com isso, o combate a cartéis internacionais em todo o mundo é prejudicado, já que a prática passa a ser economicamente sustentável.

Entre jurisdições com sistemas de defesa da concorrência já estabelecidos, outros problemas comparecem. Uma estratégia legislativa comum para controle das práticas internacionais, por esses países, é a aplicação extraterritorial da lei de defesa da concorrência.

Tendo-se em vista a adoção da “teoria dos efeitos” para a aplicação extraterritorial da legislação concorrencial na maioria dos países – segundo a qual uma prática será punida independentemente de sua localização geográfica, desde que gere efeitos anticompetitivos na

¹⁹ A autora cita o exemplo da Tailândia, em que as empresas multinacionais ameaçaram retirar seus investimentos do país em caso de aplicação de legislação ambiental.

jurisdição em questão – há a possibilidade de que uma prática encontre-se sujeita a diversas jurisdições, simultaneamente. Com isso, elevam-se os riscos de resultados contraditórios (BUDZINSKI, 2008, p. 40).

No caso das fusões internacionais, por exemplo, é possível que uma determinada fusão gere efeitos econômicos negativos em um determinado mercado nacional, mas seja considerada benéfica em outras nações; há o risco de aprovação sob uma jurisdição e rejeição sob outra, ou da imposição de remédios incoerentes. Dada essa ambiguidade de efeitos, elevam-se os custos de transação relacionados a sua implementação ao longo de todas as jurisdições potencialmente afetadas (BUDZINSKI, 2008, p. 41).

O caso das práticas unilaterais é ainda mais complicado, sob esse ponto de vista: a caracterização de sua deseabilidade – se geram efeitos pró-competitivos ou anticompetitivos – é bastante controversa na teoria concorrencial, o que torna ainda mais provável a ocorrência de decisões conflitantes em diferentes jurisdições (SOKOL, 2007, p. 65). Mesmo entre jurisdições desenvolvidas, o conflito é bastante marcado, a notar pela disparidade de decisões entre Estados Unidos e União Europeia em casos paradigmáticos de abuso de posição dominante, como o *Microsoft* (FOX, 2006, p. 735).

A aplicação extraterritorial da lei enfrenta, também, obstáculos relacionados à obtenção de evidências e implementação das decisões obtidas, já que as práticas não se encontram localizadas no território do órgão que proferiu a decisão. Por essa razão, países com mercados domésticos mais importantes – e que possuam, por exemplo, mais ativos das empresas envolvidas na prática anticompetitiva em seu território, ou despertem mais interesse no acesso a seus mercados e, portanto, no *compliance* – acabam por ter mais sucesso nessa empreitada: esse argumento explica a existência, correntemente, de uma espécie de “duopólio” entre Estados Unidos e União Europeia na aplicação da legislação antitruste em mercados globais, com participação apenas marginal de algumas jurisdições emergentes, revelando uma assimetria de poder na aplicação extraterritorial da lei (BUDZINSKI, 2008, p. 38).

Dessa disparidade, resulta o risco de a aplicação extraterritorial da legislação antitruste ser parcial, por considerar apenas os efeitos econômicos no mercado doméstico da jurisdição em questão, e não seu impacto global: é possível que determinada fusão seja positiva, sob o ponto de vista global, mas gere prejuízos locais, ou vice versa; essa questão dificulta a identificação da solução ótima para todas as jurisdições (SOKOL, 2007, p. 61).

Essa assimetria de poder na aplicação extraterritorial da legislação antitruste tende a impactar negativamente países em desenvolvimento: como estes, tipicamente, possuem

limitado poder de investigação e implementação de suas decisões, seu escopo de ação é restrito em face de práticas que gerem prejuízos a seus mercados internos mas, ao mesmo tempo, sejam consideradas positivas para as jurisdições dos países desenvolvidos (BUDZINSKI, 2008, p. 39).

Nesse contexto, também geram discussão as oportunidades de aplicação estratégica da legislação concorrencial, através de isenções antitruste (como a correntemente fornecida a cartéis de exportação), da aplicação seletiva da lei, em prol de determinados grupos de empresas nacionais ou estrangeiras, em detrimento de outras, ou quaisquer outras estratégias de elevação do bem-estar econômico nacional em detrimento do bem-estar econômico internacional (FOX, 2000, p. 1.795).

As iniciativas de convergência no antitruste têm-se processado tanto por meio de instrumentos tradicionais – como no âmbito de organizações internacionais e tratados regionais ou bilaterais – como através de instituições de *soft law*.

2.1 Iniciativas no âmbito de organizações internacionais

As primeiras tentativas de implementação de uma política internacional de defesa da concorrência não são recentes.

A Carta de Havana (1948), que representou o documento final das negociações com vistas à fundação da Organização Internacional do Comércio (OIC), incluía, em seu Capítulo V, a previsão de uma política geral de combate a práticas empresariais restritivas à concorrência, de monopolização ou restrição do acesso a mercados, incluindo cartéis, abuso de direitos de propriedade intelectual, práticas discriminatórias, dentre outras (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT, 1948, p. 63). A implementação da OIC veio a fracassar alguns anos depois, e o comércio internacional permaneceu sendo regulado em torno do Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT), de 1947. O GATT não possuía disposições relativas à defesa da concorrência, e tentativas de acordo internacional sobre o tema, nos anos subsequentes, não foram bem-sucedidas (UTTON, 2006, p. 107).

No âmbito da OMC, muito embora alguns acordos firmados sob a Rodada do Uruguai possuam disposições relacionadas a práticas restritivas – como no Acordo Geral sobre Comércio de Serviços (GATS) e no Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS) – elas são limitadas a contextos específicos relacionados ao comércio internacional, sendo implementadas tão-somente em referência às

legislações concorrenciais nacionais vigentes (UTTON, 2006, p. 111). Temas como o tratamento a cartéis, fusões e abuso de posição dominante, de modo geral, permaneceram externos aos acordos firmados na Rodada do Uruguai (UTTON, 2006, p. 111).

Nas décadas que se seguiram, identificam-se algumas iniciativas no sentido da implementação de um sistema internacional de defesa da concorrência, sem sucesso. Já na década de 1990, uma minuta de Código Antitruste Internacional foi apresentado por um conjunto de acadêmicos intitulado Grupo de Munique (FIKENTSCHER, 1996). Embora o Código não tenha sido levado adiante, tendo sido objeto de diversas críticas – inclusive em razão de sua visão sobre as finalidades do antitruste (FIKENTSCHER, 1996) – sua apresentação revigorou as discussões acerca da inclusão de regras de defesa da concorrência no âmbito da OMC (BUDZINSKI, 2008, p. 137).

Em 1996, por iniciativa da União Europeia, a Conferência Ministerial de Cingapura da OMC decidiu incluir, no âmbito das iniciativas denominadas “questões de Cingapura”²⁰, a instituição de um Grupo de Trabalho para análise da interação entre concorrência e comércio internacional. As discussões prosseguiram até que – após severas discordâncias sobre questões da relação entre antitruste e acesso ao mercado (SOKOL, 2007, p. 51) – o escopo do Grupo de Trabalho foi reduzido, na Declaração de Doha de 2001, a pontos de menor controvérsia, afastando-se progressivamente de uma abordagem universalista que impusesse regras idênticas a todos países signatários, ou previsse a criação de uma autoridade antitruste global (WOOLCOCK, 2003, p. 253). Além de questões procedimentais e institucionais, o único item substantivo mantido foi o combate a cartéis “puros”. Ainda assim, mantiveram-se intensas divergências, de modo que, em 2003, o Grupo de Trabalho já havia decidido pela inviabilidade de regras vinculantes para o antitruste internacional e, na Conferência de Cancún, do mesmo ano, OMC decidiu retirar o antitruste de sua agenda (SOKOL, 2007, p. 51).

Um elemento de destaque sobre essa iniciativa de inclusão da pauta antitruste na OMC – que contou com a liderança da Comunidade Europeia, e já sofria, desde o princípio, a oposição dos Estados Unidos da América (BUDZINSKI, 2008, p. 138) – é que ela foi objeto de marcada rejeição, também, por parte de muitos países em desenvolvimento.

A rejeição à pauta antitruste pelos países em desenvolvimento, em primeiro lugar, deve ser compreendida em um contexto mais amplo, de rejeição às Questões de Cingapura

²⁰ Além da defesa da concorrência, as questões de Cingapura incluíam questões de investimentos estrangeiros, transparências em compras públicas e facilitação do comércio.

como um todo²¹. As principais divergências entre países desenvolvidos e países em desenvolvimento, quanto às Questões, giraram em torno de outros temas, como o acesso de mercado para produtos agrícolas (BUDZINSKI, 2008, p. 138). A questão antitruste constituiu uma controvérsia secundária, tendo sua viabilidade prejudicada também pelo fato de ter sido vinculada ao grupo das demais Questões, que foram apresentadas como um “pacote” fechado a se “pegar ou largar”, até momentos antes do encerramento das negociações (STEWART, 2004, p. 7).

Não obstante esse elemento contextual, o conteúdo da proposta também foi objeto de rejeição específica por parte de alguns países em desenvolvimento. Embora a proposta final apresentada em Cancún, como visto, tenha tido seu escopo bastante reduzido ao longo das discussões do Grupo de Trabalho, a oposição dos países em desenvolvimento baseou-se nos seguintes aspectos:

- a) resistência à obrigação de incorrer em consideráveis custos administrativos e políticos para implementação de uma legislação cujos efeitos não sejam necessariamente prioritários para esses países, acompanhado do risco de o insucesso nessa empreitada – em razão de qualquer uma das diversas variáveis intervenientes nesse processo – resultar em sanções comerciais no âmbito da OMC (DREXL, 2004, p. 436);
- b) preocupação com as repercussões da adoção do princípio da não-discriminação – segundo o qual a legislação antitruste nacional não poderia conferir tratamento discriminatório com base no país de origem da empresa – na redução do escopo de políticas industriais disponíveis para a promoção da competitividade internacional de empresas domésticas (BUDZINSKI, 2008, p. 137; DREXL, 2004, p. 436), além dos custos envolvidos na demonstração factual de que, em cada caso concreto perante à autoridade antitruste, produtores nacionais não estariam sendo favorecidos em detrimento de empresas estrangeiras (WOOLCOCK, 2003, p. 253);
- c) custos envolvidos na implementação de medidas de transparência (WOOLCOCK, 2003, p. 252).

A posição dos países em desenvolvimento é marcante quando se leva em consideração o fato de que eles são grandes interessados no fortalecimento de um combate internacional às

²¹ Identificando diversos problemas relacionados à intransigência, por parte dos países desenvolvidos, na condução das negociações, dentre outros problemas, cf. Stewart (2004).

práticas anticompetitivas (DO, 2010). Muito embora o conteúdo da proposta final não tenha abordado diretamente questões mais profundas – como a convergência no entendimento sobre as finalidades do antitruste – a tomada de posição dos países em desenvolvimento, quanto às Questões de Cingapura, foi o mote para uma discussão mais aprofundada sobre a necessidade e formato de uma política de defesa da concorrência em nações com diferentes níveis de desenvolvimento, questão que também constituiu um importante ponto de divergência no âmbito do Grupo de Trabalho²² (WOOLCOCK, 2003, p. 253).

Após o insucesso dessa empreitada, não se identificaram iniciativas relevantes de inclusão de regras concorrenciais vinculantes no âmbito da Organização Mundial do Comércio (MARQUIS, 2015, p. 170). Isso não quer dizer, contudo, que tentativas de convergência da política antitruste ao redor do mundo deixaram de se processar por outros mecanismos.

Um desses meios é a inserção de disposições concorrenciais em tratados bilaterais e regionais, cujo conteúdo pode incorporar desde a cooperação técnica e a troca de informações até a aplicação da política por um órgão supranacional (como no caso da União Europeia), mas que geralmente possuem escopo muito limitado e não-vinculante (MARQUIS, 2015, p. 174 et seq.).

2.2 Convergência por meio da “soft-law”

Diante da dificuldade em estabelecimento de regras internacionais vinculantes para o direito da concorrência, a convergência tem sido, de modo mais importante, processada por iniciativas de *soft law* (ou “quase-direito”): regras não-vinculantes, como recomendações, guias e padrões, no âmbito de instituições (formais e informais) como a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), Organização das Nações Unidas (ONU)

²² Bakhoun analisa o sentido dessa recusa pelos países em desenvolvimento foi mais defensivo, sem que tenha havido uma proposta clara de alternativa à proposta em discussão: “Como pode ser visto, preocupações desenvolvimentistas e uma estrutura internacional de concorrência que leva em conta suas necessidades de desenvolvimento foram a justificativa subjacente à sua oposição. Nesse ponto, contudo, os países em desenvolvimento, sob a liderança da Índia, meramente se opõem à proposta da UE com o fundamento de suas preocupações de desenvolvimento mas sem claramente formular como uma estrutura internacional de legislação concorrencial poderia ajudá-los a alcançar suas metas de desenvolvimento”. O autor destaca, contudo, que, essa recusa foi o ponto de partida para um fortalecimento dos debates acerca desse tema: “Questionando o cabimento da agenda da UE às suas preocupações de desenvolvimento, embora limitada no nível internacional, é um ponto de partida da progressiva emergência de uma nova abordagem de antitruste que não meramente segue os modelos da UE ou dos EUA” (BAKHOUM, 2011, p. 512, tradução livre).

e a International Competition Network (ICN)²³.

A OCDE, já em 1961, criou o “Committee on Competition Law and Policy”, ou Comitê em Legislação e Política da Concorrência (CLP), com objetivo de promover, entre os países-membros, maior cooperação em questões de direito concorrencial e atuar na solução de problemas para a harmonização da política antitruste internacional (UTTON, 2006, p. 109). O Comitê, que passou a se organizar a partir de 2001 em torno do “Global Forum on Competition” (Fórum Global da Concorrência), foca sua atuação, atualmente, na produção de Recomendações sobre temas diversos – como a recomendação acerca da cooperação internacional em defesa da concorrência, cuja primeira versão data de 1967 e a última revisão foi publicada em 2014 – além da promoção de Revisões pelos Pares de legislações nacionais e de Mesas-Redondas entre representantes de países acerca de questões de interesse internacional (BUDZINSKI, 2008, p. 142).

A participação na OCDE é franqueada aos 35 países membros²⁴, havendo países considerados “parceiros-chave” (como o Brasil, China, Índia, Indonésia e África do Sul) e países observadores. Dado o fato de que a maioria dos membros da OCDE constituem países desenvolvidos, que têm o poder de determinar as prioridades da entidade, Sokol (2007) critica o Organização por se tratar “essencialmente [de] um clube dos países desenvolvidos, que definem a agenda da organização” (SOKOL, 2007, p. 48)²⁵, o que contribui para uma menor adesão de suas recomendações por parte dos países em desenvolvimento. De todo modo, os documentos produzidos no âmbito da OCDE constituem padrões bastante utilizados na análise de questões concorrenciais e, embora não-vinculantes, possuem influência considerável na conformação de sistemas de cooperação bilateral em matéria concorrencial; nas demais áreas, contudo, observa-se que a implementação das recomendações da entidade pelos países-membros é bastante limitada (SOKOL, 2007, p. 48; UTTON, 2006, p. 109).

Outro fórum importante é a Organização das Nações Unidas, especificamente a

²³ O conceito de *soft law* é entendido em contraposição ao de *hard law*: Abbott e Snidal (2009, p. 421) definem a *hard law* como regras (1) dotadas de caráter vinculante, (2) estabelecidas com precisão e que (3) atribuem competência a um órgão para interpretação e aplicação de suas obrigações; constituem *soft law* os arranjos em que pelo menos um desses três elementos esteja ausente.

²⁴ São eles: Austrália, Áustria, Bélgica, Canadá, Chile, República Checa, Dinamarca, Estônia, Finlândia, França, Alemanha, Grécia, Hungria, Islândia, Irlanda, Israel, Itália, Japão, Coréia, Letônia, Luxemburgo, México, Holanda, Nova Zelândia, Noruega, Polónia, Portugal, República Eslovaca, Eslovénia, Espanha, Suécia, Suíça, Turquia, Reino Unido, Estados Unidos. Disponível em: <<http://www.oecd.org/about/membersandpartners/>>.

²⁵ No original, com o trecho completo: “Participation in the OECD is a function of its membership. Its members are antitrust regulators from OECD member and observer countries. The OECD accommodates participation by member countries with similar economic development and antitrust systems. It is essentially a club of developed countries, which set the antitrust agenda of the organization. The CLPC provides a forum for OECD members to come to understandings on international antitrust issues”.

Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD) que, em 1980, publicou o Conjunto de Princípios e Regras Multilateralmente Consentidos para o Controle de Práticas Empresariais Restritivas (“Conjunto”), contendo diretrizes para a adoção da política de defesa da concorrência (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2000b) e, no mesmo ano, publicou uma Lei-Modelo de Concorrência (UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT, 2000a), com sugestões de tratamento legal para cartéis, práticas unilaterais e controle de fusões.

Na condição de organização aberta a todos os países, a atuação da UNCTAD, em diversas ocasiões, foi pautada pela participação dos países em desenvolvimento, com vistas à verificação da interação entre defesa da concorrência e desenvolvimento econômico, bem como debatendo a necessidade de uma política concorrencial diferenciada para esses países (MITSCHKE, 2008, p. 41; SINGH, 2004).

Um dos marcos mais importantes de posicionamento dos países em desenvolvimento quanto à política internacional de defesa da concorrência ocorreu durante as negociações, no âmbito da UNCTAD, para formulação do Conjunto e da Lei-Modelo supra-mencionados, por parte do “Grupo dos 77”, ampla coalizão de países em desenvolvimento – incluindo o Brasil – formada ao final da Primeira Sessão da UNCTAD em 1964.

O “Grupo dos 77” orientava-se ao objetivo de fundação de uma “Nova Ordem Econômica Internacional”, constituindo uma reação do então “Terceiro Mundo” à conjuntura política e econômica vigente – caracterizada, na visão do grupo, por trocas internacionais desiguais, obstáculos estruturais para desenvolvimento da economia doméstica, agravamento da pobreza, alto endividamento público e crescimento econômico reduzido nesses países (GROUP OF 77, 1967, p. 1). O programa do Grupo dos 77 era amplo e abordava diversos itens do comércio internacional, como a política industrial, tarifária, monetária, ambiental, transferência de tecnologia, segurança alimentar, propriedade dos recursos naturais e empresas transnacionais (HAIGHT, 1975, p. 592).

No tocante às práticas empresariais restritivas, as propostas do Grupo de 77 se alinhavam ao propósito de ampliar o controle dos países em desenvolvimento sobre suas economias, promovendo o desenvolvimento da indústria nacional e restringindo a atuação das empresas transnacionais. Observa Oesterle que, na visão do Grupo, o extenso poder de mercado detido pelas empresas transnacionais lhes garantia a aptidão de extrair riqueza dos países em desenvolvimento – por sub-remunerarem recursos naturais e trabalho e, simultaneamente, cobrarem altos preços pelos produtos acabados – além do extenso controle

sobre a organização econômica desses países, bem como a detenção de tecnologias que perpetuavam a divisão internacional do trabalho (OESTERLE, 1981, p. 16).

Essa visão traduziu-se em uma proposta de política internacional de defesa da concorrência orientada, primordialmente, ao controle de práticas restritivas de empresas transnacionais – com maior tolerância às práticas das indústrias domésticas dos países em desenvolvimento, com vistas à sua maturação e ao aumento de sua participação no comércio internacional (SOKOL, 2007, p. 48) – aplicada de maneira uniforme entre os países (para evitar fuga de capital dos países adotantes da lei para os não-adotantes) e com comprometimento dos países desenvolvidos no controle de condutas de empresas transnacionais que prejudiquem os países em desenvolvimento (OESTERLE, 1981, p. 19).

Na conclusão dessas negociações, o Conjunto e a Lei-Modelo não representaram a visão do Grupo dos 77, e Sokol (2007) analisa que o consenso foi obtido graças à adoção de disposições não-vinculantes e vagas que, em razão da pressão dos EUA, não articularam uma visão sobre o antitruste internacional, focando na política doméstica (SOKOL, 2007, p. 48). O Conjunto e a Lei-Modelo tiveram influência muito limitada no desenvolvimento do antitruste (BUDZINSKI, 2008, p. 142; UTTON, 2006, p. 108).

A iniciativa de convergência que assumiu a dianteira, nesse processo, foi a Rede Internacional de Concorrência (International Competition Network – ICN).

A fundação da ICN representa a concretização da visão dos Estados Unidos da América para antitruste internacional. Havendo sido tradicionalmente refratários à perda de soberania em questões concorrenciais, os EUA decidiram focar sua atuação em medidas de convergência por meio de *soft law* e da assistência técnica²⁶ (BUDZINSKI, 2008, p. 143).

Em 1997, a Procuradoria-Geral de Justiça dos EUA fundou o grupo de trabalho denominado Comitê Consultivo em Política de Concorrência Internacional (International Competition Policy Advisory Committee – ICPAC), cujo Relatório Final, publicado em 2000, concluiu pela inaptidão da OMC para atuar como ambiente natural para resolução das questões concorrenciais mais amplas, e opinou pela criação, em paralelo, de uma Iniciativa Global de Concorrência (Global Competition Initiative – GCI): uma organização, com participação aberta também para ONGs e o setor privado, em que os governos envolvidos

²⁶ Observa Slaughter: “Os Estados Unidos historicamente favoreceu a lógica da rede precisamente porque diferiu substancialmente de muitos outros países, incluindo algum de seus mais importantes parceiros comerciais, sobre a necessidade e conteúdo de uma política antitruste vigorosa, e, então, tinha muito mais a perder em negociações multilaterais” (SLAUGHTER, 2004b, p. 296). No mesmo sentido, Marquis: “A busca e desenvolvimento de uma nova iniciativa global foi na verdade a busca por uma iniciativa global americana, e uma resposta estratégica à tentativa europeia de promover governança supranacional no antitruste global” (MARQUIS, 2015, p. 173, tradução livre).

possam dialogar em prol de promover maior convergência na legislação concorrencial ao redor do mundo (UNITED STATES OF AMERICA, 2000, p. 284).

A ideia da Iniciativa Global de Concorrência desenvolveu-se rapidamente e, em outubro de 2001, fundou-se a International Competition Network, com a adesão inicial de autoridades antitruste de 13 países, além da União Europeia²⁷. A inclusão da UE deveu-se ao fato de que, com a paralisação no âmbito da OMC, o bloco passou a também focar seus esforços na ICN (BUDZINSKI, 2008, p. 143)²⁸.

A ICN – que hoje conta com mais de 100 autoridades entre seus membros – funciona como uma rede “virtual”, por não possuir um corpo permanente – seus órgãos são ocupados por autoridades-membro, em rodízio – e não ser baseada em um tratado internacional. Seu objetivo é funcionar como uma rede de cooperação voluntária entre seus membros (autoridades de defesa da concorrência), com participação também franqueada a representantes dos órgãos internacionais e consultores não-governamentais (representantes do setor privado), tendo em vista a troca de informações e o trabalho pelo consenso quanto a questões metodológicas, procedimentais e substanciais (FOX, 2009, p. 160).

O trabalho na ICN organiza-se em torno de projetos específicos, e, muitas vezes, tem como objetivo a expedição de guias e recomendações consensuais de melhores práticas para a defesa da concorrência. A adesão aos guias e recomendações é voluntária, mas o fato de constituírem um padrão de excelência – a partir do qual a eficiência da autoridade concorrencial pode ser aferida – traduz-se em um importante estímulo para sua incorporação²⁹.

De todo modo, o sucesso na criação de uma *cultura comum de concorrência* (BUDZINSKI, 2012, p. 15) é considerado um passo fundamental a qualquer tentativa futura

²⁷ Os países foram Austrália, Canadá, Estados Unidos, União Europeia, França, Alemanha, Israel, Itália, Japão, Coreia do Sul, México, África do Sul, Reino Unido e Zâmbia.

²⁸ Sokol, sobre essa mudança de instância, observa: “Os Estados Unidos estavam infelizes com a OMC enquanto escolha institucional para o antitruste internacional. Eles, então, criaram a ICN como uma casa institucional para a agenda antitruste formulada nos Estados Unidos. À medida que a União Europeia observou que o consenso não era possível na OMC, também moveu seus esforços para a ICN naquelas questões em que o consenso pôde ser obtido” (SOKOL, 2007, p. 52, tradução livre).

²⁹ Budzinski analisa: “Conformação a essas recomendações e guias de melhores práticas desenvolvidas consensualmente e adotadas (em conferências anuais) é completamente voluntária. Não obstante, convergência de políticas concorrenciais nacionais e regionais, primariamente relacionadas a questões procedimentais – mas em longo prazo também relacionadas a questões substantivas – estão na agenda. Pressão pelos pares através da publicação e transparência de práticas antitruste superiores que foram consensualmente reconhecidas como superiores, deve promover uma ampla adoção das recomendações de melhores práticas da ICN pelas autoridades membro” (BUDZINSKI, 2008, p. 144, tradução livre).

de convergência através de estruturas internacionais vinculantes³⁰.

O caráter informal e voluntário da ICN é apontado como uma das razões de seu sucesso e amplitude de atuação efetiva, de modo que o órgão vem se alçando como o fórum dominante para iniciativas de convergência no direito concorrencial (MARQUIS, 2015, p. 160). Embora as primeiras iniciativas tenham se pautado em questões procedimentais e substantivas menos controversas – como a harmonização de procedimentos de análise de fusão, os resultados são considerados amplamente satisfatórios (DJELIC; KLEINER, 2006, p. 300) – o trabalho passa a se voltar para questões mais polêmicas (FOX, 2009, p. 163). Um exemplo é o Grupo de Trabalho em práticas unilaterais, fundado em 2006 e ainda em operação, cujo objetivo é promover a convergência e expedir recomendações de melhores práticas no tratamento desse tipo de conduta.

A participação do Brasil no âmbito da ICN tem sido bastante ativa, tendo o país, inclusive, sediado a 11ª Conferência Anual do órgão, em 2012 (SILVEIRA; OLIVEIRA, 2013, p. 9).

A existência de instâncias informais de produção de *soft law* no direito internacional, em paralelo às instituições formais – i.e., organizações formadas através de contratos entre Estados – é um fenômeno que se vem intensificando nos últimos anos (WESSEL, 2014, p. 6), como estratégia para solução do travamento das negociações, em diversas matérias, observado no âmbito de organizações internacionais (HALE; HELD, 2012, p. 170). Instituições como a ICN configuram uma instância informal transgovernamental: embora franqueada a participação do setor privado, os Estados permanecem no centro das atividades; a cooperação, contudo, ocorre entre reguladores nacionais (técnicos), ao invés de diplomatas (HALE; HELD, 2012, p. 171).

Essa mudança de eixo – dos representantes políticos para os técnicos – causa algumas perplexidades ao entendimento tradicional sobre a legitimidade política de iniciativas internacionais. Se, por princípio, as recomendações obtidas no âmbito de órgãos como a ICN não são vinculantes, é possível conceber que tenham influência na atuação dos reguladores nacionais, em instâncias como a interpretação da lei posta ou a seleção das prioridades de

³⁰ Sobre a convergência por meio da “cultura comum”, dissertam Djelic e Kleiner: “Uma vez que uma base comum de princípios foi estabilizada e cristalizada – uma vez que, em outras palavras, o estágio de profunda ‘comunhão’ filosófica é atingida – padrões homogêneos, normas e práticas devem-se seguir tanto mais naturalmente e facilmente. A ligação entre criar regras e seguir regras nesse tipo de cenário é o mecanismo de socialização especialmente com processos associados de ‘identificar e envergonhar’ [...]. O impacto desse tipo de mecanismo pode vir devagar. Mas, em longo prazo, ele pode ser mais adequado que a pressão externa ou coerção por trazer efetiva homogeneização e coordenação de padrões e práticas” (DJELIC; KLEINER, 2006, p. 305, tradução livre).

aplicação da lei diante de orçamentos limitados (foco em determinado tipo de conduta, por exemplo). Se isso é verdade – o material produzido no âmbito da ICN tem influência efetiva na aplicação do direito concorrencial nos países membros – surgem preocupações sobre a legitimidade política de um conteúdo normativo produzido por técnicos, ao invés de representantes políticos formais. Sobre instituições transnacionais em geral, Hale e Held (2012, p. 178) avaliam que algumas instituições transnacionais possuem vantagens, em termos de potencial de amenizar o “déficit democrático” de deliberações internacionais, por incluírem, em suas discussões, representantes dos diversos grupos de interesse envolvidos. Por outro lado, os autores ponderam que a transferência do poder de decisão para tecnocratas ou agentes privados, em lugar de representantes políticos tradicionais, levanta preocupações de legitimidade política³¹.

Slaughter (2004a) relata também que redes informais de cooperação são criticadas pelo fato de que, em face da desigualdade global, esses arranjos tecnocráticos privilegiam as nações de que se origina o saber técnico: “transferir a autoridade para tecnocratas significa privilegiar as visões daquelas nações que *possuem* tecnocratas – inevitavelmente, as nações mais desenvolvidas”³² (SLAUGHTER, 2004a, p. 221, tradução livre).

Quanto a esse ponto, Djelic e Kleiner (2006) observam que, a despeito do caráter horizontal da estrutura da ICN, os processos deliberativos refletem disparidades de poder, recursos e tradição antitruste entre os países participantes, com primazia da visão antitruste dos Estados Unidos da América³³: “a posição proeminente dos autoridades antitruste e firmas de advocacia dos EUA na ICN sugere que é improvável que o ‘Evangelho’ da concorrência de

³¹ Observam os autores: “Algumas instituições inovadoras transferem a autoridade de tomada de decisões de representantes políticos formais para atores privados, tecnocratas, ou ambos. Tal delegação é, claro, uma característica comum de qualquer Estado-Nação moderno que precisa enfrentar desafios complexos (pense nos bancos centrais ou comissões científicas) e não é tão problemática por si. Uma diferença crucial, contudo, é que no nível doméstico um governo que pelo menos nominalmente representa a sociedade como um todo tem a responsabilidade final por todas as decisões de governança, e frequentemente intervém quando necessário. Tal garantia última não existe para instituições transfronteiras, embora Estados individuais possam, é claro, escolher a extensão em que participam nessas instituições em primeiro lugar” (HALE; HELD, 2012, p. 178, tradução livre, referências do autor omitidas).

³² No original, com o trecho completo: “Again, concerns about inequalities of power are a critical part of this equation; shifting authority to technocrats means privileging the views of those nations that have technocrats — inevitably the most developed nations”.

³³ A análise de Buch-Hansen e Wigger é marcante, a esse respeito: “A ICN constituiu o meio perfeito de difusão de normas comuns e padrões procedimentais, permitindo que as autoridades concorrenciais dos EUA e UE assumissem o papel de ‘chefes da socialização’. [...] Assim, em vez de ser uma rede horizontal de iguais, a ICN incorporou desigualdades de poder estrutural mais amplas. Isso é também refletido no uso de linguagem similar àquela usada no campo de auxílio ao desenvolvimento, incluindo noções de ‘construção de capacidades’, ‘assistência técnica’, ‘advocacia de política pública’ e a recomendação de ‘catálogos de melhores práticas’ [...] – todas noções que sugerem uma agência doadora ajudando uma agência jovem, inexperiente, em impôr estruturas institucionais para regular a concorrência. A direção da convergência é de natureza neoliberal de modo inerente” (BUCH-HANSEN; WIGGER, 2011, p. 134, tradução livre).

lá divirja demais do dogma antitruste dos EUA”³⁴ (DJELIC; KLEINER, 2006, p. 305).

É certo que essa preocupação é válida quando se trata do direito da concorrência, haja vista a profunda carga ideológica que subjaz questões aparentemente técnicas, nessa área³⁵. Tais diferenças ideológicas são, inclusive, uma das razões do fracasso de muitas iniciativas no âmbito de outros órgãos, fracasso que também explica a própria criação da ICN enquanto rede informal.

Esse tipo de preocupação não é apto a, por si só, descreditar as iniciativas no âmbito da ICN, especialmente tendo em vista o caráter não-vinculante de suas recomendações. É importante, contudo, cautela, por parte das autoridades antitruste, na ocasião de incorporar tais recomendações a sua política de aplicação e interpretação da legislação doméstica: arranjos tecnocráticos necessitam respeitar as escolhas políticas já consagradas no ordenamento jurídico pátrio. Além disso, Slaughter (2004a, p. 259), analisando as redes cooperativas de modo geral, aponta como possíveis soluções para esse problema: transparência das atividades, inclusão de pontos de vista diversos, inclusão do Legislativo em redes de cooperação, igualdade deliberativa e a estipulação de regimes gerais de governança que garantam que as atividades dessas redes mantenham *accountability* democrático.

2.3 O conteúdo da convergência: isomorfismo e harmonização substancial

Uma categoria importante de análise, para compreender a convergência das instituições antitruste, é o *isomorfismo*. Poli (2015) define o isomorfismo como o processo por meio do qual uma instituição tende a emular estruturas, rotinas e valores de outra instituição semelhante, o que pode acontecer em três contextos, não excludentes: coercitivo, mimético e normativo (POLI, 2015, p. 69-72).

A dimensão coercitiva do isomorfismo refere-se à situação em que uma instituição exerce pressão formal ou informal sobre a outra, para conformação a seus padrões culturais ou ideológicos. Essa dimensão é menos evidente no caso do direito concorrencial brasileiro. Embora haja, na História, exemplos de imposição coercitiva de legislação antitruste (como na Alemanha e Japão no Pós-Guerra), outros mecanismos de pressão informal, menos drásticos,

³⁴ No original: “The prominent position in the ICN of US antitrust authorities and of US law firms implies that the competition ‘gospel’ is there unlikely to diverge too much from US antitrust dogma”.

³⁵ Cf. Bakhoum: “Dependendo do ponto de vista pelo qual a legislação concorrencial é analisada, a ICN pode ser retratada como um anjo, trabalhando pela convergência na prática da legislação concorrencial, ou o demônio, uma ferramenta usada por jurisdições avançadas para ditar seus princípios de legislação concorrencial para países em desenvolvimento. Países em desenvolvimento, por diversas razões, não são nada influentes dentro da ICN” (BAKHOUM, 2011, p. 534, tradução livre).

são mais efetivos. Como exemplo mais aplicável ao caso dos países em desenvolvimento, como o Brasil, a inserção da defesa da concorrência como requisito de condicionalidade para novos empréstimos do Banco Mundial é um exemplo eloqüente (POLI, 2015, p. 156).

A dimensão mimética refere-se à tendência, por parte de uma instituição, a imitar caminhos já bem-sucedidos de outras instituições, em cenários de incerteza. É compreensível que nos países em desenvolvimento, como o Brasil, em que a defesa da concorrência foi implementada “de fora para dentro” – sem, portanto, uma tradição consolidada com relação ao tema na comunidade jurídica pátria – o recurso a precedentes e teoria estrangeiros constituam importante forma de legitimação das decisões.

Já o isomorfismo normativo refere-se à profissionalização dos tomadores de decisão, em instituições universitárias ou redes profissionais³⁶, com vistas à criação de uma formação comum, homogeneizando as visões sobre problemas e suas respectivas soluções³⁷.

Ainda quanto à profissionalização, Poli (2015) analisa que a ICN e a OCDE têm servido como rede de troca de informações e promoção de isomorfismo normativo (POLI, 2015, p. 71), com influência na recente reforma legislativa brasileira³⁸.

Entre esses três mecanismos de promoção do isomorfismo, Poli (2015) destaca que as

³⁶ Sobre o poder das redes profissionais em promover isomorfismo, observa Wigger: “Coalisões de militância ou redes transnacionais, similarmente a comunidades epistêmicas, por sua vez, são frequentemente conceituadas como sendo fundadas em ‘conhecimento consensual’ e/ou comprometidas a produzir ‘conhecimento codificado e profissionalmente constituído’, enquanto compartilhando um conjunto comum de crenças normativas e causais, incluindo uma crença em relações de causa-e-efeito e uma pretensão de autoridade em como esse conhecimento relevante à política pública precisa ser aplicado” (WIGGER, 2009, p. 257, tradução livre).

³⁷ Cf. Poli: “Profissionalização, por sua vez, torna-se uma forma de isomorfismo organizacional por meio de universidades e redes profissionais. De um lado, a educação formal permite que os indivíduos compartilhem um corpo de conhecimento específico, tornar-se parte de um grupo profissional específico e entender coisas em referência a conceitos similares. Por outro, a criação de redes profissionais permite que modelos sejam difundidos muito rapidamente porque seus membros compartilham os mesmos quadros de referência relativamente aos meios para resolver uma situação problemática” (POLI, 2015, p. 70, tradução livre). Quanto à dimensão da profissionalização dos técnicos tomadores de decisão no Brasil, Timm analisa que a formação universitária dos economistas membros do CADE pode ser um fator de influência, embora não necessariamente decisivo, em sua adesão a precedentes estrangeiros: “[...] em razão da presença de economistas em seu corpo técnico (os quais frequentemente obtêm seus doutorados nos Estados Unidos), e em razão da especialização do CADE em legislação antitruste (em que os Estados Unidos desempenham um papel proeminente na teoria e prática), precedentes dos EUA (e Europeus, em menor medida) podem parecer altamente persuasivos; mesmo assim, o CADE não deixaria de julgar um caso adaptado ao mercado brasileiro (normalmente com menor concorrência que o mercado dos EUA)” (TIMM, 2011, p. 80, tradução livre).

³⁸ A autora atribui, às recomendações desses órgãos, um importante papel no desenho das reformas institucionais e substanciais promovidas por meio da Lei nº 12.529/2011: “Um resultado evidente do isomorfismo normativo é a recente Lei Antitruste Brasileira (Lei 12.529). Aprovada em Novembro de 2011, a Lei foi influenciada por melhores práticas neoliberais Pós-Chicago recomendadas por organizações internacionais como a ICN e a OCDE” (POLI, 2015, p. 157, tradução livre).

dimensões mimética e normativa têm maior proeminência³⁹. De fato, como visto, boa parte das iniciativas contemporâneas em prol da convergência da política internacional de defesa da concorrência vêm-se processando, como visto, através de mecanismos de construção de uma “cultura comum” (ou “alinhamento cognitivo”, nos termos de GERBER, 2014, p. 04) entre reguladores domésticos ao redor do mundo.

A meta, em longo prazo, para essas organizações, não é somente harmonizar aspectos procedimentais do antitruste entre os países envolvidos, mas obter uma harmonização dos padrões *substanciais* de análise (seu conteúdo)⁴⁰.

Construir um consenso em torno desses padrões de análise, contudo, implica em harmonização normativa do entendimento sobre a *finalidade* do direito concorrencial. Afinal, só é possível apurar a deseabilidade de determinada prática econômica, em cada caso concreto, a partir da compreensão do papel que o antitruste deve desempenhar em determinada sociedade.

Para esse objetivo, as iniciativas acima analisadas evidenciam uma disputa entre Estados Unidos e União Europeia para a liderança na convergência da política de defesa da concorrência ao redor do mundo⁴¹. Contemporaneamente, muito embora jurisdições de outros países tenham experimentado um crescimento em sua importância global, os pólos estadunidense e europeu seguem dominantes nesse processo (MARQUIS, 2015, p. 166).

Entre os países em desenvolvimento, verificar a adesão ao paradigma europeu ou estadunidense depende do nível de análise. Gal e Padilla (2010), analisando o que chamam de

³⁹ Sobre o BRICS, analisa Poli (2015): “A esse respeito, enquanto o papel da coerção e rivalidade econômica são fatores importantes ao definir a adoção de instituições antitruste específicas, eles não podem ser considerados os únicos fatores a explicar as mudanças institucionais do BRICS. Entre os diferentes mecanismos que contribuíram para um tipo de convergência institucionais entre o BRICS e o entendimento global do antitruste, os mecanismos miméticos e normativos comparecem como os mais significantes” (POLI, 2015, p. 157, tradução livre).

⁴⁰ Cf. Bakhoun: “Entretanto, quando a convergência vai além da proximidade de alguns princípios não-disputados e a substância da legislação concorrencial, especialmente para países em desenvolvimento, ela torna-se problemática. Definir e influenciar regras concorrenciais de seus Estados Membro parece ser para onde a ICN está se encaminhando. [...] Aquilo a que países em desenvolvimento e alguns países desenvolvidos se opuseram na OMC parece estar lentamente e desapercivelmente abrindo caminho pela ICN. Convergência dentro da ICN é obtida essencialmente por meio de soft law com as melhores práticas que membros são encorajados a implementar. Com uma força difusa e muito persuasiva, a soft law tende a se tornar hard law quando adotada” (BAKHOUM, 2011, p. 504, tradução livre).

⁴¹ Cf. Gerber: “Para muitos apoiadores dessa estratégia, um benefício adicional da convergência é que ela pode ser esperada a guiar os Estados em direção a um modelo ‘melhor’ de legislação concorrencial. Discussões de convergência e seus mecanismos são fortemente influenciados por presunções sobre o conteúdo do ponto de convergência em si. Avaliações do valor da convergência são inseparáveis de premissas e avaliações do ponto ao qual a convergência pode ser esperada a se mover – qual é seu ponto final ou meta” (GERBER, 2014, p. 7, tradução livre). Cf. também Fox, que observa, no mesmo sentido, que essa redução de diferenças tem uma direção definida pelos modelos dominantes no mundo: “Convergência sugere padrões universais, ou pelo menos normas universais aplicadas em modos comuns. A expressão ‘padrões universais’ normalmente se refere aos padrões dos Estados Unidos e Europa, que se tornaram os modelos dominante para o mundo” (FOX, 2007, p. 05, tradução livre).

“fenômeno do seguidor” – segundo o qual a defesa da concorrência, em um país, é modelada com base em um ordenamento jurídico estrangeiro – identificam dois níveis de comportamento de seguidor: o primeiro nível é o *transplante legislativo*, segundo o qual a legislação positiva e o desenho institucional de um país são “transplantados” para o ordenamento jurídico do país de destino, que ocorre no momento da formulação da lei; o segundo é o *transplante de interpretações* da lei, que ocorre permanentemente (GAL; PADILLA, 2010, p. 900). Nesse segundo tipo de transplante é que se insere a importação de teorias – acadêmicas e jurisprudenciais – estrangeiras acerca do conteúdo, limites e finalidades da legislação concorrencial, bem como entendimentos sobre as prioridades da política de aplicação da lei (*enforcement*).

No nível legislativo e do desenho institucional, é geralmente reconhecida a influência preponderante do modelo europeu na conformação dos sistemas de defesa da concorrência em vários países em desenvolvimento: o foco europeu em maior abertura dos mercados e preservação da rivalidade pareceu mais atraente a países em desenvolvimento, na formulação de suas próprias leis, do que um foco estrito em eficiência estática agregada (MARQUIS, 2015, p. 202; PEÑA, 2006, p. 739; POLI, 2015, p. 157). Ainda nesse nível, contudo, é também possível observar o transplante de importantes institutos do direito estadunidense, como o acordo de leniência (MARQUIS, 2015, p. 202). Esse tipo de transplante legislativo não caracteriza mera cópia, haja vista o fato de que – como se verá a seguir – os sistemas de defesa da concorrência em países em desenvolvimento, como o Brasil, incluem outros valores jurídicos – em nível legislativo e na ordem econômica constitucional – peculiares a suas jurisdições.

No nível da interpretação da lei, contudo, o que se observa é que a teoria antitruste estadunidense – especificamente, a análise econômica do direito antitruste nos moldes da Escola de Chicago – vem ganhando terreno e assumindo uma posição hegemônica entre teóricos e aplicadores do direito concorrencial ao redor do mundo⁴² (PEÑA, 2006, p. 738).

Gerber (2014) demonstra que boa parte dos esforços de convergência internacional repousam sobre a presunção de que a análise econômica do direito concorrencial – conforme se vem desenvolvendo sob a teoria estadunidense, a partir da revolução da Escola de Chicago

⁴² Poli analisa que a introdução de legislação concorrencial com base no modelo europeu pode ter sido uma “estratégia de Cavalo de Tróia. Ao adotar um quadro linguístico similar à regulação concorrencial europeia, os BRICS pavimentaram o caminho para a introdução de concepções antitruste de Chicago. De fato, a política concorrencial europeia foi também influenciada pela americana e na década de 1990 adquiriu fortes elementos de Chicago” (POLI, 2015, p. 157, tradução livre).

– poderia fornecer uma base comum a todas as jurisdições⁴³.

Essa visão, prossegue o autor, atribui um papel *normativo* a uma teoria específica da Ciência Econômica: por “análise econômica”, entenda-se, então, a aplicação de um arranjo específico de conceitos da teoria econômica neoclássica como pedra-de-toque para a aferição da legalidade de práticas empresariais. Assim, uma prática é indesejável somente quando resulta em uma redução da eficiência econômica, entendida como bem-estar total (também denominado – impropriamente, como se verá adiante, “bem-estar do consumidor”) (GERBER, 2014, p. 7).

Esse tipo de argumento costuma ser articulado em prol de uma postura “universalista” com relação a esses modelos econômicos, que pressupõe sua aplicabilidade a todo e qualquer configuração sócio-econômica ao redor do mundo, independentemente de diferenças contextuais e institucionais (GERBER, 2008, p. 23; PRIEST, 2012). Nesse universalismo, o conceito econômico de “bem-estar do consumidor” seria o motor da harmonização do antitruste global (DREXL, 2015, p. 265).

Gerber analisa que a ascensão desses conceitos como ponto focal da convergência internacional se deve à importância dos Estados Unidos no antitruste global⁴⁴. No mesmo sentido, Sokol (2007) conclui, sobre os resultados da atuação desse país no cenário internacional, que “a voz dos Estados Unidos persuadiu as organizações a adotarem uma visão do antitruste que aceita, em um nível básico, os pilares da revolução antitruste da Escola de Chicago, que são baseados em preço, quantidade e qualidade”⁴⁵ (SOKOL, 2007, p. 52, tradução livre). Embora o movimento Pós-Chicago tenha servido ao questionamento de algumas bases da teoria de Chicago, os valores substanciais – relacionados à eficiência alocativa enquanto finalidade do antitruste – permanece como a visão dominante, e principal produto de exportação do antitruste estadunidense (POLI, 2015, p. 43).

⁴³ No mesmo sentido, cf. Poli: “Ainda assim, organizações internacionais como a OMC ou a ICN, enquanto estrutura física definindo regras de conduta no mercado internacional, usaram seu poder de atração para incentivar a adoção de certas instituições antitruste. Em outras palavras, ao usar formas de coerção econômica leve ou isomorfismo normativo, tais organizações motivaram os BRICS a abraçar aquelas ideias de Chicago e Pós-Chicago bem integradas tanto nos modelos concorrenciais americano e europeu” (POLI, 2015, p. 142, tradução livre).

⁴⁴ Cf. Gerber: “O EBM [Modelo Baseado na Economia] representa a ortodoxia no contexto dos EUA, e tem um apoio muito forte entre acadêmicos, oficiais e advogados. Dada a importância central dos EUA no mundo da legislação concorrencial, isso basicamente significa que não pode haver convergência substantiva diferente daquela em direção a um modelo baseado em Economia. Os oficiais de defesa da concorrência da UE têm cada vez mais apoiado esse modelo básico, assim como o têm feito oficiais em alguns outros países, de modo que há apoio significativo para o EBM como um ponto de convergência” (GERBER, 2014, p. 8, tradução livre).

⁴⁵ No original: “The U.S. voice has persuaded organizations to adopt a view of antitrust that accepts at some basic level the tenets of the Chicago School antitrust revolution, which are based on price, quantity and quality”.

Waller (2010), igualmente, descreve como a análise econômica do direito, a partir de Chicago, vem-se espalhando de forma “viral” a outras áreas do direito e a outras jurisdições, de modo que “um crescente número de países está criando, analisando e aplicando a lei com um olhar na direção de suas consequências econômicas, geralmente definida em termos de eficiência alocativa e maximização da riqueza”⁴⁶ (WALLER, 2010, p. 368, tradução livre).

Mesmo no pólo europeu, a hegemonia desse modelo se fez sentir quando a Comissão Europeia promoveu a adoção da “abordagem mais econômica” (“more economic approach”), muito embora os resultados tenham sido limitados (DREXL, 2015; WALLER, 2010, p. 394).

A convergência em direção à análise econômica do direito é predicada na “microeconomização” do direito concorrencial (BUCH-HANSEN; WIGGER, 2011, p. 107). Trata-se, aqui, de promover o foco exclusivo da análise de condutas econômicas nos termos do modelo neoclássico do bem-estar econômico, com exclusão de quaisquer outras considerações econômicas e sociais, como questões macroeconômicas, de política industrial, de eficiência dinâmica, questões distributivas, ambientais ou outras preocupações com a acumulação de poder econômico privado. Muitas dessas considerações, inclusive, são denominadas “não-econômicas”, por não serem baseadas no conceito de eficiência, ou criticadas por se tratarem de mecanismos de proteção dos concorrentes, não da concorrência⁴⁷.

2.4 A ideologia da eficiência econômica

A visão do direito concorrencial que exclui preocupações diferentes da eficiência econômica pode ser compreendida no contexto mais amplo da ideologia peculiar à Escola de Chicago.

A análise econômica de Chicago não foi a primeira inserção da teoria econômica na teoria antitruste: sempre, ao longo da história da jurisprudência estadunidense, se empregou modelos econômicos para analisar a realidade competitiva (JACOBS, 1995, p. 226).

O que diferencia a Escola de Chicago dos movimentos predecessores sequer é a utilização do instrumental da economia neoclássica, uma vez que “Escola de Chicago” e “economia neoclássica” não são sinônimos.

⁴⁶ No original, com o trecho completo: “Finally, it has spread from the United States to other legal jurisdictions, so that an increasing number of countries are creating, analyzing, and enforcing law with an eye toward its economic consequences, usually defined in terms of allocative efficiency and wealth maximization”.

⁴⁷ Esse debate é resumido por Fox nos seguintes termos: “Países desenvolvidos frequentemente insistem que o antitruste é apenas para eficiência e bem-estar do consumidor, e que qualquer foco mais amplo irá proteger pequenos concorrentes e afogar a economia em ineficiências. Países em desenvolvimento respondem que seu antitruste deve abordar questões de distribuição e poder” (FOX, 2007, p. 101, tradução livre).

A economia neoclássica desenvolveu-se a partir do final do século XIX, após a “Revolução Marginal”, a partir da qual desenvolveu-se a teoria do *marginalismo*, que estipula que o preço de mercado dos bens e serviços é formado pelo valor subjetivo relativo de sua utilidade marginal, em vez de valores absolutos (RUTHERFORD, 2002, p. 368). A economia neoclássica, em sua teoria microeconômica do preço, parte da noção newtoniana de *equilíbrio* para analisar a interação entre fornecedores – maximizadores racionais de lucro – e consumidores – maximizadores racionais de utilidade – em mercados determinados (BUDZINSKI, 2007, p. 3). A concorrência, nesse paradigma, é definida como o *resultado* do equilíbrio entre agentes em um mercado caracterizado pelas premissas do modelo da *concorrência perfeita* (múltiplos agentes econômicos sem poder de mercado, produto homogêneo, informação perfeita, livre entrada e saída, etc.)⁴⁸. É sob esse marco que se desenvolveu a teoria do bem-estar econômico, que, na análise de um mercado competitivo, busca analisar a maximização das utilidades de consumidores e fornecedores com o recurso a conceitos como a eficiência alocativa de Pareto, o “peso morto” do monopolista, dentre outros, como se verá no capítulo 3.

Com base no instrumental neoclássico, muitas teorias concorrenciais distintas podem ser formuladas. Hovenkamp (2011) descreve que os primeiros economistas neoclássicos a analisarem a política de defesa da concorrência eram marcados por profunda desconfiança com relação às grandes empresas e, simultaneamente, a crença na necessidade de regulação estatal em face de situações que se distanciavam da concorrência perfeita (HOVENKAMP, 2011, p. 69)⁴⁹. De fato, muitos economistas neoclássicos têm criticado a Escola de Chicago ao longo da história, o que se mostra ainda mais evidente no movimento acadêmico Pós-Chicago (FOER, 2014, p. 12).

O que caracteriza a contribuição original da Escola de Chicago é a incorporação de partes do instrumental da economia neoclássica à ideologia *neoliberal* característico do

⁴⁸ Budzinski analisa que essa definição neoclássica da concorrência enquanto *resultado* é diferente daquela adotada pelos primeiros economistas. O conceito de concorrência, em Adam Smith, residia em uma noção mais intuitiva de *processo*, ligada à rivalidade, essencial para garantia do incentivo para inovação e melhores preços em face das circunstâncias mercadológicas em permanente alteração, a ser mediado pelas regras morais e instituições jurídicas punitivas de práticas não-equitativas (BUDZINSKI, 2007, p. 2). Esse giro conceitual, para o autor, não teria sido adotado com intenção de substituir o conceito clássico, mas de modo a aproximar a análise econômica dos pressupostos do equilíbrio newtoniano e garantir maior caráter de exatidão científica à disciplina (BUDZINSKI, 2007, p. 3).

⁴⁹ O autor observa que esses autores, inclusive, argumentavam contra os economistas tradicionais que, à época da promulgação do *Sherman Act* (1890), acreditavam que a legislação seria ineficaz e também poderia prejudicar a obtenção de eficiências de escala pelas grandes empresas, dentre outros argumentos (HOVENKAMP, 2011, p. 69).

posicionamento filosófico desta Escola⁵⁰ (MIROWSKI, 2014, p. 10).

A contribuição da Escola de Chicago para o direito concorrencial foi construída de modo alinhado ao projeto neoliberal da sociedade de Mont Pèlerin⁵¹, especialmente por meio de projetos acadêmicos como o Projeto Antitruste⁵², chefiado por Aaron Director, considerado o precursor da análise antitruste conformada pela moderna Escola Chicago, e cujas contribuições foram, observa Posner (1979, p. 625-626) destiladas por discípulos e colegas como Robert Bork. Uma das metas dessa empreitada, em especial, era a ressignificação positiva do valor social dos monopólios e grandes empresas (VAN HORN, 2009, p. 208), construindo novas noções com relação à gravidade de sua ameaça para o funcionamento das democracias, sua eficiência e sua autocorreção⁵³.

É notável a existência de muita confusão terminológica sobre o termo “neoliberalismo”, sendo sua validade como categoria teórica constantemente questionada, haja vista ser raro que algum autor se auto-classifique como “neoliberal” (MIROWSKI, 2014, p. 6). As definições de neoliberalismo que associam o termo a um mero retorno aos valores liberais clássicos, ou um programa, pura e simplesmente, de “Estado mínimo” não oferecem

⁵⁰ Essa síntese promovida pela Escola de Chicago, inclusive, atraiu críticas não só de economistas neoclássicos, como também de neoliberais da Escola Austríaca que questionavam o valor da economia neoclássica para implementação da visão de mercado neoliberal (MIROWSKI, 2014, p. 9). Outros neoliberais que discordavam dessa posição eram os ordoliberais, cujo ideário quanto à concorrência se distanciava muito do proposto pela Escola de Chicago, como se verá adiante (VAN HORN, 2009, p. 206).

⁵¹ A Sociedade de Mont Pelerin foi uma organização fundada em 1947 por iniciativa de Friedrich von Hayek, com o objetivo declarado de promoção de valores liberais (HARVEY, 2007, p. 20). Entre seus membros, destacam-se diversos juristas, economistas e filósofos como Richard Posner, Milton Friedman, Ludvig von Mises, Ronald Coase, Gary Becker, George Stigler e muitos outros.

⁵² Van Horn descreve que o tema do monopólio fez parte do objeto da primeira reunião da Sociedade de Mont Pelerin em 1947, e o Projeto Antitruste da Escola de Chicago, criado em seguida ao encerramento de outra iniciativa acadêmica – os Estudos de Livre Mercado – foi conformado em conexão com essa preocupação: “[...] esforços para reformular o liberalismo não aconteceram somente nas reuniões da MPS [Sociedade de Mont Pèlerin]; elas também ocorreram em instituições selecionadas com objetivos de pesquisa relacionados. A divisão de esforços resultante se conformava à visão de Friedrich Hayek, que desempenhava um papel principal em organizar duas iniciativas de pesquisas na Universidade de Chicago. [...] Quando a FMS [Free Market Studies] foi-se enfraquecendo em 1951, Hayek ajudou a garantir fundos para outro projeto baseado em Escola de Direito, o Projeto Antitruste (1953-1957), com Director novamente no leme e com Edward Levi – o então reitor da Escola de Direito – como segundo no comando. Embora inicialmente direcionado a concentrar-se na questão do monopólio, continuando de onde a FMS havia parado, o Projeto Antitruste ampliou posteriormente seu foco a diversas áreas da lei antitruste. Não obstante, ele preservou a investigação do monopólio como uma finalidade colateral mas importante” (VAN HORN, 2009, p. 205-206, tradução livre).

⁵³ Resumindo a tentativa de ressignificação buscada pela Escola de Chicago, cf. Van Horn: “Director e outros militantes e convertidos neoliberais não mais consideravam o monopólio como o grande inimigo da democracia, muito menos uma força a ser quebrada pelo martelo da lei antitruste dos EUA. [...] Sobretudo, eles não mais consideravam grandes corporações como corpos políticos massivos que não seriam derrubados – mesmo sob a pressão das forças de mercado. Ao invés, eles consideravam as corporações – mesmo corporações bemnotes – como entidades relativamente benignas que naturalmente davam origem às condições de mercado que eventualmente as iriam destruir” (VAN HORN, 2009, p. 229).

grande utilidade para a presente análise⁵⁴.

O neoliberalismo é melhor entendido quando contextualizado na “corrente disputa entre os imperativos de economias de mercado e valores não-mercadológicos fundados em requerimentos de legitimidade democrática” (GREWAL; PURDY, 2014, p. 2, tradução livre). Nesse contexto, o termo refere-se ao conjunto de medidas e argumentos voltados à proteção das relações de mercado (e, especialmente, de poder econômico desigual) em face de qualquer “politização” potencialmente gerada por demandas distintas da eficiência econômica⁵⁵.

O neoliberalismo é uma ideologia, ou uma visão de mundo, que estipula papéis ideais ao Estado e à empresa em uma sociedade⁵⁶. Nessa visão, observa Harvey (2007), o objetivo estipulado é a garantia da liberdade individual e promoção do empreendedorismo, com instituições comprometidas à tríade “direitos de propriedade fortes, livres mercados e livre comércio”⁵⁷ (HARVEY, 2007, p. 2, tradução livre).

O mercado, enquanto expressão da liberdade individual de contratação e do sistema de preços, é enxergado como o mecanismo mais eficiente possível de processamento de informações e alocação de recursos, adquirindo centralidade em toda a organização social (MIROWSKI, 2014, p. 22). No âmbito do mercado, conforme estabelece o modelo econômico neoclássico, os indivíduos escolhem racionalmente firmar transações voluntárias quando essa alternativa é capaz de maximizar sua utilidade, o que guia o funcionamento do sistema de preços (DAVIES, 2010, p. 66).

O papel do Estado, então, é ativamente institucionalizar as condições elementares para o funcionamento dos mercados, como na garantia de direitos de propriedade, segurança, o sistema monetário, etc. Em especial, dada a superioridade do sistema mercadológico como

⁵⁴ Embora boa parte do discurso neoliberal estruture-se em torno das virtudes do “livre mercado” e do “Estado Mínimo”, a realidade de suas prescrições não passa por um minimalismo da atuação governamental (HARVEY, 2007, p. 21). O que se verifica é, antes disso, uma proposta de *reorientação* da ação estatais em prol da visão de sociedade defendida pelo neoliberalismo que, embora direcionada à dominância das relações de mercado, ainda requer um Estado forte para sua implementação, como aquelas orientadas à criação, expansão e proteção dos direitos de propriedade, estipulação de garantias para funcionamento dos mercados, segurança, vigilância, resgate financeiro de instituições financeiras em situações de crise, dentre outras (MIROWSKI, 2014, p. 10-11).

⁵⁵ Os autores assim apresentam o contexto de definição do neoliberalismo: “O neoliberalismo, então, assume seu sentido dessa disputa entre imperativos de mercado e demandas democráticas; ele nomeia um rol de argumentos, disposições, pressuposições, meios de colocar questões, e mesmo visões da ordem social que são convocadas para pressionar contra pretensões democráticas a serviço de imperativos de mercado” (GREWAL; PURDY, 2014, p. 4, tradução livre).

⁵⁶ A visão aqui delimitada não quer significar que o neoliberalismo é um bloco homogêneo ou totalmente coerente de ideias, assim como não o é o “liberalismo”, o “socialismo” e tantas outras delimitações de teorias político-econômicas que se utiliza correntemente (MIROWSKI, 2014, p. 7).

⁵⁷ No original, com o trecho completo: “Neoliberalism is in the first instance a theory of political economic practices that proposes that human well-being can best be advanced by liberating individual entrepreneurial freedoms and skills within an institutional framework characterized by strong private property rights, free markets, and free trade”.

forma de organização humana, é papel do Estado *criar* mercados, estendendo essa lógica a áreas não organizadas sob o sistema de preços, como poluição, educação, saúde, recursos naturais, dentre outras (HARVEY, 2007, p. 2)⁵⁸.

Essa visão expansiva é o motor do “imperialismo da Economia” articulado sob a Análise Econômica da Escola de Chicago, que se refere a crença na aptidão do instrumental da Economia neoclássica para organizar e explicar os mais diversos contextos sociais, mesmo que não organizados na forma de mercados explícitos. Embora a pretensão desse “imperialismo” tenha fracassado em muitas áreas, o direito antitruste é reconhecido como um de seus casos de maior sucesso (DAVIES, 2010, p. 65).

Assim que estruturadas as funções do Estado em função da institucionalização da lógica de mercado a toda a organização humana, a prestação estatal a demandas “não-econômicas”, ou que não possam ser facilmente traduzidas em termos de mercado, é rejeitada. Isso porque, em primeiro lugar, seria ineficiente que decisão estatal substituísse a decisão surgida no âmbito da troca de informações verificada sob o sistema de preços, e, em segundo, porque essas demandas políticas trariam em si o risco de arbitrariedade e manipulação da ação governamental por grupos de interesse (HARVEY, 2007, p. 2).

No direito concorrencial, a contribuição da Escola de Chicago pode ser entendida justamente no sentido do abandono das finalidades políticas, sociais e econômicas que marcaram a história do Sherman Act, substituindo-as pela finalidade única da eficiência econômica, conforme definida pelos modelos econômicos eleitos pela Escola (DAVIES, 2010, p. 65).

Esse abandono, no discurso antitruste da Escola de Chicago, é fundado na caracterização da eficiência econômica enquanto critério objetivo, politicamente neutro, apto a uma aplicação tecnocrática da lei, em contraposição ao caráter subjetivo, impreciso, sujeito à aplicação arbitrária de quaisquer demandas quanto à ordem concorrencial que sejam fundadas em “valores não-econômicos”.

Streeck (2014, cap. 2) analisa essa mesma querela neoliberal através da descrição do conflito entre os princípios da “justiça de mercado” – sob o qual a distribuição é feita por

⁵⁸ O papel ativo do Estado na criação de mercados – ou reorganização de fenômenos sociais em termos mercadológicos – é apontada por Mirowski como o grande diferencial do neoliberalismo em relação ao liberalismo clássico, em que o papel do Estado “guarda noturno” é estabelecer limites negativos para o crescimento natural dos mercados, assegurando a coexistência de liberdades individuais. Para o neoliberalismo, prossegue o autor, “[l]onge de tentar preservar a sociedade contra as consequências não-intencionais das operações de mercado, como o liberalismo democrático buscou fazer, a teoria neoliberal, ao invés disso, se estabeleceu para desmontar ativamente aqueles aspectos da sociedade que poderiam resistir à pressuposta lógica inexorável da catalaxia, e para remodelá-la na imagem do mercado” (MIROWSKI, 2014, p. 12, tradução livre).

meio da avaliação mercadológica de valor, expressa no preço – e os da “justiça social”, que não é vinculada a uma medida de produtividade, mas sim a considerações de equidade, de reciprocidade e de correção e, portanto, ameaça a justiça de mercado⁵⁹. O neoliberalismo, para o autor, cumpre a função de proteger a justiça de mercado da justiça social, por meio de esforços ideológicos de identificação entre as duas⁶⁰, bem como na contraposição do “técnico” ao “político”⁶¹:

Em sua retórica e política ideacional, os paladinos da justiça de mercado buscam ganhar dominância denunciando a justiça social como ‘política’ (no sentido de particularista) e portanto como suja ou corrupta. Em contraste, é alegado que a justiça de mercado, com sua ostensiva impessoalidade e calculabilidade sob a teoria do preço, funciona de acordo com princípios universalistas, de uma forma ‘limpa’ no sentido de intocada pela política. Tais distinções e equações tem há muito tempo entrado profundamente na linguagem cotidiana: a afirmação de que algo foi decidido ‘politicamente’ é frequentemente suficiente para fazer parecer que a finalidade foi enriquecer algum grupo de interesse definido. (STREECK, 2014, cap. 2, tradução livre).

No âmbito do processo de convergência do antitruste, embora o conjunto de argumentos articulados em torno da universalização da finalidade do direito concorrencial ao estrito conceito de bem-estar agregado seja amplo, merece destaque o discurso da neutralidade política do critério de eficiência econômica.

Gerber (2014, p. 15) aponta que a mudança para uma abordagem econômica parece interessante, para uma autoridade concorrencial de um país em desenvolvimento, porque os modelos econômicos seriam enxergados como “neutros”, permitindo uma aplicação científica e racional da lei que, por ser desvinculada de interesses políticos, legitimaria a atribuição de sua execução a um corpo de especialistas, que substituiriam decisões políticas por decisões

⁵⁹ “[D]o ponto de vista da justiça de mercado há um perigo constante de que ideias de justiça social irão usurpar o poder público através da formação de uma maioria democrática e então regularmente distorcer a operação do mercado. A justiça social é material, não formal, por natureza – e então não pode senão parecer irracional, arbitrária e imprevisível em termos da racionalidade formal do mercado. A política, na extensão de que é comandada por demandas por justiça social, confunde, então, o processo de mercado, turva seus resultados, cria falsos incentivos e ‘riscos morais’, enfraquece o princípio da performance e é geralmente estranha ao ‘*mundo dos negócios*’. [...]” (STREECK, 2014, cap. 2, tradução livre).

⁶⁰ “O que é justo em termos de mercado é decidido pelo mercado e expresso em preços; o que é socialmente justo é decidido em um processo político em que poder e mobilização entram no balanço, e encontra sua expressão em instituições formais e informais. Na extensão de que uma sociedade se vê sob a lente da Economia padrão, ou se rende a seu modo de pensar, ela pode em último caso aceitar a justiça de mercado como justiça social e então eliminar a tensão entre as duas. Uma variante dessa solução é declarar, com Friedrich von Hayek, que o conceito de justiça social é absurdo, e configurar instituições políticas e econômicas de um modo tal que demandas por justiça social que interferem com a justiça de mercado são excluídas por princípio” (STREECK, 2014, cap. 2, tradução livre).

⁶¹ Habermas, relatando a obra de Streeck (2014), denomina essa estratégia de “autodesempoderamento neoliberal da política” (HABERMAS, 2015, p. 81, tradução livre).

eminentemente técnicas⁶².

Economistas nessa visão estão aplicando uma análise baseada na razão que é apoiada em uma ciência e que busca melhorar a economia. Eles não estão só aplicando a ‘lei’, que pode estar sujeita a numerosas influências e que pode mudar pelos caprichos de políticos, eles não estão só desenvolvendo ‘política pública’, que pode ser feita em prol de grupos sociais particulares e refletir tensões dentro da sociedade. Economistas estão comprometidos com um diferente tipo de empreitada. (GERBER, 2014, p. 15, tradução livre).

Essa desvinculação da política seria obtida, especialmente, através da desconsideração de questões distributivas: o direito da concorrência se presta tão-somente à maximização da riqueza total na sociedade, devendo as decisões distributivas ser realizadas na esfera política em um momento distinto⁶³. A indiferença quanto à distribuição e outros “valores nebulosos” (JACOBS, 1995, p. 230) serviria, então, à atribuição de um caráter científico e objetivo ao antitruste⁶⁴, abrindo caminho a uma aplicação “tecnocrática” dessa política econômica (CRANE, 2008).

Muitas críticas podem ser articuladas em torno dessa reivindicação de neutralidade política de um direito concorrencial unificado em torno do conceito neoclássico de eficiência econômica. Em especial, como se destacará no **Capítulo 4**, o modelo da eficiência econômica encontra-se alinhado a uma *ideologia*, entendida como visão de mundo sobre o papel do Estado e da Empresa em determinada sociedade. Essa ideologia comparece tanto na ocasião da formulação dos modelos – a partir dos valores econômicos que opta por incluir e excluir do

⁶² Pondera Gerber: “Legisladores e agentes públicos da concorrência podem ver benefícios em se mover na direção de um [Modelo Baseado na Economia] porque a Economia é ‘neutra’. Ela tem um aparato científico que pode ser aplicado sem consideração a questões políticas ou outras. A legislação concorrencial frequentemente envolve grandes interesses econômicos e, às vezes, políticos, e se apoiar em uma fonte neutra para normas pode interessar a alguns tomadores de decisão” (GERBER, 2014, p. 15, tradução livre).

⁶³ Hovenkamp estipula que essa é uma das características principais da Escola de Chicago. “A decisão de tornar o modelo da eficiência de mercado o guia exclusivo para a política antitruste é não-político. Isto é, é adotado sem consideração para o jeito como riqueza ou direitos são distribuídos na sociedade, mas somente em como maximizar a riqueza total da sociedade. Assim, se uma prática produz maiores ganhos a empresas que perdas aos consumidores, ela é eficiente e não deveria ser ilegal sob as leis antitruste. Mas o mesmo pode ser dito sobre práticas que produzem maiores ganhos aos consumidores que perdas às empresas. O membro da Escola de Chicago então argumenta que ele não está tomando partido em nenhuma disputa política sobre como a riqueza ou direitos deveriam ser distribuídos entre grupos de interesse conflitantes. Tais coisas devem sempre ir onde elas fazem mais bem líquido” (HOVENKAMP, 2011, p. 73, tradução livre).

⁶⁴ Observa Jacobs: “Acadêmicos de Chicago afirmavam que ligar a política antitruste à teoria do preço iria remover a legislação concorrencial da arena política e a colocaria em um curso científico. A teoria do preço, argumentavam, avalia o bem-estar competitivo não em referência a crenças subjetivas mas pela observação objetiva dos efeitos do comportamento empresarial na oferta e preço. Ele transcende então a política partidária e evita avaliações idiossincráticas de tais questões como o valor de pequenas empresas, justiça distributiva, e processos competitivos ‘equitativos’. Para os de Chicago, o movimento para além desses ‘valores nebulosos’ marcou uma ‘mudança intelectual nos fundamentos do antitruste’. Mesmo para observadores neutros, as mudanças trazidas por Chicago constituíram uma ‘genuína revolução científica’” (JACOBS, 1995, p. 230, tradução livre).

modelo – como na ocasião de sua implementação – que adota técnicas interpretativas, como a teoria dos custos dos erros, igualmente marcadas por uma visão de mundo particular.

É nesse contexto que se insere a pergunta a que se dedica o presente trabalho: a eficiência econômica, conforme definida pelo ideário da Escola de Chicago, é o único valor passível de ser considerado como finalidade do direito concorrencial do Brasil, enquanto país em desenvolvimento?

Para demonstrar a compatibilidade de uma tal visão de mundo com a ordem jurídico-econômica pátria, é útil partir-se do marco da teoria da “ideologia constitucionalmente adotada”, de Washington Peluso Albino de Souza (1980, p. 32).

O conceito de “ideologia constitucionalmente adotada” é apresentado, por Souza, como uma forma de mediação entre uma teoria de direito positivo e as ideologias presentes nos sistemas teóricos de filosofia político-econômica – os “-ismos” que conformam grandes sistemas teóricos que estipulam “princípios e fundamentos da vida econômica” (SOUZA, 1980, p. 32), como o “liberalismo”, “socialismo”, “neoliberalismo”, dentre outros.

A Constituição Econômica, estabelece o autor, não possui compromisso com nenhuma ideologia pré-estabelecida, localizada em determinados sistemas filosóficos e em referência a tipos ideais de organização político-econômica (SOUZA, 1980, p. 33). Pelo contrário, a ordem constitucional é norteadada pela sua própria ideologia, “conjunto harmônico de princípios que vão inspirar a própria organização da vida social, segundo o regime que irá regê-la” (SOUZA, 1980, p. 32), traduzidos pelos princípios da Ordem Econômica que institui.

A formulação, interpretação e aplicação do direito positivo – especialmente a política econômica infraconstitucional, como a política de defesa da concorrência – devem ser vinculados à concretização dos princípios da ideologia constitucionalmente adotada, em vez de se comprometer com tipos ideológicos abstratos “puros” localizados em sistemas de filosofia político-econômica.

Essa observação é importante porque a Constituição Econômica adota princípios que, se referidos à sua localização ideológica “pura”, podem ser considerados contraditórios⁶⁵. Embora os modelos teóricos “puros” das ideologias sejam úteis à compreensão do conteúdo, limites e contradição entre princípios, sua ponderação com os demais princípios é orientada

⁶⁵ Souza exemplifica essas contradições aparentes pela presença de valores como a livre iniciativa, o direito à propriedade, a proteção do lucro individual ou privado, e de valores socializantes, como a Justiça Social, função social da propriedade, proteção da pequena empresa e valores sociais do trabalho (SOUZA, 2005, p. 29).

pelo Direito Positivo, e não pelos modelos abstratos⁶⁶.

A presença desses princípios no mesmo texto constitucional implica que a contradição entre eles – quando referidos a determinadas ideologias puras – só pode ser aparente. Cabe ao Direito Econômico garantir a funcionalidade da ideologia constitucional através de técnicas interpretativas que harmonizem seus princípios, como a da *economicidade*, por meio da qual se pondera custos e benefícios de medidas de política econômica em face da ideologia constitucional (SOUZA, 2005, p. 29).

Assim, economicamente justo, segundo o princípio da *economicidade* introduzido neste conceito, é o que se põe em prática por medidas de política econômica, visando realizar o que a sua soberania democrática tenha definido na Constituição, como o fundamento dos princípios ideológicos que a inspiram. (SOUZA, 1980, p. 32).

No caso da discussão da finalidade do direito concorrencial que se vai desenrolar nos capítulos seguintes, a repercussão desse marco é: a *exclusão* de determinados valores econômicos, políticos e sociais do escopo da política econômica de defesa da concorrência não pode ser justificada pelo fato de que o modelo econômico escolhido pelo aplicador da lei não os incorpora como variáveis a serem consideradas. Os modelos adotados pela política econômica infraconstitucional devem se adequar à ideologia constitucionalmente adotada, e não o contrário. É a Constituição Econômica que define o que são os valores econômicos relevantes a serem ponderados pela técnica da economicidade, e não os modelos abstratos localizados em ideologias “puras”, não obstante o quão consolidados esses modelos possam ser em jurisdições estrangeiras.

Esse marco orienta a hipótese do trabalho: em atendimento à ideologia constitucionalmente adotada, à compreensão da finalidade do direito da concorrência do Brasil, na condição de país em desenvolvimento, deve integrar o valor da proteção da rivalidade, na medida em que esse valor seja apto a promover o desenvolvimento econômico inclusivo.

Pretende-se demonstrar, no **Capítulo 4**, que a ideologia da Constituição da República de 1988 afirma um compromisso com uma ordem econômica pautada pela justiça social, com proteção da igualdade de oportunidades, redução de desigualdades sociais, prevenção da

⁶⁶ “Justamente à presença de princípios ideológicos que seriam considerados como contraditórios entre si – ao tomarmos modelos de ideologias puras – ou subversivos – se os isolássemos e os colocássemos diante de textos comprometidos com aquelas ideologias – é que marchamos para assinalar que ao Direito Positivo interessa, como ideologia, o que esteja constitucionalmente consignado, passando a figurar, quando muito, como auxiliar na consideração de possíveis contradições teóricas, as ideologias definidas em modelos abstratos” (SOUZA, 1980, p. 52).

dominação de mercados e promoção do desenvolvimento econômico. A Constituição, portanto, considera fundamentais alguns valores econômicos que, atualmente, são excluídos da análise econômica pautada pela eficiência alocativa, ou taxados de “não-econômicos”.

Essa ideologia constitucional se alinha com as propostas no sentido de que o direito concorrencial nos países em desenvolvimento deve-se orientar ao *desenvolvimento inclusivo*, com promoção da mobilidade e oportunidades de acesso aos mercados, o que comanda uma compreensão da finalidade do direito concorrencial no sentido da proteção da rivalidade e um ajuste das prioridades da política de aplicação da lei que inclua um foco renovado nos abusos de posição dominante.

Não se pode confundir, igualmente, “neutralidade política” com “administrabilidade”. O **Capítulo 5** pretende demonstrar, no contexto da análise da prática de compressão de margens (“margin squeeze”) pela jurisprudência europeia e estadunidense, que é possível a construção de estruturas normativas e procedimentais capazes de conferir efetiva aplicabilidade ao foco na rivalidade, conforme exemplifica a experiência europeia.

3 EFICIÊNCIA E IDEOLOGIA

Os Estados Unidos da América, cujo principal diploma antitruste, o *Sherman Act*, data de 1890, apresentam, no transcurso de mais de um século, uma rica tradição jurisprudencial acerca do tema.

Kovacic e Shapiro (2000, p. 46) organizam a evolução do pensamento antitruste na jurisprudência da Suprema Corte dos EUA em cinco fases. Em sua fase inicial (1890-1914), a Corte trabalhou em delinear os contornos das amplas disposições do *Sherman Act*. Algumas decisões desse período reconheceram, a algumas práticas (como cartéis puros e fixação de preço de revenda) ilicitude *per se* – bastando a comprovação da prática para caracterização de sua ilicitude, independentemente de seus efeitos. Quanto à prática da *monopolização* (Seção 2 do *Sherman Act*), o marco dessa fase é o caso *Standard Oil* (1911), em que se decidiu pela cisão da empresa – muito embora, nesse caso, a Corte tenha estabelecido a necessidade de uma análise caso-a-caso da razoabilidade dos efeitos da prática (interpretação que ficou conhecida como a “regra da razão”).

A fase seguinte (1915-1936), marcada pela promulgação do *Clayton Act* e do *Federal Trade Commission Act*, assistiu a um recrudescimento da regulação estatal – com medidas como controles de entrada e saída em certos setores. Por sua vez, o *Robinson-Patman Act*, de 1936, proibiu certas formas de discriminação de preço para proteção de pequenos empresários contra grandes cadeias de distribuição. A política econômica da época é, em geral, marcada por medidas de cooperação entre governo e indústria, especialmente após a crise de 1929, sob a égide do New Deal. No campo do antitruste, a jurisprudência dessa fase foi marcada pela consolidação da regra da razão, estabelecendo que a ilicitude de restrições ao comércio deve ser apurada em função de seus efeitos, histórico e intencionalidade, além de uma postura mais tolerante da Corte e do FTC com relação à monopolização (KOVACIC; SHAPIRO, 2000, p. 48).

A terceira fase (1937-1972), por outro lado, assistiu a um fortalecimento da política de aplicação da legislação antitruste pela Suprema Corte, com reforço da condenação *per se* a cartéis e extensão a outras condutas, como venda-casada, restrições verticais geográficas, e outros. No caso da monopolização, assim como nas fusões, identificou-se também uma postura mais agressiva, menos aceitabilidade de justificativas de eficiência e multiplicação nas condenações (KOVACIC; SHAPIRO, 2000, p. 51). Essa fase foi marcada pela influência da Escola Estrutural de Harvard (KOVACIC; SHAPIRO, 2000, p. 52).

A Escola Estrutural de Harvard⁶⁷ foi marcada pelo foco nas circunstâncias em que os mercados se afastavam das premissas do modelo neoclássico da concorrência perfeita – especialmente com referência a estruturas monopolísticas e oligopolísticas, barreiras à entrada, dentre outros fatores – com profunda desconfiança quanto à concentração econômica e crença na centralidade da atuação estatal para corrigir essas distorções (HOVENKAMP, 2011, p. 71). Os estudos empíricos dos autores dessa Escola estipularam que as economias de escala tinham pouca correlação com a concentração de mercados, e que empresas dominantes sustentavam suas posições através da aptidão de criar restrições à entrada de rivais (JACOBS, 1995, p. 227). O conceito de concorrência operacional (“*workable competition*”) foi cunhado, nesse contexto, para significar que, diante da inexistência de mercados em concorrência perfeita no mundo real, a segunda melhor alternativa é a presença de regulação estatal que controlasse práticas restritivas, como fusões, práticas exclusionárias e elevação de barreiras artificiais à entrada, tornando a concorrência operacional (HOVENKAMP, 2011, p. 70).

Essa visão era sustentada em teorias da organização industrial do paradigma Estrutura-Condução-Desempenho (SCP), que estabelece uma relação causal entre a estrutura do mercado relevante, a conduta empresarial e, conseqüentemente, o desempenho das empresas (GORMSEN, 2010, p. 30). A concentração de mercado era vista com desconfiança, sendo a dominância interpretada como um indicativo da probabilidade de exercício de poder de mercado, em vez de um indicativo de mérito da empresa dominante (GORMSEN, 2010, p. 31).

A visão de antitruste da escola estrutural de Harvard era conformada de modo a enxergar a regulação estatal como algo necessário e positivo para o funcionamento da economia de mercado. Essa fase foi marcada por uma compreensão ampla das *finalidades* do antitruste, considerado uma política econômica para promoção de diversos objetivos econômicos e sociais relacionados à concentração econômica⁶⁸.

A quarta fase (1973-1991), que interessa bastante ao presente estudo, marca a

⁶⁷ Observa Gormsen que essa escola “estrutural” seria diferente da escola “moderna” de Harvard, cujo marco são as obras de Areeda e Turner na década de 1970, que têm bastantes similaridades à Escola de Chicago, como a estipulação de que a finalidade do direito concorrencial é a eficiência econômica (GORMSEN, 2010, p. 32)

⁶⁸ Sobre esse aspecto, observa Budzinski que, sob o marco da Escola de Harvard, “a política antitruste é vista como uma parte integral da política econômica geral e um instrumento para manejar finalidades socialmente definidas. Portanto, a Escola de Harvard favorecia uma abordagem multi-finalidade que pode incluir qualquer tipo de finalidades (desejadas), por exemplo, eficiência, bem-estar do consumidor, inovação, distribuição justa de renda, liberdade, promoção de pequenas empresas, diversificação, proteção contra concorrência desleal, proteção contra o poder de mercado, competitividade internacional, integração econômica das regiões, promoção de regiões economicamente atrasadas, baixo desemprego, proteção de empregos locais, promoção de indústrias-chave, desenvolvimento sustentável, etc” (BUDZINSKI, 2007, p. 4, tradução livre).

revolução da Escola de Chicago no antitruste estadunidense. A percepção de que o antitruste havia se tornado demasiado intervencionista, prejudicando a competitividade da indústria do país, deu força ao ideário de Chicago (KOVACIC; SHAPIRO, 2000, p. 53).

A Escola de Chicago desenvolveu uma abordagem econômica pautada pela profunda fé no poder de autocorreção dos processos naturais de mercado e ceticismo quanto à capacidade do governo de desenhar intervenções que ampliem a eficiência (HOVENKAMP, 2011, p. 72). Para isso, utilizou-se dos modelos econômicos da teoria neoclássica do preço para, a partir das premissas do modelo de concorrência perfeita, estipular que, mesmo que as estritas premissas desse modelo não estejam presentes na realidade, a maioria dos mercados é presumivelmente competitiva (JACOBS, 1995, p. 228), com tendência a, ausente intervenção governamental, gerar os resultados de eficiência aproximados aos esperados sob o modelo da concorrência perfeita (BUDZINSKI, 2007, p. 5).

Em linhas gerais, a contribuição da Escola de Chicago para o antitruste tem dois eixos. O primeiro, especialmente estabelecido pela obra “Paradoxo Antitruste” de Bork (1978), seria a teoria de que a finalidade do antitruste estadunidense deveria ser entendida como o bem-estar do consumidor – embora, na obra de Bork, o bem-estar do consumidor tenha sido definido como equivalente à eficiência alocativa medida sob o padrão do bem-estar total na teoria neoclássica do preço, o que ainda gera debate sobre qual o sentido de “bem-estar do consumidor” na jurisprudência estadunidense, como se verá.

Estabelecida a eficiência alocativa como finalidade do antitruste, o segundo eixo das contribuições de Chicago refere-se a formulações teóricas que sustentam que boa parte das práticas que vinham sendo condenadas pelo antitruste até então - como a fixação de preço de revenda, venda casada, preço predatório, recusa de venda, integração vertical, etc. - possuíam justificativas de eficiência e, portanto, seriam pró-competitivas (POSNER, 1979, p. 727). Mesmo nos casos excepcionais em que essas práticas poderiam ser anti-competitivas, havia grande ceticismo quanto à capacidade de o Estado diferenciar práticas eficientes de ineficientes e, mesmo então, desenhar uma intervenção apta a melhorar a situação econômica em relação à não-intervenção (EASTERBROOK, 1984).

Ao mesmo tempo, essas práticas tendem à autocorreção, já que, havendo exercício de poder de mercado com elevação de preços, esses preços elevados atrairão entrantes, que retornarão o mercado ao equilíbrio competitivo. A essa premissa de autocorreção se alinha a ideia de que cartéis e posições dominantes são instáveis, em razão do fato de que as barreiras à entrada são presumidas como um problema de pouca importância – exceto quando impostas pelo próprio governo (HOVENKAMP, 2011, p. 72).

Ademais, com base em uma visão estilizada da “seleção natural” de Darwin, a Escola de Chicago atribui maior deferência aos resultados de mercado, reconhecendo a posição dominante como um provável resultado de eficiência superior, não de acúmulo de poder de mercado em uma estrutura deficitária de mercado, rejeitando as premissas do paradigma Estrutura-Condução-Performance (BUDZINSKI, 2007, p. 6) enquanto enfatiza a importância das economias de escala (HOVENKAMP, 2011, p. 72). Por essa razão, a Escola de Chicago orienta o foco do antitruste no combate aos cartéis e controle de fusões horizontais que gerem monopólio, comandando uma atitude tolerante a práticas exclusionárias (BUDZINSKI, 2007, p. 6).

Na jurisprudência da Suprema Corte, isso se refletiu de modo bastante substancial, especialmente após a indicação, pelo Presidente Nixon, de novos juizes para o órgão alinhados com esse ideário, como Lewis Powell (KOVACIC; SHAPIRO, 2000, p. 53). A mudança na direção da interpretação da legislação antitruste estadunidense ficou conhecida como a “Revolução de Chicago” (BUDZINSKI, 2007, p. 7). Dentre as decisões paradigmáticas, um marco é a do caso *Sylvania* (1977), que, com farta menção à obra de autores da Escola de Chicago, a Corte determinou a aplicação da regra da razão para restrições verticais não baseadas em preço. Outro elemento importante da jurisprudência da Suprema Corte é o estabelecimento de que a finalidade do antitruste é o bem-estar do consumidor, a partir de casos como *Reiter* (1979), *Maricopa* (1982) e *NCAA* (1984) (ORBACH, 2010, p. 3).

A crescente incorporação da análise econômica aos procedimentos antitruste levou a uma escalada na complexidade dos casos, o que levou a Suprema Corte a incorporar raciocínios que – diante da ambiguidade da teoria econômica e dos fatos disponíveis para análise -- limitem o escopo da possibilidade de ação estatal e criem “portos seguros”⁶⁹ para as empresas dominantes, como modo de evitar o risco de condenações errôneas, vistas como mais prejudiciais do que absolvições equivocadas (EASTERBROOK, 1984). É esse, por exemplo, o raciocínio que a Suprema Corte desenvolveu quando restringiu o escopo possível de prática de preço predatório em decisões como *Matsushita* (1986), *Cargill* (1986) e *Brooke Group* (1993). Nessas decisões, criou-se um “porto seguro”, quanto ao ilícito de preço predatório, para empresas precificando acima de certa medida dos custos (como o custo variável médio). Essa interpretação baseou-se nos argumentos da raridade de ocorrência da prática, da probabilidade de sua autocorreção – a entrada de novas empresas tende a impedir a recuperação dos prejuízos incorridos pelo predador, no momento da precificação com

⁶⁹ Por “porto seguro”, aqui, entenda-se a delimitação de situações de licitude *per se* com relação a determinadas práticas. Um exemplo é a delimitação de licitude *per se*, quanto à prática de preço predatório, para a precificação acima de certa medida dos custos empresariais.

desconto – e da alegação do risco de que o antitruste, intervindo na política de precificação da empresa, possa “esfriar a própria conduta que a lei antitruste é desenhada para proteger” (UNITED STATES OF AMERICA, 1986, tradução livre).

Como resultado, esse período foi marcado por uma considerável redução do horizonte de possibilidades de atuação estatal possível, no antitruste estadunidense.

A quinta fase, que, para os autores, se teria iniciado na década de 1990, estaria sendo marcada por uma “síntese Pós-Chicago”, no âmbito da qual alguns elementos da ortodoxia de Chicago estariam sendo flexibilizados, à luz de novas perspectivas teóricas (KOVACIC; SHAPIRO, 2000, p. 55). Essas perspectivas incluem a teoria dos jogos, teoria dos contratos, e novos avanços da teoria da organização industrial (VICKERS, 2007, p. 3). Esses avanços, contudo, direcionam-se mais ao segundo eixo da contribuição de Chicago (análise da eficiência de determinadas práticas e intervenções) do que o primeiro eixo (a eficiência econômica como finalidade do antitruste) (JACOBS, 1995, p. 242).

Como mencionado, uma das principais repercussões da revolução de Chicago foi a tendência à exclusão de considerações não-baseadas na eficiência econômica, no universo de discussões possíveis acerca das finalidades do antitruste estadunidense (JACOBS, 1995, p. 234). Os termos do debate passaram a ficar, progressivamente, restritos a questões internas à teoria econômica do bem-estar, especialmente no debate acerca do excedente do consumidor e do excedente total, parâmetros que só raramente fazem diferença no resultado final da análise.

Essa situação é celebrada, por alguns, como um giro “tecnocrático” na implementação do antitruste. A tecnocracia é, aqui, apresentada como a aplicação da lei por especialistas, operando sob considerações estritamente técnicas, sem a necessidade de realização de juízos políticos ou ideológicos, que seriam estranhos à teoria econômica⁷⁰. A tecnocracia, no antitruste, seria uma alternativa a instituições “populistas”⁷¹ que permitiriam a inclusão de preocupações políticas, sociais e econômicas não-baseadas em eficiência no cálculo analítico⁷² (CRANE, 2008, p. 5).

⁷⁰ Blair e Sokol escrevem: “Essa forma de antitruste baseada em efeitos econômicos é a tecnocracia antitruste. Nós preferimos que o sistema antitruste seja tecnocrático no sentido de que o antitruste seja definido estritamente para examinar apenas aquelas questões que estão puramente dentro da habilidade do antitruste para ser medido e compreendido utilizando a organização industrial como a base para análise econômica. Essa abordagem tecnocrática move considerações econômicas não-concorrenciais para áreas como a regulação setorial, o processo legislativo ou decreto executivo. Tais áreas são melhor equipadas que o antitruste para lidar com trade-offs políticos entre lei e política pública por causa de sua habilidade para lidar com questões conflitantes de política pública, seja com base em finalidades legítimas ou rent seeking” (BLAIR; SOKOL, 2013b, p. 2.505, tradução livre).

⁷¹ Crane (2008, p. 3) define essas instituições populistas como instâncias “democráticas ou parcialmente democráticas”, como o tribunal do júri em casos cíveis e criminais.

⁷² No original: “In its contemporary sense, technocracy refers to the insulation of a governmental function from popular political pressures and its administration by experts rather than generalists”.

A tecnocracia teria se tornado possível em razão do fato de que “a maioria das questões contenciosas no antitruste são não-ideológicas”⁷³ (CRANE, 2008, p. 58), de modo que, já alcançado um consenso sobre questões políticas fundamentais, o que se debate no antitruste contemporâneo se resumiria a questões eminentemente técnicas, isentas de juízos de valor políticos⁷⁴.

No mesmo sentido, Easterbrook observa que “a legislação antitruste tornou-se um ramo da organização industrial, ela própria um ramo da Economia” (EASTERBROOK, 1987, p. 305, tradução livre), e Posner, analisando as divergências entre as Escolas de Chicago e Harvard em 1978, conclui que “[d]iferenças permanecem, mas cada vez mais elas são técnicas ao invés de ideológicas” (POSNER, 1979, p. 948, tradução livre).

3.1 Qual eficiência?

Questionar a eficiência como objetivo de uma política pública parece um contrassenso, já que, afinal, dificilmente se defenderia a deliberada *ineficiência*, pura e simplesmente. O que é preciso ter em vista, contudo, é que aqueles que defendem a eficiência como único critério normativo para o direito concorrencial referem-se a um conceito muito específico, qual seja, a eficiência enquanto maximização do bem-estar total, segundo o modelo econômico neoclássico, adotada como finalidade última e universal do direito da concorrência.

Os pontos de partida para a reflexão são dois problemas que podem ser levantados quanto ao uso de modelos econômicos como guia para a política pública.

Modelos econômicos constituem, necessariamente, simplificações da realidade, já que seu objetivo é a compreensão da interação entre poucas *variáveis* selecionadas, partindo da aceitação de algumas *premissas fundamentais*. Essa simplicidade é sua virtude: a realidade humana é complexa, e seu estudo só alcança generalidade às custas de alguma abstração. Modelos são fundamentais à compreensão, portanto, por constituírem “simplificações

⁷³ “[...] a maioria das questões contenciosas no antitruste são não-ideológicas e não mais requer o apelo a preferências endógenas ou visões fundamentais sobre a legitimidade da ordem capitalista, o sentido da liberdade humana (particularmente liberdade de contrato e propriedade), e a legitimidade da intervenção estatal na ordenação privada de mercado. [...] Dada a convergência de visão sobre essas questões fundamentais, o antitruste não precisa do mesmo grau de superintendência política que exigiu outrora” (CRANE, 2008, p. 58, tradução livre).

⁷⁴ “Em suma, o antitruste se entrega à tecnocracia nesse estado de seu desenvolvimento porque a disciplina alcançou uma posição de consenso sobre finalidades, a sociedade aceitou como legítimas tanto as instituições do capitalismo e controles governamentais sob essas instituições para preservar a concorrência, e o processo decisório do antitruste normalmente não envolve trade-offs explícitos entre os interesses de classes diferentes de pessoas. Com isso, o antitruste se distingue de muitas outras disciplinas regulatórias” (CRANE, 2008, p. 60, tradução livre).

desenhadas para mostrar como mecanismos específicos funcionam pelo isolamento deles de outros fatores que geram confusão”⁷⁵ (RODRIK, 2015, cap. 01, tradução livre). Pode-se compreender os modelos, então, como narrativas simplificadas da realidade, com o objetivo de lhe atribuir sentido⁷⁶.

O primeiro problema quanto ao uso de modelos econômicos na política pública diz respeito às *variáveis* isoladas por eles, pois é possível que alguma variável relevante para o desenrolar da situação concreta analisada não esteja incluída no modelo escolhido. Considere-se, aqui, o exemplo do modelo físico da aceleração gravitacional: desconsiderando a resistência do ar, uma pluma e uma rocha caem na mesma velocidade. Desconsiderar a resistência do ar, no modelo, serve como uma abstração essencial ao entendimento da aceleração gerada pela força da gravidade. Isso não autoriza um analista a, no mundo real e fora do vácuo, elaborar prescrições baseando-se no modelo que afirma que os objetos cairão na mesma velocidade: uma variável relevante para o desenrolar dessa situação concreta (a resistência do ar) estará ausente do modelo escolhido (SEDLACEK, 2011, p. 303).

O segundo problema diz respeito às premissas fundamentais a um modelo, que são, correntemente, pressupostos não-testados ou não-testáveis, tidos como “dados”. Esses pressupostos são *ideológicos*, no sentido de que incorporam valores que são derivados de uma visão de mundo precedente à análise.

É a partir de sua *visão* sobre os fatos iniciais, observa Schumpeter (1954, p. 39), que o analista passa a formular conceitos e esquemas, que, por sua vez, são testados em face de fatos adicionais, o que gera novas esquematizações. O que permite a construção do modelo, ainda segundo Schumpeter, é justamente esse ciclo de interações entre trabalho empírico e teórico,

⁷⁵ No original, com o trecho completo: “But what are economic models? The easiest way to understand them is as simplifications designed to show how specific mechanisms work by isolating them from other, confounding effects. A model focuses on particular causes and seeks to show how they work their effects through the system. A modeler builds an artificial world that reveals certain types of connections among the parts of the whole – connections that might be hard to discern if you were looking at the real world in its welter of complexity”.

⁷⁶ Cf. Sedlacek sobre o caráter narrativo dos modelos: “Presunções (aqui nós precisamos observar que uma esmagadora maioria das nossas presunções iniciais irão permanecer não-declaradas) são de facto apenas meios de pensar sobre ou observar o mundo. [...]. A construção (equação matemática, princípio, lei) de acordo com a qual o mundo se ‘comporta’ não repousa no mundo em si, mas em nós. É nosso pensamento, nossa imaginação, que organiza o mundo em teorias e modelos. Todo grande modelo que estabelece como sua ambição tornar-se uma visão de mundo (para explicar como e por que o mundo funciona como tal), sempre permanece apenas uma construção, um ponto de vista, um ponto de partida, uma opinião. Toda teoria, então, é uma ficção mais ou menos útil, ou, se você preferir, uma história, um mito. Um mito que nós sabemos não ser verdade (nossas premissas não são realistas), mas nós ainda acreditamos que a teoria diz algo verdadeiro sobre nós e o mundo” (SEDLACEK, 2011, p. 301, tradução livre).

que é, invariavelmente, iniciado a partir da visão inicial do analista⁷⁷. Essa visão de mundo constitui, para Schumpeter, a *ideologia* a partir da qual se constrói o trabalho científico:

[t]rabalho analítico começa com o material fornecido por nossa visão das coisas, e essa visão é ideológica quase que por definição. Ela incorpora a imagem das coisas como nós as vemos, e onde quer que haja qualquer motivo possível para desejar vê-las sob determinada luz ao invés de outra, o jeito como nós vemos as coisas dificilmente pode ser distinguido do jeito pelo qual nós as queremos ver.⁷⁸ (SCHUMPETER, 1954, p. 40, tradução livre).

A adesão às premissas iniciais não-testadas (ou não-testáveis) sob as quais os modelos econômicos são construídos, por sua vez, corresponde também a um juízo valorativo, de concordância ideológica entre a visão de mundo expressa no modelo e a visão de mundo adotada pelo aplicador/reprodutor⁷⁹.

A constatação da influência da ideologia na consolidação dos modelos, por si só, não é algo negativo, ou sequer algo passível (ou desejável) de eliminação do processo científico⁸⁰. O problema se apresenta, aqui, quando as premissas iniciais do modelo econômico não estão presentes no caso concreto, quando não há suficiente consenso sobre elas, ou, ainda, quando elas pressupõem valores diferentes dos abrigados pelo ordenamento jurídico, sendo contrárias à “ideologia constitucionalmente adotada”, no dizer do Prof. Washington Peluso Albino de Souza (2005, p. 29).

⁷⁷ “Trabalho factual e trabalho ‘teórico’, em uma interminável relação de dar e receber, naturalmente testando um ao outro e definindo novas tarefas para cada um, irão eventualmente produzir **modelos científicos, os produtos provisórios comuns de sua interação com os elementos sobreviventes da visão original**, aos quais cada vez mais rigorosos padrões de consistência e adequação serão aplicados” (SCHUMPETER, 1954, p. 40, tradução livre, sem grifos no original).

⁷⁸ No original: “Analytic work begins with material provided by our vision of things, and this vision is ideological almost by definition. It embodies the picture of things as we see them, and wherever there is any possible motive for wishing to see them in a given rather than another light, the way in which we see things can hardly be distinguished from the way in which we wish to see them”.

⁷⁹ Pondera Sedlacek: “Modelos an sich (por si só) não são capazes de nos convencer; quase toda visão de mundo tem uma legião de modelos suficientemente funcionais à nossa disposição. A escolha de uma teoria econômica particular, então, depende muito mais da visão de mundo a priori com a qual o indivíduo está equipado. Isso já é dado pelo fato de que um paradigma, um ponto de vista, os axiomas de determinado modelo não são provados, mas que um indivíduo seleciona uma escola de pensamento que melhor corresponde a sua visão de mundo sobre as pressuposições ou conclusões para o dado modelo – um modelo de moda, se quiser. Essa escolha pode ser completamente irracional e emotiva, baseada em simpatia a priori com suas pressuposições ou os resultados esperados do modelo. **Modelos, então, são frequentemente aceitos não com base em sua conformidade com a realidade (nenhum deles é realista), mas com base em sua harmonia com um conceito do mundo, uma espécie de rima com a visão de mundo, de como nós acreditamos ou (frequentemente) queremos acreditar. Mesmo modelos positivos (no sentido de descritivos) são, em sua base, normativos.** Nesse aspecto, a economia é também uma fé – em axiomas que não são provados, nós precisamos apenas acreditar. Em uma abordagem extrema, mesmo a economia se transforma em uma religião” (SEDLACEK, 2011, p. 302, tradução livre, sem grifos no original).

⁸⁰ A obra de Schumpeter traz a crença de que o método científico seria capaz de eliminar o viés ideológico inicial dos modelos econômicos. Outros autores, contudo, defendem que essa dissociação é impossível a indesejável. Revisando o debate sobre o conceito de ideologia, cf. Souza (1980, p. 42-49).

Esse problema das ideologias torna-se ainda mais intrincado quando, muitas vezes, vem acompanhado de um discurso tecnicista de negação de viés ideológico, ou neutralidade política:

as ideologias mais bem-sucedidas são aquelas que nós assumimos tão naturalmente, tão ideologicamente, que nós as sequer percebemos, que dirá as questionamos. No campo de batalha das ideias, o ‘home run’ de qualquer ideologia ou ideia é tornar-se tão enraizada de modo a parecer natural e ‘sempre ali’.⁸¹ (SEDLACEK, 2011, p. 300, tradução livre).

Observe-se, então, que os dois problemas acima mencionados não derivam da natureza dos modelos, em si, mas de eventual insistência em sua utilização como única alternativa, da negação de seu caráter parcial ou ideológico, ou, em outras palavras, do *universalismo* de seus proponentes.

A emergência de diferentes contextos fáticos e valorativos deve estimular a permanente revisão dos modelos econômicos⁸², que devem ser tidos como representações provisórias, derivadas de um conhecimento sempre incompleto da realidade⁸³. Rodrik (2015) critica a atitude de alguns economistas que, diante da emergência de novos fatos, “descartam a contribuição mais valiosa de sua profissão: a multiplicidade de modelos desenhados para

⁸¹ No original: “And most successful ideologies are those that we take so naturally, so ideologically, that we do not even notice, let alone question, them. In the battleground of ideas, the home run of any ideology or idea is to become so deep-rooted as to seem natural and ‘always there’ ”.

⁸² Esse processo de constante crítica é, justamente, a controversa aposta de Schumpeter para o manejo, pelo método científico, do perene “viés ideológico” dos modelos econômicos. O autor, a partir da pressuposição de um conjunto de procedimentos científicos “impostos sobre nós pela prática científica em campos que são pouco ou nem um pouco afetados pela ideologia” que “tendem a esmagar o erro ideologicamente condicionado das visões a partir das quais nós começamos”. Esse processo aconteceria, justamente, a partir da acumulação de novos fatos que o analista deverá interpretar em novas esquematizações: “[o]s novos conceitos e relações, que outra pessoa vai formular se ele [o analista] não o faz, deve verificar suas ideologias ou então destruí-las. E se esse processo é autorizado a se desenrolar completamente, ele irá, de fato, não nos proteger da emergência de novas ideologias, mas irá isentar os existentes de erro” (SCHUMPETER, 1954, p. 40, tradução livre). É claro que a existência de procedimentos científicos “pouco ou nem um pouco afetados pela ideologia”, pressupostos pelo autor, é uma questão controversa (com a qual discordamos), que não se irá discutir aqui: o ponto é a importância atribuída pelo autor à permanente crítica e revisão dos modelos econômicos, processo que, acreditamos, a ortodoxia pode impedir de “se desenrolar completamente”. Mesmo Schumpeter, contudo, observava limites aos resultados que o processo científico poderia obter: “É verdade que na Economia, e ainda mais em outras ciências sociais, a esfera do estritamente provável é limitada no fato de que há sempre franjas finais das coisas que são questões de experiência pessoal e impressão dos quais é praticamente impossível retirar a ideologia, ou além disso a desonestidade consciente, completamente. O conforto que nós podemos extrair do nosso argumento é então nunca completo. Mas ele cobre a maioria do terreno no sentido de estreitar a esfera das proposições ideologicamente viciadas consideravelmente, isso é, de estreitá-las e tornar sempre possível localizar os pontos em que podem estar ativas” (SCHUMPETER, 1954, p. 40, tradução livre).

⁸³ Observa Rodrik que a incompletude do conhecimento é, justamente, uma fonte da utilidade dos modelos, mas que deve-se estar atento a mudanças de contexto: “O que faz um modelo útil é que ele captura um aspecto da realidade. O que o faz indispensável, quando bem utilizado, é que ele captura o aspecto mais relevante da realidade em um dado contexto. Diferentes contextos – diferentes mercados, configurações sociais, países, períodos de tempo, e assim por diante – requerem modelos diferentes” (RODRIK, 2015, cap. 1, tradução livre).

uma variedade de configurações – em favor da busca do único e exclusivo modelo universal” (RODRIK, 2015, cap. 1, tradução livre), alertando que, “[q]uando usados dogmaticamente, eles [os modelos econômicos] levam à arrogância e a erros na política pública”⁸⁴ (RODRIK, 2015, cap. 1, tradução livre).

É sobre esses dois problemas que a análise seguinte irá se desenrolar. Pergunta-se: qual a visão de mundo subjacente ao modelo econômico da maximização do bem-estar total? Quais valores econômicos ele inclui (e quais ele exclui)? Qual o consenso contemporâneo sobre tais valores? Qual sua potencial influência na formulação e aplicação do direito concorrencial?

Agrupando-se essas perguntas em uma só, questiona-se, então: qual eficiência?

3.2 Eficiência econômica: o debate estadunidense

O modelo econômico articulado pela Escola de Chicago é construído sob a pressuposição de uma organização social composta por dois pólos: o mercado, compreendido como uma instituição composta por agentes racionais, auto-interessados, com informação completa, cuja interação tende à autocorreção de eventuais distorções e, portanto, à eficiência (STUCKE, 2012, p. 556); e o Estado, cuja aptidão para melhorar os resultados naturalmente obtidos pelo mercado – mesmo diante de eventuais “falhas de mercado” – é vista com profunda desconfiança (RUBINFELD, 2008, p. 51).

No mercado, os consumidores, agentes racionais, manifestam escolhas orientadas à maximização de seu bem-estar. As empresas, em resposta, encontram-se em permanente esforço para estruturar sua produção para a satisfação de tais escolhas, sendo daí que deriva sua lucratividade – e, portanto, a maximização de seu próprio auto-interesse. Se a sobrevivência da empresa é derivada de sua lucratividade, somente aquelas mais aptas à satisfação das necessidades dos consumidores – e que, portanto, comportam-se racionalmente – permanecerão no mercado⁸⁵.

⁸⁴ No original, com o trecho completo: “What makes a model useful is that it captures an aspect of reality. What makes it indispensable, when used well, is that it captures the most relevant aspect of reality in a given context. Different contexts – different markets, social settings, countries, time periods, and so on – require different models. And this is where economists typically get into trouble. They often discard their profession’s most valuable contribution – the multiplicity of models tailored to a variety of settings – in favor of the search for the one and only universal model. When models are selected judiciously, they are a source of illumination. When used dogmatically, they lead to hubris and errors in policy”.

⁸⁵ Cf., também, Adams e Brock (1995, p. 285), analisando como a posição de Bork sobre a autocorreção do mercado é construída sobre uma extrapolação da ideia de “seleção natural” da teoria evolucionista de Darwin.

Num tal contexto, a obtenção de uma posição dominante é normalmente resultado de extraordinária eficiência. A concentração econômica, via de regra, não é um problema social, já que ela é um reflexo da escolha de milhões de consumidores, que consideram aquela empresa uma escolha superior àquelas que o mercado naturalmente ofereceria em caso contrário (ADAMS; BROCK, 1995, p. 287).

Mesmo que, excepcionalmente, o mercado seja distorcido por alguma prática anticompetitiva, a posição dominante daí resultante tenderá a ser eventualmente erodida pela entrada – que é atraída pelos lucros supracompetitivos obtidos pela empresa incumbente – o que consubstancia a tendência à autocorreção do mercado (HOVENKAMP, 1985, p. 227). A crença na pervasividade de barreiras à entrada – que constituem “fantasmas” habitando a teoria antitruste (BORK, 1978, p. 310) – é equivocada, haja vista o fato de que elas representam a dificuldade das tarefas a serem implementadas e, portanto, constituem indicadores *naturais* da eficiência dos incumbentes. A única exceção é quando o próprio Estado constrói barreiras *artificiais* ao regular o mercado, o que impede o movimento de autocorreção de forma perene e grave.

Com base nessas premissas, defende-se que muitas das condutas que constituíam grande parte da preocupação do antitruste tradicional estadunidense – como fusões, conglomerações, práticas verticais, preços predatórios e outras – são geralmente eficientes (e, portanto, pró-competitivas) e, em longo prazo, passíveis de autocorreção. Diante dessa natural tendência dos mercados à geração de eficiência econômica – valor que constitui a verdadeira preocupação do Congresso estadunidense (BORK, 1978) – propõe-se que a legislação antitruste deve ser aplicada de modo bastante limitado em face da atividade econômica, penalizando apenas aquelas excepcionais condutas que são inquestionavelmente ineficientes (EASTERBROOK, 1984).

A composição do conceito de *eficiência econômica* é estruturada sob o quadro conceitual da teoria do preço que, segundo Bork, é o único conhecimento capaz de atribuir racionalidade ao antitruste, por constituir uma matéria “intensamente lógica” derivada de poucas premissas com largo fundamento empírico (BORK, 1978, p. 117). Seus fundamentos serão analisados a seguir.

3.2.1 Definições

Os argumentos que relacionam a finalidade do antitruste à eficiência estruturam-se, geralmente, em torno de uma teoria microeconômica neoclássica do *bem-estar* econômico. O

modelo do bem-estar parte da premissa de um mercado composto pelas dimensões da oferta e da demanda, em que agentes econômicos – racionais e auto-interessados na maximização de seu bem-estar – interagem na condição de consumidores e produtores. O bem-estar econômico total de determinado setor é medido pela soma do *excedente (bem-estar) do consumidor* – a diferença entre o que os consumidores estariam dispostos a pagar por determinado bem e o que efetivamente pagam por ele – e do *excedente (bem-estar) do produtor* – a lucratividade obtida pelos produtores de determinado setor, ou a diferença entre o preço obtido e o custo de produção (KAPLOW, 2012, p. 4).

Para explicar a importância da política de defesa de concorrência, em face da teoria do bem-estar econômico, geralmente se faz recurso à comparação entre os cenários hipotéticos de concorrência perfeita e monopólio.

Um mercado hipotético sob concorrência perfeita é caracterizado, em linhas gerais⁸⁶, por uma grande quantidade de consumidores e produtores transacionando bens homogêneos, com livre entrada e saída. Nesse contexto, os participantes do mercado são considerados “tomadores de preço” (*price takers*), uma vez que suas decisões individuais de consumo ou produção não afetam o preço de equilíbrio do mercado (KRUGMAN; WELLS, 2013, p. 346).

No cenário do monopólio, por outro lado, temos um único fornecedor para determinado bem sem substitutos próximos, o que lhe garante *poder de mercado* – a capacidade de alterar unilateralmente fatores de mercado como preço e quantidade (KRUGMAN; WELLS, 2013, p. 375).

Com base em conclusões derivadas desses dois modelos, é geralmente estipulado que a concorrência perfeita amplia a eficiência, considerada em suas dimensões alocativa e produtiva.

A eficiência *alocativa* refere-se à alocação dos recursos escassos em determinada situação. Embora o critério mais citado para sua mensuração seja a “eficiência de Pareto” – sob a qual uma determinada alocação de recursos é ótima quando é impossível melhorar a situação de um indivíduo sem prejudicar outro – é normalmente utilizada a variação denominada “eficiência de Pareto potencial”, ou critério de compensação de Kaldor-Hicks, que estipula que uma realocação de recursos é eficiente quando os ganhos de bem-estar são superiores às perdas, de modo que os ganhadores podem potencialmente compensar os perdedores, quer isso ocorra ou não (HOVENKAMP, 2011, p. 83-84).

Em um mercado em concorrência perfeita, em equilíbrio de longo prazo, o produtor

⁸⁶ Outros autores descrevem o modelo de forma mais detalhada, com hipóteses adicionais. Carlton e Perloff, por exemplo, acrescentam as características de informação perfeita, ausência de custos de transação, ausência de externalidades e perfeita divisibilidade do produto (CARLTON; PERLOFF, 1999, p. 57).

tomador de preços irá expandir sua produção tanto quanto for economicamente viável, até o ponto em que o custo marginal da produção de um bem (custo de produção de uma unidade adicional do bem) é igual ao preço de mercado (WHISH; BAILEY, 2012, p. 5). Esse equilíbrio terá maximizado o bem-estar total, ao alocar as transações para os consumidores que lhes atribuem mais valor e para os produtores que mais valorizam o direito de comercializar o bem – ou seja, aqueles com o menor custo de produção – com o maior número de transações mutualmente benéficas⁸⁷ quanto possível – de modo que, sob a perspectiva da eficiência alocativa, é impossível melhorar a situação de algum agente sem piorar a de outrem (KRUGMAN; WELLS, 2013, p. 118).

Já o monopolista, dotado de poder de mercado e com intenção de maximizar sua lucratividade, provocará uma “escassez artificial” do produto, ofertando uma quantidade em que sua receita marginal equivalha ao custo marginal, reduzindo a oferta e, portanto, elevando os preços a um patamar *supracompetitivo* – mais elevado que aquele obtido em um hipotético equilíbrio competitivo (KRUGMAN; WELLS, 2013, p. 385).

Nesse contexto, em comparação com a situação de concorrência perfeita, alguns consumidores deixarão de ter acesso ao bem, ao passo que outros consumidores pagarão mais pelo acesso ao bem, gerando uma redução do excedente do consumidor. Essa redução do bem-estar do consumidor, contudo, é maior do que o aumento correspondente no excedente do produtor, já que, em razão de transações não-realizadas, por conta do aumento de preços, parte do bem-estar do consumidor é perdida (ao invés de transferida aos produtores) o que caracteriza uma redução no bem-estar econômico total e, portanto, uma ineficiência alocativa conhecida como “peso-morto do monopolista” (“*deadweight loss*”) (MOTTA, 2004, p. 54).

Outro aspecto da ineficiência alocativa, decorrente desse quadro, são os esforços do monopolista para conquista e manutenção de sua posição (“*rent seeking*”), especialmente através de esforços junto ao poder público em prol de regulação favorável (“*lobbying*”), o que caracteriza dispêndio de recursos que poderiam ser utilizados em atividades produtivas de valor, compondo o custo social do monopólio (MOTTA, 2004, p. 56).

Já a dimensão da eficiência *produtiva* refere-se à situação em que – dadas as possibilidades de produção em razão da tecnologia existente e insumos – é impossível produzir uma quantidade adicional de um bem sem sacrificar a produção de outro (KRUGMAN; WELLS, 2013, p. 30).

⁸⁷ Se o consumidor valoriza mais o bem do que o produtor, as transações continuarão ocorrendo até o ponto em que isso não seja mais verdadeiro (o custo de produção marginal será maior que o valor atribuído a ele pelo consumidor marginal) (MANKIWI, 2014, p. 147).

É possível que, em comparação com a situação de concorrência perfeita, o monopólio acarrete perdas sociais decorrentes de ineficiência produtiva. Em razão da livre entrada e saída empresarial, no regime de concorrência perfeita, o mercado tende à permanência das empresas com menor estrutura de custos: fosse possível preço menor, ocorreria a entrada de novos agentes, com aumento de oferta e conseqüente redução de preços (WHISH; BAILEY, 2012, p. 5). A ausência de pressão concorrencial reduziria, então, os estímulos à ampliação da eficiência produtiva, o que acarreta uma perda de bem-estar econômico adicional à sociedade (MOTTA, 2004, p. 58).

Por fim, observe-se que, para além das eficiências alocativa e produtiva – de natureza *estática*, referindo-se a um dado momento temporal e às tecnologias existentes – muito se refere à eficiência *dinâmica*, que corresponde à introdução de novas tecnologias produtivas (inovação), o que expande as possibilidades de produção de determinada sociedade e, com isso, amplia o bem-estar econômico (MOTTA, 2004, p. 70). Embora afirme-se, genericamente, que um monopolista tem menos incentivos à inovação, a relação entre concorrência, lucros de monopólio e incentivos à inovação é mais complexa e será abordada oportunamente, adiante.

3.2.2 Os padrões de bem-estar econômico no direito concorrencial estadunidense

As conclusões genéricas acerca da eficiência e bem-estar econômico, acima apresentadas, referem-se a modelos hipotéticos de concorrência perfeita e monopólio, dificilmente verificáveis na realidade econômica.

A maioria das práticas questionadas no cenário antitruste segue a tendência geral de acarretar redução do excedente do consumidor, através do sobrepreço, ao mesmo tempo em que também reduz o bem-estar total, produzindo ineficiência alocativa de “peso-morto” (p.ex.: um cartel clássico). Alguns arranjos, contudo, apresentam efeitos ambíguos, em especial quando contrapõem os efeitos econômicos de maximização do bem-estar total à maximização do excedente do consumidor (ex.: uma prática gera eficiências produtivas, mas permite elevação de preços para o consumidor, reduzindo seu excedente). Há um *trade-off* entre ineficiências alocativas e produtivas, que pode traduzir-se, ou não, na maximização do bem-estar total (eficiência agregada).

Nessas situações, fica ainda mais evidente o caráter normativo das escolhas decisórias efetuadas pela autoridade concorrencial, uma vez que é necessário escolher entre priorizar a maximização do bem-estar do consumidor ou a maximização do bem-estar total. Em prol da

escolha entre um ou outro objetivo, articulam-se conjuntos de proposições teóricas e jurídicas conhecidos como *padrões de bem-estar* (“welfare standards”).

O contexto analítico em que essa escolha de padrão de bem-estar é decisivo, geralmente, envolve práticas econômicas que, ao mesmo tempo, gerem efeitos de aumento de poder de mercado e economias de custos de produção (KIRKWOOD; LANDE, 2008b, p. 241).

Exemplificando esse tipo de situação, destacam-se as concentrações entre concorrentes: há situações em que uma fusão, por exemplo, pode acarretar consideráveis economias de custo, ao mesmo tempo em que aumente a aptidão e incentivo para exercício de poder de mercado. Se o aumento da eficiência produtiva é superior à ineficiência alocativa acarretada pela concentração, o efeito líquido sobre o bem-estar total é positivo, ao passo que, de todo modo, o excedente do consumidor é reduzido. A decisão para o caso dependerá, então, do padrão de bem-estar adotado (SALOP, 2010, p. 337).

Outras implicações importantes dizem respeito à escolha do padrão para o tratamento antitruste de práticas econômicas que geram tão-somente efeitos distributivos (transferência de excedente de consumidor para produtor), sem impacto no bem-estar total. Não ocorre, aqui, a criação da ineficiência alocativa de “peso-morto”, como a discriminação perfeita de preços e outras práticas⁸⁸.

Uma questão a se atentar é que ambos os padrões de bem-estar econômico definem seu objetivo como a maximização do “bem-estar do consumidor”. Um deles, contudo, utiliza o termo como estipulado pela teoria econômica (excedente do consumidor), e o outro utiliza o termo impropriamente, como sinônimo da maximização do bem-estar total.

⁸⁸ Blair e Sokol (2012, p. 497 e seguintes) apresentam os seguintes exemplos hipotéticos desse tipo de prática: um cartel que ofereça uma oferta “tudo-ou-nada”, sob o qual o consumidor adquire a quantidade competitiva sob o preço de monopólio, ou nada adquire (há redução do bem-estar do consumidor, mas não há ineficiência alocativa pois a quantidade vendida é a mesma que teria ocorrido sob o equilíbrio competitivo); um cartel que imponha um preço de duas partes, sendo um deles uma taxa inicial de acesso equivalente ao excedente do consumidor, e o outro uma taxa por uso igual ao custo marginal (de modo que os produtores permanecem fornecendo a mesma quantidade competitiva, capturando o inteiro excedente do consumidor através da taxa de acesso inicial); cartel de licitantes em um leilão inglês (em que o preço mínimo de venda é baixo, e os lances constituem acréscimos sucessivos ao preço até a vitória da maior oferta), que impeça a elevação do valor de venda para além do preço mínimo (a venda ainda ocorrerá, não havendo ineficiência alocativa, mas o excedente do vendedor – que constituiria a diferença entre o preço mínimo e o preço obtido na competição por lances – será transferido para os licitantes). Essas práticas, observam os autores, não obstante sua indiferença para o bem-estar total, são condenadas *per se* sob a Seção §1 do Sherman Act (BLAIR; SOKOL, 2012, p. 502).

3.2.2.1 O “bem-estar do consumidor” em sentido impróprio: o padrão do bem-estar total

Nas condições especificadas no modelo acima referido, a elevação de preços derivada do exercício do poder de mercado, tudo o mais constante, acarreta a redução do bem-estar total, traduzida na ineficiência alocativa de “peso-morto”. Em algumas situações, contudo, a elevação do poder de mercado são associados ganhos de eficiência produtiva, o que pode aumentar o excedente do produtor em magnitude maior às perdas de eficiência alocativa derivadas do sobrepreço, o que irá, em verdade, aumentar o bem-estar total. Esse é o foco de preocupação daqueles que defendem que o objeto normativo do antitruste é promover a eficiência econômica, definida como a maximização do bem-estar econômico total (ou agregado) no mercado relevante.

A metodologia para implementação desse padrão, na análise concorrencial, envolve a utilização do critério Pareto-potencial (princípio de compensação de Kaldor-Hicks) na avaliação do impacto de uma prática econômica, comparando as eficiências produtivas (aumento do excedente do produtor) às ineficiências alocativas derivadas do exercício de poder de mercado (redução do excedente do consumidor), para avaliar o impacto no bem-estar agregado (BLAIR; SOKOL, 2013a, p. 2.499). Desse modo, a licitude concorrencial está subordinada à constatação de que os ganhos de bem-estar dos vencedores seriam suficientes para compensação dos danos ao bem-estar dos perdedores – não sendo necessária efetiva compensação, já que esse balanceamento é necessário apenas para que, somados os excedentes, verifiquem-se efeitos positivos no bem-estar total.

Esse padrão normativo foi classicamente estruturado pelas obras de Robert H. Bork, um dos principais nomes da tradição antitruste da Escola de Chicago. Um traço marcante de sua contribuição é a confusão conceitual por ele instaurada: ao mesmo tempo em que o autor estipula que a intenção do Congresso estadunidense, ao promulgar o Sherman Act, foi a maximização do “bem-estar do consumidor”, a definição que Bork apresenta para o termo é marcadamente distinta do seu significado na teoria econômica⁸⁹.

Para Bork, perseguir o “bem-estar do consumidor” significa maximizar a riqueza de uma sociedade através de uma alocação ótima de recursos, em prol da ampliação da produção

⁸⁹ Essa manobra conceitual de Bork suscita diversas críticas na teoria norte-americana. Cf. Orbach, que afirma que “o bem-estar do consumidor Borkeano nunca foi nada além de uma forma fraca de eficiência alocativa. Isso foi e ainda é um abuso do termo. Robert Bork confundiu, entendeu mal e abusou de conceitos básicos da economia quando popularizou o bem-estar do consumidor como a prescrição das leis antitruste” (ORBACH, 2010, p. 16, tradução livre).

dos bens que o consumidor deseja.

O bem-estar do consumidor é o maior quando os recursos econômicos da sociedade são alocados de modo que os consumidores são aptos a satisfazer suas necessidades tão completamente quanto as restrições tecnológicas permitem. Bem-estar do consumidor, nesse sentido, é meramente outro termo para a riqueza da nação⁹⁰. (BORK, 1978, p. 90, tradução livre)

O bem-estar do consumidor em Bork é, então, completamente identificado à eficiência econômica, especificamente em suas dimensões alocativa e produtiva, cabendo, então, ao antitruste “ampliar a eficiência alocativa sem prejudicar a eficiência produtiva tão consideravelmente a ponto de produzir nenhum ganho ou uma perda líquida no bem-estar do consumidor”⁹¹ (BORK, 1978, p. 91, tradução livre).

Tal identificação de conceitos obscurece o fato de que – mesmo no modelo williamsoniano de bem-estar utilizado por Bork para sua exposição – a maximização do bem-estar total, não raro, caminha em sentido oposto à maximização do bem-estar do consumidor. Basta considerar, novamente, o exemplo de uma fusão horizontal que acarrete aumento na probabilidade de exercício de poder de mercado, reduzindo o excedente do consumidor, ao mesmo tempo em que gere consideráveis economias de custo, aumentando o excedente do produtor. Se o aumento do excedente do produtor é de magnitude superior às perdas sofridas pelos consumidores, essa concentração é eficiente conforme o critério Kaldor-Hicks, muito embora seu resultado seja a redução do excedente do consumidor.

A principal repercussão dessa ideia é a indiferença com relação à distribuição de bem-estar entre os participantes do mercado. Como o bem-estar total é obtido a partir da soma entre os excedentes do consumidor e produtor, meras transferências entre um excedente e outro não são relevantes, já que não possuem impacto no valor de tal soma (SALOP, 2010, p. 343). O verdadeiro problema é a redução de bem-estar total, o que significa que, em outras palavras, o antitruste deve ser dedicado à geração de riqueza, sendo indiferente à sua distribuição.

⁹⁰ No original: “Consumer welfare is greatest when society’s economic resources are allocated so that consumers are able to satisfy their wants as fully as technological constraints permit. Consumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of the nation”.

⁹¹ No original, com o parágrafo completo: “These two factors may conveniently be called allocative efficiency and productive efficiency. (When, for convenience, the word ‘efficiency’ alone is used, productive efficiency is meant). These two types of efficiency make up the overall efficiency that determines the level of our society’s wealth, or consumer welfare. The whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare. That task must be guided by basic economic analysis, otherwise the law acts blindly upon forces it does not understand and produces results it does not intend”.

O argumento desse livro, é claro, é que a concorrência deve ser entendida como a maximização do bem-estar do consumidor, ou, se você preferir, a eficiência econômica. Isso requer raciocínio econômico porque as cortes precisam balancear, quando eles conflitam, possíveis perdas de eficiência na alocação de recursos com possíveis ganhos no uso produtivo desses recursos. Em uma palavra, a finalidade é máxima eficiência econômica para nos tornar tão ricos quanto possível. A distribuição dessa riqueza ou a realização de finalidades não-econômicas são os assuntos próprios de outras leis e não estão dentro da competência de juízes decidindo casos antitruste.⁹² (BORK, 1978, p. 427, tradução livre).

Entre os argumentos utilizados para justificar essa posição destaca-se a ideia de que os objetivos distributivos devem ser o objeto de outras políticas públicas, havendo uma “divisão de tarefas” entre as funções de criação de riqueza e de sua distribuição, sendo essa última melhor desempenhada pelos sistemas tributário e de transferências diretas de renda (FARRELL; KATZ, 2006, p. 11).

A redistribuição via antitruste, através, por exemplo, da adoção do padrão do excedente do consumidor – ao privilegiar situações em que o interesse do consumidor é garantido, a despeito da redução do bem-estar total – iria, basicamente, diminuir a riqueza disponível para redistribuição (KAPLOW, 2012, p. 13). Assim, seria ideal que o antitruste focasse na maximização da riqueza total, o que aumentaria a quantia disponível para redistribuição posterior por meio do sistema tributário (KAPLOW, 2012, p. 14).

O antitruste, ao aplicar um padrão focado no excedente do consumidor, não conseguiria diferenciar entre consumidores pobres e ricos, sendo que esses últimos tendem a se beneficiar mais intensamente das reduções de preço, porque tendem a consumir mais (KAPLOW, 2012, p. 8). Outro problema é diferenciar os consumidores intermediários (que também são produtores) dos consumidores finais (KAPLOW, 2012, p. 8). Além disso, há o argumento de que muitos consumidores são também investidores de empresas ou trabalhadores e, portanto, também teriam acesso aos ganhos de bem-estar acumulados pelos produtores (FARRELL; KATZ, 2006, p. 11). Todas essas questões seriam melhor tratadas, segundo essa abordagem, pelo sistema fiscal e de redistribuição de renda, que tem a capacidade de analisar os padrões de renda de cada indivíduo.

⁹² No original: “The argument of this book, of course, is that competition must be understood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency. That requires economic reasoning because courts must balance, when they conflict, possible losses of efficiency in the allocation of resources with possible gains in the productive use of those resources. In a word, the goal is maximum economic efficiency to make us as wealthy as possible. The distribution of that wealth or the accomplishment of noneconomic goals are the proper subjects of other laws and not within the competence of judges deciding antitrust cases”.

3.2.2.2 O “bem-estar do consumidor” em sentido próprio: a maximização do excedente do consumidor

Uma das conclusões que o modelo de bem-estar permitiu derivar é que o exercício de poder de mercado – na medida em que acarrete “escassez artificial” em razão de preços supracompetitivos – ocasiona redução do *excedente do consumidor*, uma vez que alguns consumidores pagarão mais pelo acesso ao bem, enquanto outros deixarão de ter acesso ao consumo (KAPLOW, 2012, p. 4).

Esse é o foco de preocupação daqueles que sustentam que a finalidade do direito concorrencial é a proteção do consumidor do exercício de poder mercado. Defende-se que o objetivo normativo do direito concorrencial é a maximização do bem-estar do consumidor, definido estritamente como o excedente do consumidor no mercado relevante (KIRKWOOD; LANDE, 2008b, p. 192).

Um importante ponto de disputa entre os defensores do padrão do bem-estar do consumidor e a Escola de Chicago é a narrativa da história do Sherman Act: ao contrário de Bork, defende-se que o objetivo do Congresso estadunidense, ao promulgar a legislação antitruste, foi, acima de tudo, proteger os consumidores da transferência indevida de sua riqueza para os produtores, em razão do exercício do poder de mercado (LANDE, 2013, p. 2.360). O excedente do consumidor, nessa abordagem, teria sido considerado, pelo Congresso estadunidense, um direito de propriedade dos consumidores, cabendo ao antitruste impedir sua extração indevida (KIRKWOOD; LANDE, 2008b, p. 202; SALOP, 2010, p. 350).

Se, então, sob o padrão do bem-estar total, é possível que uma conduta seja considerada lícita em razão da magnitude de suas eficiências (desde que superem a perda de bem-estar do consumidor decorrente do exercício de poder de mercado), sob o padrão do bem-estar do consumidor a pedra-de-toque é a elevação de preços, de modo que ganhos de eficiência só são decisivos na medida em que possam ser transferidos aos consumidores (na forma, por exemplo, da redução de preços) (SALOP, 2010, p. 337)⁹³.

A visão é também estruturada em torno de argumentos baseados em concepções políticas. Defende-se que a maximização do excedente do consumidor é a opção normativa mais compatível com as escolhas do eleitorado estadunidense, que não apoiaria regras que

⁹³ Steven Salop apresenta o seguinte exemplo para essa situação: “[...] se uma fusão para monopólio eleva os preços e reduz o bem-estar dos consumidores por \$100 mas, simultaneamente, eleva os lucros do monopolista em \$110 porque ele agora usufrui de preços elevados e custos ligeiramente reduzidos, a conduta seria abençoada pelo padrão de bem-estar econômico agregado, mas condenada pelo verdadeiro padrão do bem-estar do consumidor” (SALOP, 2010, p. 337, tradução livre).

redistribuísssem riqueza dos consumidores para uma pequena parcela de monopolistas, mesmo que isso tornasse a sociedade como um todo mais rica⁹⁴ (KIRKWOOD; LANDE, 2008b, p. 237). Outros autores, ainda nessa linha, analisam que – após anos de reformas não-intervencionistas capitaneadas por Chicago, que teriam expandido a capacidade de exercício de poder de mercado pelos produtores – um renovado foco no excedente do consumidor⁹⁵ seria importante para a estabilidade democrática e preservação da “barganha política” entre grupos de interesse contrapostos⁹⁶ que sustenta o antitruste estadunidense (BAKER, 2013a, p. 2.185).

O padrão do bem-estar do consumidor é, geralmente, considerado distributivo, por favorecer a transferência de riquezas para os consumidores ao invés da riqueza total (FARRELL; KATZ, 2006, p. 9; HOVENKAMP, 2013, p. 2.472). Alguns autores que defendem a abordagem consumerista, contudo, alegam que o padrão do bem-estar total é que tem viés distributivo, ao permitir transferências de renda dos consumidores para os produtores (SALOP, 2010, p. 350), ao passo o padrão do bem-estar do consumidor estaria preocupado somente em impedir a transferência indevida de recursos entre consumidores e produtores, não com a distribuição de riqueza (KIRKWOOD; LANDE, 2008b, p. 200)⁹⁷. Essas questões distributivas serão analisadas mais adiante.

3.2.2.3 Qual o padrão dominante na jurisprudência estadunidense?

Muito embora os proponentes da abordagem welfarista para o direito antitruste justifiquem a adoção de tais modelos em razão de sua objetividade, previsibilidade e

⁹⁴ No mesmo sentido, Herbert Hovenkamp, embora defenda a adoção do padrão do bem-estar total, estipula acreditar que “Por uma questão de política, contudo, é improvável que o Congresso favoreça uma abordagem para o antitruste que proteja práticas eficientes enquanto causa dano imediato ao consumidor, mesmo que que as consequências em longo prazo sejam provavelmente benéficas” (HOVENKAMP, 2011, p. 86, tradução livre).

⁹⁵ Esse foco renovado seria, para Jonathan Baker, um padrão de bem-estar do consumidor qualificado: a regra seria a maximização do excedente do consumidor, mas excepcionalmente seria possível permitir práticas que acarretassem um acréscimo muito considerável ao bem-estar do produtor, com poucas perdas de excedente do consumidor (BAKER, 2013a, p. 2.186).

⁹⁶ Para Jonathan Baker (2013a, p. 2.184) a promulgação da legislação antitruste poderia ser explicada sob a perspectiva de uma barganha entre, de um lado, o grupo de interesse dos grandes produtores – cujo foco é a ampliação da eficiência e seu bem-estar – e, de outro, o grupo de interesse dos consumidores, pequenos agricultores e empresários – cujo interesse é em usufruir de preços baixos, ou a maximização de seu excedente. Nessa perspectiva, as preocupações distributivas do antitruste assumem valor por permitirem a manutenção do apoio político a esse modelo de organização econômica por parte do grupo de interesse dos consumidores, o que foi sendo negligenciado ao longo de décadas de reformas sustentadas em argumentos de bem-estar agregado de Chicago.

⁹⁷ Para Kirkwood e Lande (2008, p. 200), a preocupação com a transferência de riquezas do consumidor para o produtor seria tão distributiva quanto o é a preocupação com o furto de bens, uma vez que o excedente do consumidor é considerado um direito de propriedade.

facilidade de operacionalização, a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA não tem sido um bom testemunho de tais virtudes.

Com efeito, a Suprema Corte nunca apresentou uma declaração inequívoca sobre qual sentido de “*consumer welfare*” estaria adotando em sua jurisprudência (BLAIR; SOKOL, 2012, p. 475). Por essa razão, disputa-se qual o padrão adotado na jurisprudência estadunidense.

De fato, em algumas ocasiões, a Suprema Corte dos EUA diretamente cita a obra de Bork para estipular, como esse autor, que o Sherman Act é uma “*prescrição de bem-estar do consumidor*”. Por causa do uso impróprio do termo pelo autor (que utiliza a expressão como sinônimo de bem-estar total), contudo, a referência ao “bem-estar do consumidor” pela Corte não autoriza a conclusão de que ela também se estaria referindo, como Bork, ao “bem-estar total” (BLAIR; SOKOL, 2012, p. 476). Isso é também colocado em dúvida pelo fato de que, em muitas dessas decisões, essa citação a Bork é acompanhada de uma análise do impacto de práticas econômicas sobre os preços para os consumidores, o que não indica a adoção do padrão do bem-estar total⁹⁸.

O entendimento geral, contudo, é o de que a jurisprudência estadunidense, especialmente a mais recente, chancela uma abordagem subordinada, em sua essência, à maximização do excedente do consumidor⁹⁹. Identifica-se, de modo geral¹⁰⁰, a referência ao dano ao consumidor como parâmetro para aferição da legalidade de determinada conduta, independentemente da magnitude das eficiências constatadas (HOVENKAMP, 2013, p.

⁹⁸ Cf. Blair e Sokol (2012, p. 476) para uma análise de diversas amostras jurisprudenciais dessa confusão terminológica: por exemplo, em *Reiter* (1979) a Corte cita Bork para afirmar que o Sherman Act é uma prescrição de bem-estar do consumidor, para concluir que o objetivo da tripla indenização do sistema estadunidense é proteger os consumidores do sobrepreço causado por cartéis, o que não indica uma adoção do padrão do bem-estar total; em *NCAA* (1984), igualmente, a referência a Bork é utilizada para justificar a análise do impacto da limitação de direitos de transmissão de jogos esportivos no preço e quantidade da oferta para os consumidores; dentre outros.

⁹⁹ “[...] contudo, se a evidência em um caso particular indica que uma prática confrontada facilita o exercício de poder de mercado, resultando em oferta que é realmente menor e preços que são realmente maiores, os tribunais uniformemente condenam a restrição sem consideração a eficiências compensatórias. De fato, se teria grandes dificuldades para encontrar uma única decisão em recurso que fez apreciação fática de que uma prática impugnada resultou em oferta menor e preços maiores mas que também foi além para aprovar a restrição porque as eficiências provadas excederam as perdas do consumidor. Em suma, as cortes quase invariavelmente aplicam um teste de bem-estar do consumidor” (HOVENKAMP, 2013, p. 2476).

¹⁰⁰ Hovenkamp observa, contudo, que, em casos em que os efeitos sob o consumidor não são claros, os ganhos de eficiência passam a ser mais relevantes: “(1) Quando uma prática produz perdas inequívocas ao consumidor na forma de oferta reduzida em curto prazo ou preços maiores, economias imediatas de custo aos produtores não servem como uma defesa antitruste, não importa qual seja seu tamanho; ademais, alegações de ganhos em longo prazo para os produtores são ignorados uma vez que dano ao consumidor é identificado. (2) Quando uma prática tem efeitos ambíguos nos consumidores, talvez porque prejudica alguns mas beneficia outros, mas os efeitos não podem ser liquidados e quantificados, então os ganhos dos produtores resultantes da eficiência podem se tornar relevantes. Esses são os casos mais difíceis de bem-estar do consumidor no antitruste. Neles, efeitos mensuráveis na oferta são particularmente importantes” (HOVENKAMP, 2013, p. 2.479, tradução livre).

2.477), ao passo que não se identificam decisões que se prestaram a calcular a ineficiência alocativa acarretada pelo exercício do poder de mercado (LANDE, 2013, p. 2.387). Esse reconhecimento é verdadeiro mesmo para autores que defendem a adoção do padrão do bem-estar total¹⁰¹.

No caso *Leegin* (2007), por exemplo, a Suprema Corte reverteu seu entendimento anterior com relação à fixação do preço de revenda (que deixou de ser analisada como ilícita *per se*) com base na justificativa de que a regra da razão “distingue entre restrições com efeito anticompetitivo que são prejudiciais ao consumidor e aquelas com efeito pró-competitivo que são do maior interesse do consumidor”¹⁰² (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2007, seq. (a), tradução livre), definição que destaca a primazia da proteção ao consumidor na análise da razoabilidade (BLAIR; SOKOL, 2012, p. 480).

Outro exemplo importante é a decisão da Suprema Corte dos EUA para o caso *Brooke Group Ltd. Vs. Brown and Williamson Corp.* (1993), paradigmática para a teoria estadunidense dos preços predatórios. Nessa decisão, a Suprema Corte dos EUA estabeleceu que, para caracterização de preços predatórios, além da precificação abaixo de uma medida apropriada dos custos, é necessária uma expectativa razoável ou uma “perigosa probabilidade” de recuperação, pela empresa predadora, dos prejuízos em que incorreu ao precificar de tal maneira (UNITED STATES OF AMERICA, 1993, p. 224).

A justificativa da Suprema Corte para tal exigência é de que a predação malsucedida – aquela em que a empresa não consegue recuperar os prejuízos incorridos – não geraria prejuízos ao consumidor. Se, após o período da precificação com descontos, a empresa não consegue elevar os preços a um patamar supracompetitivo, o único efeito sentido pelos consumidores seriam preços reduzidos por um certo período temporal (UNITED STATES OF AMERICA, 1993, p. 224).

Essa abordagem prioriza, visivelmente, os efeitos da predação no nível de preços e no excedente do consumidor, em vez de alguma outra medida de eficiência alocativa: aqui, só há prejuízo à concorrência se, em última análise, a prática é apta a gerar posterior elevação de preços (ORBACH, 2010, p. 18). A Suprema Corte elimina qualquer dúvida sobre essa questão ao reconhecer que, mesmo que a predação malsucedida seja passível de acarretar ineficiência

¹⁰¹ É o caso, por exemplo, de Hovenkamp (2013), Blair e Sokol (2012) e Orbach (2010).

¹⁰² No original: “The rule distinguishes between restraints with anticompetitive effect that are harmful to the consumer and those with procompetitive effect that are in the consumer’s best interest”.

alocativa¹⁰³, seus efeitos no nível de preços tornam a prática desejável, sob o ponto de vista do interesse do consumidor.

A recuperação é a objetivo final de um esquema de precificação predatória ilícito; ela é o meio pelo qual um predador lucra com a predação. Sem ela, o preço predatório produz preços agregados menores no mercado, e o bem-estar do consumidor é ampliado. **Embora a precificação predatória mal-sucedida possa encorajar certa substituição ineficiente no sentido do produto sendo vendido a menos que seu custo, a predação mal-sucedida é, em geral, uma benção aos consumidores.**¹⁰⁴ (UNITED STATES OF AMERICA, 1993, p. 124, tradução livre, sem grifos no original).

A dominância do critério da maximização do excedente do consumidor é evidente, em especial, na política de aplicação da lei antitruste estadunidense aos atos de concentração horizontal (HOVENKAMP, 2013, p. 2.476). As *Horizontal Merger Guidelines*¹⁰⁵, em sua última revisão apresentada em 2010, são categóricas em estabelecer que, no contexto de análise de eficiências de determinado ato, é necessário que elas – independentemente de seu tamanho – sejam suficientes para prevenir quaisquer danos ao consumidor, especialmente na forma de aumentos de preço, cabendo analisar os incentivos econômicos à transmissão de eficiências ao consumidor¹⁰⁶. Essa abordagem é também dominante na jurisprudência relacionada ao tema (BLAIR; SOKOL, 2012, p. 490).

Por fim, um destaque importante quanto à implementação dos padrões de bem-estar é o fato de que, em qualquer de suas variantes, a alteração no bem-estar não é o único requisito para a aplicação da legislação antitruste. Nem toda prática econômica é objeto de escrutínio

¹⁰³ Esses efeitos de ineficiência alocativa estão ligados ao fato de que a predação gera dispêndio de recursos em prol da manutenção de uma prática exclusionária, bem como atrai substituição ineficiente (consumidores que não iriam consumir o produto em seus valores normais passam a consumir o produto, deixando de consumir produtos que valorizariam mais sob condições normais de preço) (BRODLEY, 1987).

¹⁰⁴ No original: “Recoupment is the ultimate object of an unlawful predatory pricing scheme; it is the means by which a predator profits from predation. Without it, predatory pricing produces lower aggregate prices in the market, and consumer welfare is enhanced. Although unsuccessful predatory pricing may encourage some inefficient substitution toward the product being sold at less than its cost, unsuccessful predation is in general a boon to consumers”.

¹⁰⁵ Os “Horizontal Merger Guidelines” (Diretrizes para Fusões Horizontais) é um documento emitido pelo Department of Justice (DOJ) e a Federal Trade Commission (FTC) para apresentar os procedimentos e técnicas de análise utilizados por essas agências na aplicação da legislação federal antitruste norte-americana em atos de concentração entre concorrentes (horizontais). A última revisão do documento data de 2010.

¹⁰⁶ “[...] as Agências consideram se as eficiências cognoscíveis iriam provavelmente ser suficientes para reverter o potencial da fusão de prejudicar adquirentes no mercado relevante, e.g., ao prevenir elevações de preço naquele mercado. [...] O quanto maior seja o efeito competitivo adverso potencial de uma fusão, maiores devem ser as eficiências cognoscíveis, e mais devem ser elas transmitidas aos adquirentes, para que as Agências concluam que a fusão não irá ter um efeito anticompetitivo no mercado relevante. Ao aderir a essa abordagem, as Agências têm em mente que as leis antitruste dão à concorrência, não à eficiência operacional interna, primazia na proteção dos adquirentes” (UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice, Federal Trade Commission, 2010, sec. 10, tradução livre, sem grifos no original).

antitruste simplesmente em razão de seus efeitos no bem-estar total ou do consumidor, já que, previamente à análise de eficiência, é necessário que a prática seja considerada anticoncorrencial em algum sentido convencional, pela sua natureza ou por sua previsão legislativa explícita (FARRELL; KATZ, 2006, p. 8)¹⁰⁷.

Não fosse assim, os padrões de bem-estar trariam algumas implicações problemáticas. No caso da abordagem do bem-estar total – uma vez que a análise trata o excedente do consumidor e do produtor como equivalentes (sendo importantes apenas os efeitos agregados) – a proteção dos concorrentes poderia tornar-se necessária, caso determinada prática acarretasse um prejuízo ao bem-estar do concorrente maior que a elevação do bem-estar da empresa dominante e dos consumidores, em agregado (SALOP, 2010, p. 343). Dessa forma, uma prática competitiva que desvie a produção de uma empresa dominante mais eficiente para um rival menos eficiente – mesmo que acarrete redução de preços para o consumidor – pode ter efeitos agregados negativos¹⁰⁸. Essa situação contrariaria a clássica afirmação de que o antitruste serve à proteção da concorrência, e não dos concorrentes.

Da mesma forma, uma prática de concorrência desleal, sem impacto nos preços, poderia ser ilícita, se o prejuízo ao rival for superior ao benefício obtido pela empresa que adotou a prática (SALOP, 2010, p. 346). Ademais, uma prática exclusionária que impeça a entrada de um concorrente menos eficiente – independentemente de eventual redução de preços no mercado relevante, em razão da entrada – poderia ser considerada lícita sob o padrão do bem-estar total. A entrada do concorrente menos eficiente (embora benéfica ao consumidor, se provocar uma redução de preços) diminuiria a eficiência daquele mercado, já que parte da oferta seria produzida pelo concorrente com maior estrutura de custos que a

¹⁰⁷ Farrel e Katz observam que a análise de bem-estar é organizada, então, em duas etapas: “Assim, a lei evoluiu em direção a proibir somente atos que, ao mesmo tempo, (a) prejudiquem a concorrência em um sentido ordinário (mesmo que, às vezes, vago) e (b) prejudica a eficiência e/ou o excedente do consumidor. O debate sobre o chamado ‘padrão’ é o debate sobre o padrão aplicado na etapa (b)” (FARRELL; KATZ, 2006, p. 6, tradução livre).

¹⁰⁸ Salop apresenta o seguinte exemplo: “[...] considere a seguinte fusão hipotética que leva a prejuízo ao concorrente: suponha que no mercado pré-fusão para um produto diferenciado, há uma empresa dominante de baixo custo com uma participação de mercado de 90% e dois concorrentes de alto custo, cada um com uma participação de mercado de 5%. Agora suponha que as duas empresas menores propõem se fundirem. Assuma que os fatos incontroversos são de que a fusão irá reduzir os custos das empresas fusionadas, mas a um nível que permanece significativamente acima dos custos da empresa dominante. Suponha que a fusão também faça baixar os preços em 10%, e permite que as empresas fusionadas elevem sua participação de mercado combinada de 10% para 20%. Essa fusão seria, aparentemente, um benefício para os consumidores. Contudo, ela também poderia simultaneamente reduzir o bem-estar agregado porque iria levar a custos de produção globais maiores como resultado de a empresa dominante de baixo custo perder vendas para seu concorrente de maior custo. Sob o padrão do bem-estar agregado, a fusão em princípio poderia ser condenada com esses fundamentos – mesmo a despeito dos benefícios aos consumidores” (SALOP, 2010, p. 344, tradução livre).

empresa incumbente (SALOP, 2010, p. 345)¹⁰⁹.

Já quanto ao padrão do bem-estar do consumidor, considere-se o exemplo da cobrança de preços de monopólio. Fosse o dano ao excedente do consumidor o único critério para aferição da ilicitude, a prática deveria ser ilícita. Observe-se, contudo, a decisão da Suprema Corte dos EUA em *Trinko* (2004), que estipulou que a cobrança de preços de monopólio é considerada lícita, exceto quando acompanhada de práticas anticoncorrenciais para sua aquisição ou manutenção. Essa decisão evidencia que o impacto no excedente do consumidor não é o único critério de avaliação de uma prática econômica (FARRELL; KATZ, 2006, p. 8).

A despeito da questão jurisprudencial norte-americana, o restante do texto fará referência ao padrão do bem-estar total, haja vista ser ele o padrão dominante na teoria norte-americana. Ele é o adotado, inclusive, pela maioria dos autores da escola “Pós-Chicago”, cujas discussões contemporâneas, em sua parte substancial, não questionam a eficiência econômica como finalidade última do direito concorrencial, embora sejam marcadas por uma menor fé no poder de autocorreção do mercado e maior confiança no poder regulatório do Estado, em algumas situações restritas (MARKHAM JUNIOR, 2011, p. 281).

3.3 O que o modelo da eficiência econômica exclui de sua análise?

A “revolução” da Escola de Chicago não representa, simplesmente, o nascimento de uma abordagem econômica e científica para questões concorrenciais. A “revolução” representa um esforço de universalização de uma visão específica da relação entre Estado e economia, qual seja, a corporificada no modelo de maximização do bem-estar total e que se situa, historicamente, no movimento ideológico neoliberal (DAVIES, 2010).

O que se deve ter em conta, então, é que o modelo de maximização do bem-estar total representa apenas *uma* visão, dentre as diversas possíveis no âmbito da própria teoria econômica, do papel do direito concorrencial nas sociedades contemporâneas.

O recurso unicamente aos elementos conceituais articulados por esse modelo econômico – racionalidade econômica, tendência à autocorreção dos mercados, eficiência

¹⁰⁹ Considere também esse exemplo: “Suponha que um concorrente com altos custos entraria em um mercado atendido por um monopolista de baixo custo. Presuma que essa entrada faria com que os preços caíssem mas iria elevar os custos totais de produção ao desviar produção para o entrante menos eficiente. Suponha que o monopolista, então, se envolve em algum tipo de conduta exclusionária para manter o entrante fora do mercado [...]. Sob o verdadeiro padrão do bem-estar do consumidor, essa conduta seria ilegal se impedisse os preços de caírem. Mas, sob o padrão do bem-estar total, poderia ser defendida com o fundamento de que previne uma redução na eficiência que mais do que compensa qualquer redução no peso-morto no excedente do consumidor” (SALOP, 2010, p. 345, tradução livre).

estática, irrelevância de preocupações distributivas, dentre outros – pode, contudo, obscurecer outros valores econômicos, sociais e políticos importantes para uma política pública adequada em diversos contextos fáticos e jurídicos.

Problematizar o modelo da eficiência econômica, portanto, não diz respeito a adotar uma postura anticientífica, de rejeição do conhecimento oferecido pela Economia¹¹⁰. Trata-se, ao invés, de reconhecer, como afirmado no início desse capítulo, que modelos econômicos são explicações incompletas da realidade econômica, e, em diversas situações, outras visões sobre a relação entre o Estado e o fenômeno econômico podem ser importantes para a obtenção de resultados socialmente ótimos: “a população requer que o aplicador da lei considere todos os efeitos econômicos que a conduta empresarial específica produz, e não só aqueles que podem ser mais facilmente capturados pelos modelos econômicos” (DREXL, 2011, p. 311).

Nesse contexto, o que se observa é que, além de considerações sociais e políticas mais amplas, o modelo econômico do bem-estar total exclui também considerações eminentemente econômicas: “[o] modelo determina a ‘relevância’. Evidência relevante é aquela que é explicada pelo ou ‘se encaixa’ no modelo existente. Evidência irrelevante é aquela que não pode ser explicada pelo modelo”¹¹¹ (HOVENKAMP, 1985, p. 215, tradução livre).

Em outras palavras, se uma análise de custos e benefícios parece um exercício técnico, politicamente neutro, essa impressão se desfaz quando se identificam os juízos normativos prévios à essa análise: o que deverá ser considerado custo? O que constituirá benefício? Quais os critérios para sua quantificação e balanceamento?

Excluir preocupações econômicas, sociais e políticas que “não se encaixam” no modelo do bem-estar total, então, não é uma escolha puramente técnica. Diferenças de abordagem econômica, aqui, “derivam mais de valores fundamentais e presunções sobre o comportamento humano e sobre a desejabilidade de fenômenos tais como distribuição desigual de renda do que a escolha de uma técnica analítica ou empírica à outra”¹¹² (SCHERER, 2008, p. 32, tradução livre). A adesão a tais valores, como visto, deve derivar sua legitimidade em face do ordenamento jurídico em que se insere o analista.

¹¹⁰ Foer observa, nesse sentido que “Quando a Escola de Chicago se refere à Economia, ela não fala do amplo campo de profissionais que foram treinados na Economia universitária e que se consideram economistas. Ao invés, ela parece arrogar todo o reino econômico a si própria. Esse é um truque, semelhante à captura por Robert Bork do termo ‘bem-estar do consumidor’ para o gosto do antitruste da Escola de Chicago” (FOER, 2014, p. 11).

¹¹¹ No original: “The model determines ‘relevance’. Relevant evidence is that which is explained by or ‘fits into’ the existing model. Irrelevant evidence is that which cannot be accounted for by the model”.

¹¹² No original: “The differences stem more from fundamental values and assumptions about human behavior and about the desirability of such phenomena as unequal income distribution than from the choice of one analytic or empirical technique over another”.

Os tópicos seguintes buscam descrever algumas das preocupações excluídas nesse contexto, e analisar como elas podem ser importantes para o direito concorrencial contemporâneo.

3.3.1 O estático e o dinâmico na análise concorrencial

O modelo econômico neoclássico do bem-estar, como se observou acima, é de natureza estática: seu foco é no nível de preços e quantidades em um dado momento temporal, assumindo constantes as tecnologias existentes (KRUGMAN; WELLS, 2013, p. 30). Por princípio, então, esse instrumental desconsidera os impactos econômicos das condutas na aptidão e incentivos para a inovação, elementos que integram o conceito de *eficiência dinâmica*¹¹³ (OCDE, 2007, p. 17; WILLIAMSON, 1969, p. 107).

A visão clássica de Bork é a de que a inovação deveria permanecer um assunto estranho ao antitruste, devendo ser tratado por legislação separada (como o sistema de propriedade intelectual). O foco no bem-estar agregado irá liberar recursos para que os produtores invistam na satisfação de outras necessidades dos consumidores (BLAIR; SOKOL, 2012, p. 484-485), mas é o interesse dos consumidores pela inovação (disposição a pagar por ela) o que irá definir sua lucratividade e viabilidade. Bork, então – com grande fé na racionalidade da demanda do consumidor por inovação (ORBACH, 2010, p. 24) – defendia que a inovação ocorreria naturalmente nesse processo, não constituindo preocupação do antitruste:

Progresso, nesse sentido, obviamente não é sem custo para os consumidores. Ele requer a devoção de recursos para pesquisa e desenvolvimento que seriam de outra forma devotados à produção de outros bens e serviços. Progresso irá ocorrer mesmo sem consideração especial pela lei, mas a velocidade será aquela que os consumidores escolhem, pelo quanto tornam lucrativo se dedicar à atividade de produzir progresso. As cortes não têm critério para estabelecer desvios do bem-estar do consumidor para conciliação aqui, também. Tais desvios deveriam vir de direção legislativa específica, como na legislação de patentes, subsídios ou isenções fiscais.¹¹⁴ (BORK, 1967, p. 251, tradução livre).

¹¹³ Cf. Kerber, que constata: “Uma vez que a teoria econômica não integrou com sucesso a dimensão da inovação na teoria geral do equilíbrio, o problema do progresso tecnológico e, conseqüentemente, da eficiência dinâmica permanece, em grande medida, fora da teoria neoclássica dominante do equilíbrio” (KERBER, 2008, p. 6, tradução livre).

¹¹⁴ No original, com o trecho completo: “But the propriety of ‘progressiveness’ as an antitrust criterion is not obvious. As defined by Kaysen and Turner, “progress consists in increasing output, in increasing output per unit of input by the development of new techniques, and in producing new and better final products. Progress in this sense is obviously not costless to consumers. It requires the devotion of resources to research and development that would otherwise be devoted to the production of other goods and services. Progress will occur even without special consideration by the law, but the rate will be that which consumers choose by the degree to which they make it profitable to engage in the activity of producing progress. Courts have no criteria for establishing compromise deviations from consumer welfare here either. Such deviations should come from specific legislative direction, as in the patent statutes, subsidies, or tax relief”.

Marginalizar a inovação como preocupação do antitruste é problemática, contudo, quando se leva em consideração que o progresso tecnológico é considerado um elemento central para o crescimento econômico em longo prazo (KERBER, 2008, p. 5). Com base em evidências de que a contribuição da eficiência dinâmica para o crescimento econômico é superior à oferecida por ganhos estáticos de eficiência, alguns autores defendem que a inovação seja considerada uma prioridade na aplicação da legislação antitruste (PORTER, 2001, p. 952).

O grande problema é que a inovação é um processo de difícil compreensão e mensuração, sendo problemático identificar seus incentivos determinantes, direção e se seu conteúdo será benéfico ou prejudicial à coletividade (STUCKE, 2012, p. 583).

A questão da inovação tem constituído um importante ponto de debates no antitruste contemporâneo (KOVACIC; SHAPIRO, 2000, p. 57). Em especial, uma grande disputa não-resolvida refere-se a qual estrutura de mercado é mais apta a estimular a inovação. Essa disputa busca identificar o *trade-off* ideal entre eficiência estática e dinâmica, embora ambas tenham em comum a percepção de que o foco exclusivo em eficiência estática, sob o modelo clássico de Chicago, é insuficiente para que o direito da concorrência contribua adequadamente para o desenvolvimento econômico (SIDAK; TEECE, 2009, p. 582).

Uma das perspectivas em disputa é a chamada Schumpeteriana, que estipula que o poder de monopólio pode ser necessário à inovação, uma vez que, dentre outras razões, somente grandes empresas em mercados oligopolizados ou monopolizados poderiam suportar os riscos da inovação e auferir adequadamente seu retorno, ao passo que a lucratividade supracompetitiva permitiria o investimento em pesquisa e desenvolvimento, e o prospecto da obtenção de tal lucratividade constituiria o principal incentivo para a inovação (WAKED, 2015, p. 990). O argumento da necessidade de garantia da *apropriabilidade* dos retornos aos arriscados investimentos envolvidos no processo de inovação – limitando-se, para esse fim, o efeito da “carona” (*free-riding*) de rivais nos resultados desses investimentos, que acarreta o efeito de derramamento (*spillover*) das externalidades positivas geradas pela inovação – é transferido do domínio das patentes para o antitruste (BRUNELL, 2001, p. 1). Um exemplo desse argumento seria a afirmação de que a contratação compulsória, em razão da recusa de fornecer uma infraestrutura essencial, prejudicaria a apropriação dos retornos ao investimento da empresa detentora da infraestrutura, desincentivando novos investimentos.

Esse ideário traduz-se em uma preocupação geral em limitar a aplicação do antitruste contra práticas exclusionárias, tendo em conta o risco de reduzir o retorno de investimentos presentes e os incentivos para investimentos futuros (HYLTON; LIN, 2010). Sob essa ótica,

perdas de eficiência estática em curto prazo (através da assunção de uma posição dominante com aptidão de elevar preços) podem ser justificáveis em função de ganhos de eficiência dinâmica em longo prazo. É essa a visão expressa no conceito de *função social dos lucros de monopólio*, expressa na decisão da Suprema Corte dos EUA para o caso *Trinko* (LAO, 2014, p. 660).

No outro pólo da disputa, contrapõem-se os trabalhos que buscam evidenciar que uma estrutura de mercado competitiva compõe o principal incentivo à inovação. Destaca-se, nesse ponto, a contribuição de Kenneth Arrow, que observa que o monopolista, em razão da lucratividade de que já goza anteriormente à possível invenção, tem interesse na manutenção do *status quo* e, portanto, pouco incentivo à inovação quando ausente competição no mercado do produto, uma vez que seus ganhos adicionais seriam reduzidos em relação às vendas que já possui (SHAPIRO, 2012, p. 362). Enquanto a inovação do incumbente serviria para substituir seus próprios negócios, o que gera poucos ganhos adicionais, um novo entrante estaria inovando para capturar negócios que ainda não possui, o que implica em ganhos muito mais substanciais (BAKER, 2007, p. 579). Essa visão busca, então, reconhecer o valor disruptivo da introdução de inovações por entrantes que, mesmo que de pequeno porte (ou na condição de *start-ups*), conseguem financiar a inovação por meio de recursos obtidos junto ao mercado de capitais de risco, por exemplo (SIDAK; TEECE, 2009, p. 587).

Embora dessa disputa ainda não tenha resultado um consenso, seu desenrolar vem apontando para a conclusão de que a pressão competitiva e a contestabilidade dos mercados constituem importantes motores para a inovação.

Análises empíricas que buscaram estabelecer uma relação direta entre concentração de mercado e taxa de inovação restaram inconclusivas, especialmente tendo-se em vista o caráter complexo e multi-causal desse fenômeno (BAKER, 2007, p. 583). Quando, contudo, as análises não são focadas em uma estrutura específica de mercado, analisando de modo mais geral a interação entre rivalidade e inovação, Osti (2015) analisa que os resultados apontam substancialmente para uma relação positiva entre maior pressão competitiva e maior incentivo para investimento em inovação (OSTI, 2015, p. 262; SHAPIRO, 2012, p. 282)¹¹⁵.

Baker (2007), revisando a literatura econômica pertinente à matéria, aponta quatro princípios sobre a relação entre antitruste e inovação.

O primeiro princípio é o de que quando duas ou mais empresas competem pela

¹¹⁵ Sidak e Teece analisam que mesmo Schumpeter, embora tenha estabelecido a importância de lucros supracompetitivos para a eficiência dinâmica, não considerava o monopólio, em si, um requisito absoluto, reconhecendo também a importância da rivalidade e da persistência de pressão competitiva para o desenvolvimento econômico (SIDAK; TEECE, 2009, p. 587).

introdução de um mesmo produto ainda não existente (como em uma “corrida pela patente”), a concorrência estimula a inovação (BAKER, 2007, p. 579).

O segundo princípio estabelece que, quando há concorrência entre empresas que fornecem um mesmo produto existente, há estímulo à inovação para implementar melhorias a tal produto ou redução de custos de produção, como meio de se justamente “escapar” da concorrência pré-inovação (BAKER, 2007, p. 580).

O terceiro princípio é um corolário do segundo: se a inovação não contribui para que a empresa “escape” da concorrência no mercado pós-inovação, há menores incentivos para que a empresa invista nesse processo. Por essa razão, há mais incentivo para inovação que acarrete diferenciação de produtos, o que pode amenizar a concorrência pós-inovação (BAKER, 2007, p. 580). A decisão de inovar, nesse caso, está ligada à comparação entre os benefícios de se escapar da concorrência sofrida no mercado pré-inovação e os prejuízos derivados da concorrência no mercado pós-inovação (BAKER, 2007, p. 581).

Por fim, o quarto princípio estabelece que a empresa terá incentivo à inovação se, o fazendo, conseguirá desencorajar a inovação por parte de rivais. Isso ocorre, por exemplo, porque o primeiro a inovar não enfrenta concorrência pós-inovação – estabelecendo com mais facilidade identificação entre a inovação e sua marca, consolidando ganhos de escala, etc. (“first-mover advantage”) – enquanto os inovadores subsequentes já enfrentarão concorrência pós-inovação (por parte do primeiro inovador já estabelecido) o que reduz seus incentivos para investimento (BAKER, 2007, p. 581).

Enquanto o segundo princípio justifica maior intervenção antitruste para intensificar a concorrência pré-inovação, o terceiro princípio poderia acautelar contra intervenções que reduzam o retorno pós-inovação (BAKER, 2007, p. 589). Baker (2007) pondera que a política concorrencial, contudo, pode ser calibrada para adequar-se a cada contexto específico, promovendo a rivalidade quando a concorrência é pela própria inovação (primeiro princípio), ou quando se trata da concorrência pré-inovação (segundo princípio), sem necessariamente reduzir a apropriabilidade pós-inovação (terceiro princípio). A proteção da concorrência estimularia a inovação, por exemplo, em mercados do tipo “o vencedor leva tudo” – em que o inovador bem-sucedido irá necessariamente capturar uma ampla fatia de mercado pós-inovação, em razão de direitos de propriedade intelectual, efeitos de rede, etc. – não é possível presumir que a defesa da concorrência pós-inovação prejudicaria a apropriação de retornos adequados ao investimento (já que os retornos estão protegidos pelas características do mercado citadas), ao passo que certamente a rivalidade pré-inovação seria benéfica (BAKER, 2007, p. 594).

Conjecturar sobre qual estrutura de mercado teria maior tendência a conduzir à inovação é um exercício diferente de se conjecturar se essa estrutura deve ser mantida por meio de um enfraquecimento do antitruste. O mérito do argumento da apropriabilidade como justificativa para a não-intervenção em face de práticas exclusionárias é limitado, quando se leva em conta que, além da apropriabilidade, a rivalidade é um importante determinante da inovação em muitos mercados. Isso é verdadeiro especialmente para países em desenvolvimento, em que o principal tipo de inovação é do tipo *incremental* (reduzir os custos de produção ou introduzir melhorias em produtos já existentes), o foco na manutenção da rivalidade pré-inovação seria especialmente importante¹¹⁶.

No exemplo da contratação compulsória, mencionado acima, seria necessário analisar *em concreto* se a concessão do acesso à infraestrutura essencial prejudicaria a apropriação adequada do retorno ao investimento, e se a rivalidade resultante da concessão não poderia ter o efeito de incentivar novos investimentos pela firma dominante, em resposta à renovada pressão competitiva (BRUNELL, 2001, p. 13).

Além disso, o efeito de “derramamento” e difusão do conhecimento entre rivais e usuários é reconhecido como uma característica essencial para a natureza desejável da inovação, em vez de um problema a ser corrigido. Mais apropriabilidade, ao tornar mais custosa a difusão de técnicas já desenvolvidas, pode ter o efeito de limitar ou impedir o desenvolvimento de novas tecnologias, tendo-se em vista a natureza cumulativa do fenômeno da inovação (BRUNELL, 2001, p. 25).

Ademais, mesmo com a lucratividade reduzida pela concorrência no mercado pós-inovação – ou, de modo geral, pelo fato de que apenas uma fração do bem-estar gerado pela inovação é apropriada pela empresa – disso não decorre a conclusão de que a inovação não é adequadamente remunerada a ponto de não haver incentivo para sua adoção: basta que o

¹¹⁶ Nesse sentido, observa Lewis: “De fato, deve-se ter em mente que, na vasta maioria das economias nacionais, inovações patenteáveis baseadas em pesquisa do tipo de laboratório não são uma fonte comum de dinamismo. Apesar de uma proclividade da parte daqueles que afirmam o imperativo da inovação mais fortemente a associar inovação com direitos de propriedade intelectual, inovação de processos e incremental, adaptações ‘no trabalho’ [on-the-job] de tecnologias e processos, inovações que reduzem custos de produção e melhoram produtos existentes, são certamente mais prevalentes que aquelas que geram novos produtos e deslocam as fronteiras tecnológicas e que comumente invocam direitos de propriedade intelectual. Inovação de processos e incremental é precisamente movida pela rivalidade de novos entrantes com baixos custos gerais e um punhado de engenheiros empreendedores que desafiam incumbentes estabelecidos ao introduzir técnicas com menor custo de produção e pequenas melhorias a produtos existentes. Isto é, na maior parte, a forma que a inovação assume em países em desenvolvimento e com renda média e pode bem ser a mais importante fonte de dinamismo mesmo nos países em desenvolvimento, que também estão envolvidos no desenvolvimento de novos produtos e serviços. Inovação de processos e incremental é precisamente o tipo de inovação que é positivamente promovida por uma robusta aplicação da lei contra conduta unilateral, que promove mercados acessíveis ao proteger contra conduta exclusionária da parte dos incumbentes” (LEWIS, 2008, p. 19, tradução livre).

prospecto de lucratividade pós-inovação seja superior ao relativo ao mercado pré-inovação (BAKER, 2007, p. 581). Além disso, constata-se que, se a concorrência pós-inovação reduz os lucros do inovador bem-sucedido, os lucros dos concorrentes que não introduziram inovações seriam ainda mais deprimidos, o que representa um estímulo à inovação (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 1.003).

A expansão de argumentos de apropriabilidade seria mais problemática, ainda, em situações em que se trata de posições dominantes entrincheiradas, protegidas por barreiras persistentes à entrada, décadas de ausência de legislação antitruste, antigos monopólios estatais privatizados como um todo, em que é impossível determinar que há, de fato, um retorno de investimento substancial em inovação a ser protegido – ou, se o há, se a posição dominante já não perdura tempo suficiente para que tais retornos não tenham sido adequadamente auferidos, para o dizer o mínimo. Esse contexto é caro para os países em desenvolvimento, como se verá no capítulo seguinte.

Há evidências de que uma postura não-intervencionista quanto a práticas exclusionárias pode desincentivar a inovação, ao contribuir para a perpetuação do poder de monopólio em detrimento de entrantes inovadores, sendo possível, inclusive, identificar diversas condições em que a proteção da rivalidade elevaria a taxa de inovação em determinado mercado relevante (SHAPIRO, 2012, p. 401). Nesse sentido, Wu (2012) argumenta que, se o foco do antitruste for a inovação, sua principal preocupação deverá ser com as práticas exclusionárias. Essas práticas teriam o condão de impedir a inovação “externa” (introduzida por entrantes no mercado), que teria maior potencial de ser disruptiva – já que a empresa incumbente tende a ter menos incentivo em reconfigurar radicalmente o mercado para o qual já consolidou investimentos (WU, 2012, p. 317). Ao mesmo tempo, a ameaça de inovação “externa” é também um importante estímulo à inovação “interna” (pelas empresas já estabelecidas no mercado relevante) (WU, 2012, p. 318).

Desse modo, embora se reconheça que a apropriabilidade é importante, é controverso se seria justificada sua *expansão*, para além dos regimes de propriedade intelectual¹¹⁷, em direção a uma atitude tolerante generalizada com relação a práticas exclusionárias, sem

¹¹⁷ Lewis observa que: “[...] não se deve perder de vista o fato de que – não obstante a óbvia interface entre concorrência e inovação – os principais instrumentos jurídicos governando inovação de novos produtos são as regras governando a aquisição e exercício de direitos de propriedade intelectual. Se essas regras estão ‘sub-protetendo’ a inovação ou, de fato se elas estão ‘super-protetendo’ a inovação, e, assim, entrando em conflito regular e sistemico com as regras e padrões concorrenciais, então certamente a primeira melhor solução é consertar as regras de propriedade intelectual em vez de demandas ação compensatória dos aplicadores da legislação concorrencial, cuja ação carrega em si a distinta possibilidade de sub-aplicação das regras e padrões concorrenciais” (LEWIS, 2008, p. 19, tradução livre).

preocupação com a situação concreta diante da autoridade concorrencial.

Sob um foco exclusivo em eficiência estática, como visto, não se reconhece nenhum valor positivo intrínseco à rivalidade, ou nenhum valor negativo intrínseco à concentração de mercado. Não há problemas na exclusão de um rival, se a empresa excludente for capaz de cobrir a oferta da empresa excluída em preços iguais ou menores para o consumidor¹¹⁸.

Essa escolha é contraposta por argumentos que buscam reconhecer que a diversidade – a existência de distintos centros de decisão, aprendizado, tentativa e erro – teria um impacto positivo na taxa de inovação, bem como na estabilidade do sistema econômico. Essas visões buscam, também, resgatar a ideia de Hayek de que a concorrência seria um “procedimento de descoberta” de soluções produtivas e tecnológicas ainda desconhecidas, o que, analisa Kerber (2010), tem a consequência de resgatar o valor da concorrência enquanto *processo* antes que resultado, no âmbito do qual “a multiplicidade e diversidade das (tentativas paralelas das) empresas pode ser crucial para a efetividade da concorrência como um procedimento de descoberta”¹¹⁹ (KERBER, 2010, p. 2, tradução livre). Especialmente em mercados marcados por inovação intensa, essa natureza de “procedimento de descoberta” resta ainda mais evidente e, portanto, sugere-se que o foco deixe de ser em preços mais baixos para os produtos existentes, em curto prazo, para transferir-se à proteção da rivalidade e garantia da manutenção dos incentivos à experimentação e inovação, protegendo a escolha do consumidor em longo prazo (DREXL, 2010, p. 707). A essa visão se soma a abordagem da economia evolucionária, que identifica que, tal qual em ecossistemas naturais, o aumento da diversidade competitiva amplia a adaptabilidade e, assim, a resiliência dos sistemas econômicos a mudanças bruscas não-antecipadas, tendo em vista a existência de mais de um

¹¹⁸ Um exemplo desse raciocínio é a análise de Carlton para as consequências da compressão de margens de um rival, em um mercado marcado pela diferenciação de produtos. Para o autor, a eficiência ou não da prática está, necessariamente, conjugada à habilidade de a empresa excludente comercializar o produto da empresa excluída com um preço igual ou menor que o praticado até então (CARLTON, 2008, p. 275–276).

¹¹⁹ No original, com o trecho completo: “Two conclusions can be drawn: (1) Competition is a process, in which previously unknown knowledge is generated, and (2) the multiplicity and diversity of the (parallel trials of the) firms might be crucial for the effectiveness of competition as a discovery procedure”.

núcleo independente de experimentação e construção de soluções aos problemas postos¹²⁰ (HORTON, 2012, p. 644; KERBER, 2010, p. 29).

Em conclusão, resta claro que excluir esses aspectos dinâmicos da análise de custos e benefícios revela-se, então, uma escolha subjacente ao modelo de eficiência da Escola de Chicago, constituinte de sua *ideologia*, e não necessariamente universal. Especialmente em face das incertezas que permeiam esse tema, a escolha sobre o balanço ideal entre eficiência estática e dinâmica é, em última análise, uma escolha que cada nação deve fazer, tendo em vista a realidade econômica local¹²¹.

3.3.2 A questão distributiva

O critério da eficiência econômica (ou “maximização do bem-estar total”), no direito concorrencial, utiliza-se, como visto, do princípio de compensação de Kaldor-Hicks para apuração da desejabilidade das práticas que analisa. De acordo com esse princípio, uma prática é considerada eficiente se os ganhos dela derivados, por alguns indivíduos, seriam suficientes para compensar as perdas sofridas por outros – em outras palavras, se o bem-estar agregado (diferenças entre ganhos e perdas) é positivo, conforme já destacado anteriormente.

¹²⁰ Horton observa que essas considerações justificam uma abordagem menos leniente com relação a práticas exclusionárias de empresas dominantes: “É hora, então, de começar a levar novamente a sério a noção de que a destruição de competidores pela conduta predatória de empresa dominante e fusões agressivas são restrições externas prejudiciais ao crescimento natural de variação econômica, diversidade e complexidade. O medo de Chicago/Harvard de ‘falsos positivos ao lidar com alegações de práticas exclusionárias’ completamente ignora o risco de variação, diversidade e complexidade perdidas e os concomitantes prejuízos à saúde e estabilidade do nosso sistema econômico. Diferentemente dos teóricos de Chicago/Harvard, biólogos há muito têm apreciado que a diversidade competitivamente induzida aumenta a aptidão geral de um ecossistema. [...] Consequentemente, devemos começar a reconhecer a importância da diversidade de competidores e variação, e parar de apoiar sob a superficial, se não historicamente e evolucionariamente incorreta, afirmação de que é importante somente proteger a ‘concorrência, não os concorrentes’ ” (HORTON, 2012, p. 645, tradução livre).

No mesmo sentido, Kerber defende que essa vantagem da diversidade deve ser contrabalançada à questão da apropriabilidade: “Tanto por meio da análise dos benefícios gerais da diversidade como a partir da análise das vantagens da pesquisa paralela, pode ser mostrado que um número maior e diversidade de concorrentes experimentando de modo independente pode ter um efeito positivo na função de geração de conhecimento da concorrência. Como também pode haver várias vantagens de maior tamanho da empresa e concentração empresarial, um balanço entre as vantagens de mais experimentação paralela e essas vantagens de menos empresas concorrendo podem emergir” (KERBER, 2010, p. 29, tradução livre).

¹²¹ Cf. Kerber: “[...] pode-se sugerir que os cidadãos iriam apreciar tanto uma alocação eficiente de recursos e a geração e difusão de inovações, porque pode-se esperar que ambos aumentam sua riqueza. Isso implica que eficiência estática e dinâmica são importantes e que qualquer trade-off entre essas duas finalidades seria resolvido pela questão empírica sobre a importância relativa de eficiência estática e dinâmica em satisfazer as preferências dos cidadãos” (KERBER, 2008, p. 18, tradução livre). No mesmo sentido, Lewis: “[...] há muitas economias que exibem as características menos dinâmicas aludidas e que podem então, justificadamente, estar mais preocupadas com as consequências positivas de limitar o rent-seeking do que com o prospecto de esfriar a inovação, que podem, em outras palavras, derivar mais ganho de proteger eficiências estáticas do que de promover eficiências dinâmicas” (LEWIS, 2008, p. 18, tradução livre).

Uma importante característica desse critério é a premissa de que a compensação é apenas potencial, não necessariamente efetiva. Se a compensação irá efetivamente ocorrer, ou não, “é uma questão política que o economista, enquanto economista, dificilmente poderia pronunciar uma opinião”¹²² (KALDOR, 1939, p. 550, tradução livre). Esse é o argumento crucial para a tese da *separabilidade* entre eficiência e distribuição, que é constantemente apresentada como resposta às já conhecidas críticas à utilização da eficiência como critério de justiça (ZERBE, 2001, p. 8). Defende-se, sob a tese da separabilidade, que o critério da eficiência é politicamente neutro – cuidando de uma análise objetiva de como se pode fazer o metafórico “bolo” crescer – cabendo ao sistema político definir como ele será dividido, utilizando-se de instrumentos como o sistema tributário (POSNER, 1981, p. 105). Eastbrook, quanto à neutralidade política do critério de eficiência para o antitruste, observa nesse sentido que “finalidades baseadas em algo além da eficiência (ou seu indicador próximo bem-estar do consumidor) realmente requer aos juízes que redistribuam renda. Quanto consumidores devem contribuir para pequenos comerciantes é uma escolha política”¹²³ (EASTERBROOK, 1986, p. 1.705), ao passo que a eficiência não envolveria tal “escolha política”.

Algumas críticas à utilização do critério de Kaldor-Hicks, contudo, colocam em dúvida a possibilidade dessa separação entre eficiência e distribuição, evidenciando seu viés de manutenção de *status quo*¹²⁴, bem como sua incapacidade de diferenciar aspectos do bem-

¹²² No original, com o trecho completo: “Whether the landlords, in the free-trade case, should be in fact be given compensation or not, is a political question on which the economist, qua economist, could hardly pronounce an opinion”.

¹²³ No original: “Goals based on something other than efficiency (or its close proxy consumers' welfare) really call on judges to redistribute income. How much consumers should contribute to small grocers is a political choice”.

¹²⁴ O critério da compensação de Kaldor-Hicks parte do *status quo*, presumido eficiente, ignorando qualquer injustiça na distribuição inicial de renda (RAWLS, 1971; SEN, 1977), argumentando que isso poderia ser futuramente abordado pelo sistema tributário. A questão é que a própria distribuição inicial de renda afeta o resultado eficiente posterior, já que ela implica em diferentes preferências relacionadas a diferentes situações econômicas. Desse modo, diferentes pontos de partida na distribuição de renda geram diferentes configurações de mercado, o que, por óbvio, não é passível de correção *ex post* (HOVENKAMP, 1985, p. 247). A opção normativa subjacente a essa rivalidade é evidenciada pela possibilidade de uma proposta contrária, que sugira que “é apenas se a questão da distribuição de renda justa e equitativa for resolvida que pode ser legítimo para a defesa da concorrência focar exclusivamente em eficiência econômica” (LIANOS, 2013, pos. 8, tradução livre). O aspecto mais marcante do viés de manutenção *status quo*, contudo, deriva do fato de que o resultado da análise de Kaldor-Hicks depende do seu ponto de partida: se a passagem de uma situação à outra aumenta o bem-estar agregado, também sua reversão terá o mesmo efeito, o que é conhecido como “o paradoxo de Scitovsky” (LIANOS, 2013, p. 9). Diante desse tipo de incerteza, o resultado da análise seria uma não-intervenção, de modo que o ponto de partida – a injusta distribuição inicial de recursos – iria determinar o resultado (ZERBE, 2001, p. 9).

estar de pobres e ricos¹²⁵, o que é um testamento das suas peculiares bases ideológicas.

Ademais, a mera opção pelo padrão do bem-estar total tem considerável impacto distributivo (HOVENKAMP, 1985, p. 246), já que qualquer mudança na alocação de recursos permitida em função de uma medida eleita de “eficiência” já é, por si só, uma decisão distributiva (HORWITZ, 1980, p. 906). Assim, adotar o padrão do bem-estar total em substituição a um padrão do excedente do consumidor, por exemplo, implica em um consenso político, no sentido de abandonar qualquer proteção contra os efeitos redistributivos regressivos do exercício de poder de mercado, em prol da ideia de que, em longo prazo, isso beneficiará a sociedade como um todo (KERBER, 2008, p. 18). Em outras palavras, adotar o padrão do bem-estar total significa que, sempre que houver um conflito entre distribuição e eficiência, é essa última que deverá prevalecer – quando não há conflito, o padrão de bem-estar não impacta o resultado, como visto acima.

Deduzir esse consenso a partir da ideia de que o princípio da compensação de Kaldor-Hicks garante, em longo prazo, um resultado ótimo de Pareto em razão da alternância de posições – no sentido de que os vencedores de hoje serão os perdedores em situações diferentes (e vice-versa), havendo uma distribuição equânime dos ganhos e perdas (KERBER, 2008, p. 11) – é problemático em contextos em que o mesmo grupo de pessoas tende a sofrer a maior parcela das perdas (EVANS, 2008, p. 18)¹²⁶. Ignorar preocupações distributivas aqui, então, já é, por si só, uma decisão que impacta na distribuição de renda.

Mesmo ao se deixar de lado essas críticas – e assumindo-se, então, ser possível essa “divisão de tarefas” entre políticas de geração de eficiência e distribuição – relegando-se a função redistributiva à atuação *ex post* do sistema de taxas e transferências, outros problemas comparecem.

É curioso observar, em primeiro lugar, a ironia presente no fato de que a redistribuição futura – cuja eterna possibilidade é um dos principais argumentos articulados pelos economistas neoclássicos para justificar políticas que tendem a concentrar poder econômico –

¹²⁵ Além das problemáticas premissas comportamentais em que se baseia um modelo de bem-estar pautado nas preferências reveladas (SUNSTEIN, 2007), a impossibilidade de comparações de utilidade interpessoais sob esse critério – que evidenciam que um dólar gera mais utilidade para uma pessoa pobre do que para uma pessoa rica – além de outras questões relacionadas à mensuração de valor (que é baseado na disposição de pagar), levam alguns autores a afirmar que o critério tem um permanente viés de benefício aos produtores e aos ricos (BAKER, 1975; BEBCHUK, 1980).

¹²⁶ “A abordagem Kaldor é um tanto mecanicista e compara os ganhos de um grupo com as perdas do outro e então vê qual é maior. Contudo, tal abordagem se deixa aberta a uma tirania da maioria; políticas que beneficiam um maior número de pessoas mas seriamente prejudicam umas poucas sempre serão impostas. Um dos riscos mais significantes desse tipo de abordagem é que tendem a haver grupos de indivíduos que sofrem mais de um tipo de detrimento em mais de um momento. [...]. O princípio de compensação de Kaldor funciona como uma medida única, mas falha em situações em que múltiplos detrimientos ocorrem para o mesmo grupo de pessoas” (EVANS, 2008, p. 18, tradução livre).

é fortemente desaconselhada pelos mesmos, em sua análise das distorções comportamentais do sistema tributário (TOWNLEY, 2009, p. 28). Em referência ao antitruste, por exemplo, Kaplow (2012) parte da premissa de que qualquer medida redistributiva gera distorções indesejadas – taxar a riqueza reduz os retornos do investimento, desestimulando o empreendedorismo, enquanto redistribuir aos pobres desestimula a produtividade¹²⁷.

A partir dessa premissa, o autor conclui que inserir preocupações distributivas no antitruste iria promover uma *dupla distorção*¹²⁸: além de provocar as distorções comuns a qualquer redistribuição (constituindo uma taxa indireta da riqueza), isso ainda teria o condão de diminuir a eficiência das transações e, portanto, reduzir a quantidade de riqueza disponível para ser distribuída posteriormente pelo sistema tributário (KAPLOW, 2012, p. 4). Desse modo, o sistema tributário seria mais eficiente na distribuição, gerando somente a distorção comum a qualquer medida redistributiva. Além disso, esse sistema seria melhor em diferenciar pobres e ricos, por basear-se em faixas de renda globais e não à posição de cada indivíduo em mercados específicos (KAPLOW, 2012, p. 11).

3.3.2.1 Interações entre a distribuição e o “tamanho do bolo”

Um primeiro problema decorrente da aversão a preocupações distributivas – dentro e fora do antitruste – é que ele desconsidera a interação entre as desigualdades na distribuição e o crescimento econômico.

Um ponto muito revelador da contribuição de Bork para o antitruste é sua afirmação da equivalência entre “bem-estar total” e “bem-estar do consumidor”. Para o autor, maximizar a riqueza agregada traduz-se na ampliação da satisfação das necessidades dos consumidores, haja vista que maior eficiência econômica significa maior liberação de recursos para investimento em ampliação da oferta, redução de custos e criação de novos produtos (BORK, 1978, p. 90).

Essa visão é bastante disseminada na literatura. Blair e Sokol (2012), por exemplo, defendem que a adoção de um padrão do bem-estar total é adequada porque as economias de custo feitas pelas empresas no mercado relevante – mesmo que às custas de aumentos de

¹²⁷ Cf. Kaplow: “Porque nós taxamos de modo mais pesados aqueles que obtêm maior renda e subsidiados indivíduos através de programas de transferência na medida em que eles obtêm menor renda, o sistema de taxas e transferências cria incentivos para reduzir o esforço de trabalho, o que é ineficiente. Esse custo de eficiência limita a extensão de redistribuição que é viável e desejável e faz qualquer redistribuição que é adotada socialmente custosa” (KAPLOW, 2012, p. 12).

¹²⁸ Para uma crítica geral dos argumentos de “dupla distorção”, cf. Markovits (2005).

preço, em curto prazo – beneficiariam os consumidores como um todo¹²⁹.

Igualmente, Hovenkamp defende que adotar o padrão do bem-estar total – embora, para o autor, seja uma medida improvável de ser politicamente bem-sucedida – seria mais consoante à uma teoria econômica “sólida” porque “a maioria das eficiências têm um caminho de respingar através da economia de modo que elas beneficiam a todo mundo”¹³⁰ (HOVENKAMP, 2011, p. 86, tradução livre).

Kirkwood e Lande (2008a, p. 239) apontam que a manobra linguística acima mencionada – que identifica “bem-estar total” ao “bem-estar do consumidor” – mais do que uma utilização equivocada das definições da teoria econômica, revela um crucial traço subjacente ao pensamento de Chicago: a teoria do “*trickle-down economics*”, expressão que pode ser traduzida como “efeito multiplicador” ou “efeito cascata”. De acordo com essa teoria, o foco em políticas que ampliem a maximização da riqueza, mesmo que estas tenham caráter regressivo, é justificado pelo fato de que os benefícios do crescimento econômico, mesmo que distribuídos de forma desigual, tendem a “respingar” pela economia e beneficiar a todos (STIGLITZ, 2013, p. 1).

Nos últimos anos, uma crescente literatura vem atentando à questão da desigualdade econômica, revelando a magnitude do problema para a própria sustentação do sistema capitalista e das democracias liberais, em longo prazo (PIKETTY, 2014; STIGLITZ, 2012).

Um ponto importante dessa nova literatura é, justamente, evidenciar que a teoria do “*trickle-down economics*” não se mostra verdadeira, havendo também uma importante conexão entre desigualdade e crescimento econômico. Dentre as diversas razões aventadas pela literatura para essa relação, conforme revisão de literatura em Dabla-Norris *et al.* (2015, p. 09), estão: a desigualdade reduz a produtividade do trabalho, uma vez que uma crescente parcela da população fica desprovida de recursos para acumular o capital físico e humano necessário, o que, em longo prazo, também prejudica a mobilidade social e os benefícios econômicos dela derivados; redução da demanda agregada, já que o consumo dos pobres e da

¹²⁹ Defendem os autores: “Essas economias de custo, é claro, realmente ampliam os lucros dos vendedores nesse mercado. Mas seria um erro desconsiderar essas economias de custo como se não tivessem consequência para os consumidores. Os custos dos vendedores caem porque menos dos recursos escassos da sociedade são necessários para produzir o resultado sendo vendido. Esses recursos estão então disponíveis para produzir bens e serviços em outros mercados. Os benefícios ao consumidor fluindo dessas economias de custo podem ser difundidos através da economia, mas eles existem não obstante” (BLAIR; SOKOL, 2013a, p. 485-486, tradução livre).

¹³⁰ No original, com o trecho completo: “The consumer welfare debate exposes on of the antinomies between economic efficiency and democratic theory that so often emerge in policy making. As a matter of sound economics, the economic welfare approach is almost certainly preferable; most efficiencies have a way of trickling through the economy so that they benefit everyone. As a matter of politics, however, Congress is unlikely to favor an approach to antitrust that protects efficient practices while causing immediate consumer harm, even if the longer run consequences are likely to be beneficial”.

classe média importa mais para o crescimento econômico que a demanda dos ricos, que tendem a consumir em proporção menor a sua renda; aumento da instabilidade financeira nacional e global, em razão do superendividamento privado e inadimplência da população de pequena e média renda; redução da coesão social e confiança nas instituições; aumento dos custos políticos relacionados à implementação de políticas pró-crescimento que prejudiquem elites locais, bem como à implementação de políticas de combate à pobreza; aumento do *rent seeking* para manutenção de privilégios econômicos não-relacionados à produtividade¹³¹.

Pesquisas desenvolvidas sob os auspícios do próprio Fundo Monetário Internacional, por exemplo, concluíram que

se a participação na renda dos 20 por cento superiores (mais ricos) aumenta, então o crescimento do PIB de fato declina em médio prazo, sugerindo que os benefícios não respingam. Em contraste, um aumento na participação da renda dos 20 por cento inferiores (os pobres) é associada com maior crescimento do PIB.¹³² (DABLANORRIS *et al.*, 2015, p. 4).

Os trabalhos mais recentes da OCDE chegam à mesma conclusão¹³³.

Identifica-se, ainda por cima, que o sistema tributário e de transferências monetárias não desempenha suficiente papel redistributivo, sendo inclusive, em alguns casos, regressivo.

Em pesquisa publicada pela Organização Internacional do Trabalho, em 2008, analisando dados relacionados à redistribuição tributária em países desenvolvidos e em desenvolvimento num prazo de quinze anos, identificou que “a despeito do aumento da desigualdade de renda, o impacto redistributivo dos tributos e transferências sociais geralmente não foi apto a reverter essa crescente tendência”, apontando como uma das razões

¹³¹ Para outros trabalhos apoiando essas hipóteses, cf. Aghion e Caroli (1999), Carvalho e Rezai (2014), Easterly (2007), Engerman e Sokoloff (2002), Stiglitz (2013), Martin, Kersley e Greenham (2014).

¹³² No original, com o trecho completo: “First, we show why policymakers need to focus on the poor and the middle class. Earlier IMF work has shown that income inequality matters for growth and its sustainability. Our analysis suggests that the income distribution itself matters for growth as well. Specifically, if the income share of the top 20 percent (the rich) increases, then GDP growth actually declines over the medium term, suggesting that the benefits do not trickle down. In contrast, an increase in the income share of the bottom 20 percent (the poor) is associated with higher GDP growth. The poor and the middle class matter the most for growth via a number of interrelated economic, social, and political channels”.

¹³³ Observa a OECD, em publicação recente, que “enquanto trabalhos prévios da OCDE claramente mostraram que os benefícios do crescimento econômico não respingam automaticamente pela sociedade, a nova evidência fecha o círculo ao sugerir que a desigualdade também importa para o crescimento. Políticas que ajudam a limitar ou reverter a desigualdade podem não apenas tornar as sociedades menos injustas, mas também mais ricas” (ORGANISATION FOR ECONOMIC COOPERATION AND DEVELOPMENT, 2014, p. 1, tradução livre).

o fato de que “a taxaço tornou-se menos progressiva”¹³⁴, haja vista o crescimento da importância dos tributos indiretos (como os sobre o consumo, que não têm rela o com a renda individual) para a arrecada o estatal (PRASAD, 2008, p. 32, tradu o livre). Essa conclusão   corroborada por estudos da justiça tributária brasileira, como o do Observatório da Equidade da Presidência da República (2009), que identificou que a tributa o brasileira   regressiva justamente pelo alta participa o dos tributos indiretos na arrecada o (BRASIL, 2009, p. 25)¹³⁵.

Por todas essas razões, ignorar a importância da distribui o pode ter o efeito de reduzir o tamanho do “bolo” a ser dividido, o que   uma consequência que pode retirar a legitimidade do argumento da dupla distor o de Kaplow (2012), acima descrito. A distribui o, então, deixa de ser uma “distor o” para se tornar uma necessidade.

3.3.2.2 A hipótese da “invariância distributiva” e a pretensa superioridade do sistema tributário

Os argumentos acima evidenciam a necessidade da distribui o para o bem-estar (e a insuficiência de seu padrão atual), mas   possível afirmar que eles justificam a inclusão de preocupa es distributivas no âmbito do antitruste? Kaplow (2012) acrescenta a seguinte obje o a tal inclusão. Suponha-se ser verdadeiro que um certo governo realmente favorece uma distribui o inferior   considerada ótima. Suponha-se, também, que o antitruste opera uma redistribui o para compensar a distribui o sub-ótima feita por tal governo. Em face dessa redistribui o, não haveria razão para acreditar que esse mesmo governo não iria reorientar suas demais políticas a ponto de contrabalançar qualquer redistribui o superior àquilo que o governo considera adequado (KAPLOW, 2012, p. 16). Assim sendo, qualquer que seja o mecanismo de redistribui o adotado, o resultado distributivo final será sempre o mesmo. Fennell e McAdams (2016), em referência a argumentos semelhantes na Análise

¹³⁴ No original, com o trecho completo: “This paper examined the extent to which taxes and social transfers have managed to redistribute the gains and losses from economic growth over the past 15 years or so. A key finding is that, despite increasing income inequality, the redistributive impact of taxes and social transfers has generally not been able to reverse this raising trend. One reason for this failure is that taxation has become less progressive and therefore less likely to address growing income inequality found in many countries. Generally speaking, indirect taxes – which are typically regressive – have become a more important source of government revenue. By contrast, tax rates both on corporate income and on top personal incomes have, on average, declined over the past 15 years or so”.

¹³⁵ Cf., também, apresentando os principais elementos da no o de regressividade tributária brasileira, Derzi (2014, p. 41-43).

Econômica do Direito, denominam essa premissa de “hipótese da invariância distributiva” (FENNELL; MCADAMS, 2016, p. 1.055).

Tal hipótese, além de ser desmentida por importantes evidências empíricas em contrário¹³⁶, merece reparos pelo fato de que o *formato* da medida redistributiva pode ter significantes efeitos em sua viabilidade política. A hipótese desconsidera, em primeiro lugar, que os custos políticos de *ação* do próprio governo para alteração de padrões distributivos são muito maiores que os custos de *inação* (ORBACH, 2015)¹³⁷. Em segundo, desconsidera que cada política pública pode criar ou fortalecer grupos de interesse, cuja atuação irá influenciar pesadamente nas disputas sobre medidas redistributivas posteriores, interferindo nos custos políticos de sua obtenção; e desconsidera importantes questões cognitivas que evidenciam que a viabilidade de uma política pública depende intensamente de seu formato¹³⁸.

Por essas razões, não é viável acreditar que os mesmos resultados distributivos serão obtidos independentemente da separação entre políticas voltadas à eficiência e políticas redistributivas futuras. Se o formato da política redistributiva é decisivo para sua viabilidade política, o formato tributário pode envolver custos políticos mais elevados que outras políticas. Se isso é verdade, a inclusão de objetivos distributivos em outras políticas – o que se denominaria um curso de ação “pré-distributivo” (BATISTA JÚNIOR; OLIVEIRA; MAGALHÃES, 2015, p. 56) – pode ser socialmente ótimo.

Em suma, a abordagem neoclássica tradicional – que sempre relega a um ato político futuro a obtenção da redistribuição – negligencia que os custos dessa ação política podem ser inaceitavelmente altos, tornando irrazoável, muitas vezes, a aposta nessa redistribuição futura: em um caso extremo,

[s]e os atos políticos requeridos à obtenção do resultado distributivo desejado fossem considerados custosos, enquanto as transações requeridas para obter um resultado alocativo desejado fossem considerados triviais, a prescrição padrão seria

¹³⁶ Há consideráveis evidências empíricas da ausência de resposta das legislações tributárias a eventuais mudanças no nível de distribuição concreta, e – caso a distribuição final fosse realmente invariante – sequer faria sentido econômico o considerável investimento de grupos de interesse em lobbying junto ao legislativo em prol de legislações que alterem a distribuição em seu favor (FENNELL; MCADAMS, 2016, p. 1079).

¹³⁷ Além dos custos de mensuração e identificação de uma alteração distributiva, é custosa a formulação, implementação e obtenção da aprovação de uma medida positiva por um órgão legislativo (FENNELL; MCADAMS, 2016, p. 1093).

¹³⁸ Dentre essas questões cognitivas, destaca-se a “aversão a perdas” do eleitorado, que estabelece que políticas em que os indivíduos “deixam de ganhar” – como uma regra concorrencial que impeça uma fusão – geram menos rejeição do que políticas em que os indivíduos “perdem o que ganharam” – como o são os impostos de renda o que afeta as percepções de justiça dos indivíduos – que tendem a considerar regulações de atuação econômica mais justas do que o ato de “retirada” gerado pelo sistema tributário, mesmo que o resultado distributivo seja o mesmo (FENNELL; MCADAMS, 2016, p. 1095). Tudo isso evidencia que o mesmo patamar de distribuição não é atingido de forma independente do veículo (política pública) pelo qual a distribuição é realizada. O formato influencia a viabilidade política.

invertida: agora cuidar da distribuição se tornaria a prioridade, e eficiência a preocupação secundária.¹³⁹ (FENNELL; MCADAMS, 2016, p. 1.054, tradução livre).

Especificamente quanto ao direito concorrencial, uma preocupação derivada dessa análise é que o modelo da separação poderia obscurecer o fato de que, uma vez que as políticas públicas permitam a concentração do poder econômico privado, essa medida teria o condão de fortalecer o grupo de interesse que já tem a maior aptidão de influenciar na conformação do sistema tributário – e, inclusive, de obter a maior parte das medidas de isenção tributária – através do *rent-seeking* consolidado em esquemas de *lobbying*, financiamento de campanhas e outras práticas¹⁴⁰. Há evidências importantes, inclusive, de uma relação positiva entre a concentração de mercado e atividade de *lobbying* junto ao poder legislativo (KHAN; VAHEESAN, 2016, p. 40). É preocupante, então, a recusa de se levar em consideração a relação entre a crescente concentração de poder econômico privado e o próprio funcionamento das democracias contemporâneas (STIGLITZ, 2012, p. 127).

Em certos casos, portanto, a inclusão de objetivos distributivos em políticas públicas como o antitruste pode ter um resultado superior ao obtido no caso de se relegar ao sistema tributário todas as preocupações desse caráter.

3.3.2.3 Pode o antitruste contribuir para a redução da desigualdade?

As recentes discussões acadêmicas sobre a desigualdade vêm, progressivamente, passando a incluir preocupações sobre os efeitos do poder de monopólio na distribuição de riqueza (ATKINSON, 2015, p. 98). Se, como observa Piketty (2014), a desigualdade tende a se ampliar quando a taxa de retorno sobre o capital é superior à taxa de crescimento econômico geral ($r > g$)¹⁴¹, e o exercício do poder de mercado aumenta o retorno sobre o capital, é possível identificar uma ligação entre exercício de poder de mercado e a desigualdade (BAKER; SALOP, 2015, p. 12).

Stiglitz (2012) também observa que uma das características da organização econômica

¹³⁹ No original: “If the political acts required to achieve a desired distributive result were understood to be costly while the transactions required to achieve a desired allocative result were deemed to be trivial, the standard prescription would flip: now addressing distribution would become the priority, and efficiency the afterthought”.

¹⁴⁰ Para uma análise detalhada da relação entre poder econômico privado e a estruturação do sistema privado, cf. Santos (2016).

¹⁴¹ “Quando a taxa de retorno sobre o capital excede a taxa de crescimento da oferta e renda, com ocorreu no século XIX e parece bem provável que o fará novamente no XXI, o capitalismo automaticamente gera desigualdades arbitrárias e insustentáveis que radicalmente comprometem os valores meritocráticos sob os quais as sociedades democráticas se baseiam” (PIKETTY, 2014, p. 88).

norte-americana que contribui para a desigualdade é a crescente monopolização dos mercados, que ele atribui a três fatores: a ascensão das teorias da Escola de Chicago – que processou consideráveis alterações no sentido da conformação de um direito antitruste intensamente não-intervencionista; o aumento de importância de novos setores econômicos com marcadas externalidades de rede e propriedade intelectual; e renovadas práticas exclusionárias e de *rent seeking* adotadas por empresas em posição dominante (STIGLITZ, 2012, pos. 1.466).

O exercício do poder de mercado tem claros efeitos distributivos, já que preços mais elevados transferem renda dos consumidores para as empresas. Um dos argumentos contrários à preocupação com tais efeitos redistributivos é o de que muitos consumidores são também acionistas de empresas (MOTTA, 2004, p. 20). Há suficientes evidências, contudo, de que a população integrante da fatia 1% mais rica da sociedade é a proprietária da esmagadora maioria dos bens de capital. Observa Piketty (2014, p. 336, tradução livre) que “em todas as sociedades conhecidas, em todos os tempos, [...] o decil mais rico da hierarquia da riqueza é proprietário de uma clara maioria do que há para possuir (geralmente mais de 60 por cento da riqueza total e às vezes até 90%)”. Em 2012, nos EUA, estimou-se que a fatia 0,1% mais rica da população obteve 43% da renda de capital, além da considerável parcela de riqueza apropriada pela remuneração dos altos executivos, em um contexto empresarial cada vez mais voltado à maximização do valor dos acionistas, o que é associado a um sistema trabalhista cada vez mais fragilizado, com estagnação dos salários em vários segmentos (ZUCMAN, SAEZ, 2014, *apud* KHAN; VAHEESAN, 2016, p. 08).

Há, então, razões suficientes para acreditar que a distribuição operada pelo exercício do poder de mercado tem importantes características regressivas (transfere riqueza dos mais pobres para os muito ricos, especialmente acionistas e altos executivos das empresas com poder de mercado), e é por isso que se estipula a necessidade de uma legislação concorrencial mais efetiva para lidar com a desigualdade¹⁴².

Uma série de propostas vêm sendo levantadas para a inclusão de preocupações

¹⁴² Cf. por exemplo, Stiglitz, que estabelece a necessidade de “leis concorrenciais mais fortes e mais efetivamente aplicadas”, observando: “Monopólios e mercados imperfeitamente competitivos são uma grande fonte de rendas. O setor bancário não é o único em que a concorrência é mais fraca do que deveria ser. Ao olhar pelos setores da economia, é impressionante como muitos são dominados por no máximo duas, três ou quatro empresas. Em um momento, se pensava que isso era OK – que na concorrência dinâmica associada à mudança tecnológica, uma empresa dominante iria substituir a outra. Havia concorrência pelo mercado ao invés de concorrência no mercado. Mas nós agora sabemos que isso não é o suficiente. Empresas dominantes têm ferramentas com as quais suprimem a concorrência, e frequentemente elas podem suprimir até a inovação. Os altos preços que elas cobram não apenas distorcem a economia mas também atuam como uma taxa, a receita da qual não vai, contudo, para propósitos públicos, mas ao invés enriquece os cofres dos monopolistas” (STIGLITZ, 2012, pos. 5.305, tradução livre).

distributivas no antitruste, como a aplicação do padrão de bem-estar do excedente do consumidor (ATKINSON, 2015, p. 126; BAKER; SALOP, 2015, p. 15), o controle antitruste da propriedade acionária cruzada (ELHAUGE, 2016), e o controle de preços exploratórios (BAKER; SALOP, 2015, p. 22).

Para as finalidades do presente trabalho, interessam, especialmente as propostas relacionadas à ampliação do foco na manutenção da abertura dos mercados, o que se traduz em um maior rigor com práticas exclusionárias que ameacem a manutenção da rivalidade – independentemente dos seus efeitos nos preços em curto prazo (KHAN; VAHEESAN, 2016, p. 62).

Em especial, propõe-se a superação do viés eminentemente não-intervencionista estabelecido no direito concorrencial contemporâneo, que, como se verá a seguir, é pautado em uma teoria da decisão que superestima os custos de falsos negativos (condenações errôneas) e subestima os custos de falsos positivos (absoluções errôneas). É necessário incluir, na avaliação dos custos de falsos positivos, o risco de que a atual permissividade quanto a práticas exclusionárias auxilie no entrincheiramento de posições dominantes e, conseqüentemente, na manutenção da desigualdade (BAKER; SALOP, 2015, p. 21).

3.3.3 Outras questões econômicas, políticas e sociais

A par dos aspectos dinâmicos e distributivos, ainda é possível destacar outras questões econômicas desconsideradas pelo modelo econômico da maximização do bem-estar total. Em breve resumo, algumas delas são:

- **Efeitos em outros mercados e externalidades:** uma análise sob a teoria do preço analisa os efeitos no bem-estar, em curto prazo, com referência a um mercado relevante determinado. Essa análise desconsidera, então, efeitos econômicos que determinada prática econômica pode gerar em outros mercados (FARBER; MCDONNELL, 2003, p. 1821), subestimando impactos econômicos de práticas como conglomerações (ADAMS; BROCK, 1995, p. 307) e também corre o risco de ignorar a racionalidade econômica de práticas em que a maior lucratividade em um mercado permite subsidiar uma prática exclusionária em um mercado relacionado (MEISEL, 2012).

A análise tende, igualmente, a desconsiderar quaisquer externalidades positivas e negativas que podem ser relevantes para compreensão da racionalidade de práticas econômicas (KENNEDY, 1998, p. 466) – exceto em limitadas situações em que a questão das

externalidades é relevante para a defesa de uma prática econômica (como o problema do “caroneiro” em restrições verticais) (FOER, 2014, p. 25). Dentre os exemplos de externalidades desconsideradas, encontram-se: impactos ambientais (KINGSTON, 2011); fragilidade de cadeias de distribuição com “gargalos”, diante de eventos catastróficos (FOER, 2014, p. 27); e prejuízos gerados a comunidades em decorrência de fusões que envolvem fechamento de plantas produtivas em prol de maior eficiência (FOER, 2014, p. 28).

- **Desvios do comportamento maximizador de lucros:** um importante elemento do modelo neoclássico é a presunção de que o comportamento dos agentes econômicos é racional, orientado à maximização de lucros. Essa é, possivelmente, uma das premissas sob maior crítica na teoria econômica contemporânea, especialmente em razão da ascensão da teoria econômica comportamental. Em linhas gerais, a economia comportamental, com base em contribuições de campos como a psicologia, antropologia e neurociência, estabelece que a racionalidade humana é limitada, uma vez que o comportamento individual se afasta de forma sistemática e previsível do que seria esperado sob as premissas neoclássicas (OLIVEIRA; CASTRO, 2014). Os indivíduos, segundo essa teoria, comportam-se sob condições de racionalidade limitada, autointeresse limitado e força de vontade limitada (THALER; SUNSTEIN, 2008).

A premissa da racionalidade econômica é, por óbvio, essencial à análise antitruste, já que toda a discussão é baseada em narrativas sobre o comportamento atual e futuro de agentes econômicos. Em alguns casos, a premissa neoclássica da racionalidade – ao invés de servir como mero instrumento para compreensão das evidências empíricas obtidas – chega a ser utilizada como substituta de tais evidências concretas¹⁴³. Isso ocorre, por exemplo, quando uma conduta exclusionária é considerada pró-competitiva porque “não faria sentido” que um agente econômico racional a adotasse para excluir concorrentes (teste do “no economic sense”)¹⁴⁴, independentemente de uma apuração concreta dessa pressuposição. Essa é, de fato, uma inversão entre teoria e realidade, uma vez que estipula que a prática não poderia ter

¹⁴³ É o que conclui Rosch: “[...] por causa dessa busca por certeza e por causa do elegante princípio de organização que ela oferece, modelos econômicos neoclássicos são às vezes oferecidos como substitutos da evidência empírica dos efeitos que uma prática ou transação podem ter, ao invés de simplesmente corroborarem aquela evidência empírica” (ROSCH, 2010, p. 9, tradução livre).

¹⁴⁴ Cf. Werden, que explica que o “no economic sense test” (teste da ausência de racionalidade econômica) requer uma “demonstração de que a conduta confrontada não seria racional para o réu ausente uma tendência de eliminar concorrência” (WERDEN, 2005, p. 298, tradução livre). Cavanagh (2013, p. 160) observa, com referência à decisão para o caso *Trinko* pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América – em que a recusa de venda foi considerada lícita porque, segundo o modelo econômico neoclássico, compartilhar a infraestrutura reduziria o incentivo para investimentos futuros – que esse raciocínio é problemático por substituir uma verificação dos fatos concretos, e por presumir que todo agente econômico é racional e orientado à maximização de lucros.

intenção exclusionária porque a realidade não caberia no modelo econômico utilizado.

Aplicada ao campo do antitruste, a teoria econômica comportamental desafia, dentre muitos outros, um elemento crucial para o modelo introduzido pela Escola de Chicago: a tendência natural à autocorreção dos mercados, noção que é utilizada de forma sistemática para analisar a probabilidade de exercício de mercado e sustentar a posição de que a intervenção governamental é, via de regra, prejudicial e desnecessária (EASTERBROOK, 1984). Ausentes barreiras à entrada – que, como visto, são consideradas raríssimas pela teoria de Chicago, exceto quando impostas pelo Estado – preços supracompetitivos atraem novos investimentos, que ocasionam ampliação da oferta e correção das distorções geradas pelo poder de mercado. A mera ameaça dessa entrada, mantendo o mercado “contestável”, já seria o suficiente para constranger aumentos de preço pela empresa incumbente.

Essa teoria é baseada em premissas que podem não estar presentes em todos os mercados, como a irrelevância de barreiras à entrada e a impossibilidade de o monopolista alterar seus preços após a entrada¹⁴⁵. Além disso, a teoria comportamental evidencia o fenômeno da “entrada esparsa”, com evidências de que – em razão de vieses comportamentais como o julgamento míope e irracionalidade na avaliação de riscos – alguns mercados não experimentam entrada suficiente, mesmo quando isso é economicamente racional (REEVES; STUCKE, 2011, p. 1.558)¹⁴⁶.

- Deseconomias de escala e externalidades ligadas ao tamanho de uma empresa: um dos resultados da crise econômica de 2008 foi a preocupação com a consolidação de estruturas econômicas tão complexas, concentradas e interconectadas com diversos setores da economia que sua falência poderia levar a economia à bancarrota: as empresas “*too big to fail*” (grandes demais para falirem) (FOER, 2014, p. 33), o que expandiu a já observada tendência de estruturas econômicas concentradas em obter recursos públicos para o “salvamento” de sua empreitada – o “dilema do bailout”, conforme observam Adams e Brock (1995, p. 266). Por essa razão, critica-se o fato de o antitruste não incluir essas e outras preocupações relacionadas à concentração excessiva de estruturas econômicas (BUSH, 2011; MARKHAM JUNIOR, 2011).

¹⁴⁵ Outras análises (não baseadas na teoria comportamental) também questionam as premissas da teoria da autocorreção dos mercados. Ezrachi e Gilo (2009), por exemplo, observam, com base na teoria dos jogos, que preços excessivos pré-entrada não oferecem informação suficiente sobre o nível de preços pós-entrada, sendo pouco relevantes à decisão de investimento. Para discussões sobre a autocorreção dos mercados, cf. Castro (2012).

¹⁴⁶ Em contrapartida, outros mercados apresentam entrada excessiva, em razão da super-confiança de agentes econômicos (TOR, 2002).

- **A importância da preservação da escolha do consumidor em alguns contextos:** um foco exclusivo em preços e quantidade pode ser prejudicial em situações em que a preservação da escolha do consumidor é importante para o seu bem-estar (AVERITT; LANDE, 2007). Lande (2013) exemplifica essa situação com os mercados de informação, como jornais: eficiências derivadas da consolidação de atividades de empresas editoriais não são suficientes para sobrepesar os prejuízos informacionais derivados da obtenção de notícias de uma só fonte (LANDE, 2013, p. 2.352).

A proposta de um direito concorrencial unicamente baseado em eficiência estática ignora quaisquer preocupações derivadas do acúmulo de poder econômico, exceto as que estejam estritamente expressas no modelo neoclássico estático do bem-estar total. Outro problema, contudo, permite questionar o consenso tecnocrático no antitruste contemporâneo: as escolhas políticas envolvidas na *implementação* do critério da eficiência econômica.

3.4 Dos limites da economia aos limites do antitruste: a implementação do modelo da eficiência econômica

Especificamente quanto à implementação do modelo econômico subjacente à teoria da eficiência econômica como finalidade do antitruste – apresentado por alguns como veículo para harmonização dessa política ao redor do mundo – algumas qualificações são importantes.

A obra de Bork é marcada por considerável confiança no caráter técnico da implementação das regras da teoria econômica: “teoria econômica básica é uma matéria intensamente lógica e muito dela consiste em derivar as implicações de uns poucos postulados empiricamente apoiados”, de modo que “em muitos casos a teoria é tão bem fundada que nós podemos estar certos, ou virtualmente certos, de sua confiabilidade” (BORK, 1978, p. 117, tradução livre). Em uma ocasião, Bork chegou a afirmar que “uma vez que tais premissas básicas são aceitas, o resto segue *como uma prova em geometria*. O sistema é inteiramente circular, o que é sua força, porque lógica circular não pode ser refutada” (Bork, 1983, *apud* KAPLOW, 1987, p. 193).

De fato, algumas práticas empresariais, como o cartel puro (ou “*hardcore*”), são pouco problemáticas para essa discussão, uma vez que existe um consenso razoavelmente estabelecido sobre a indesejabilidade de seus impactos econômicos na eficiência alocativa e produtiva (e, portanto, a implementação do critério da eficiência econômica é feito através de *presunções* e não de uma verdadeira análise de efeitos). Considerável parcela das situações com que se defronta a autoridade antitruste, contudo, é marcada por ambiguidades quanto a

suas repercussões efeitos no bem-estar social, que colocam em questão a “*ilusão de certeza*” (PITOFISKY, 1979, p. 1.075) que cerca a abordagem econômica para o direito concorrencial¹⁴⁷.

Uma primeira ambiguidade diz respeito à escolha do modelo econômico aplicável à conduta. A intensificação do uso da Economia na solução de controvérsias deu origem a diferentes “escolas” do direito concorrencial (Chicago, Pós-Chicago, Neo-Chicago, Comportamental, dentre outras), que – embora muitas vezes também aceitem a finalidade da eficiência alocativa (JACOBS, 1995, p. 259) – propõem modelos alternativos para explicar a racionalidade (ou irracionalidade) de algumas práticas, bem como seus efeitos no nível de preços, entrada, incentivos para investimentos, dentre outros (WRIGHT, 2011, p. 301).

O maior problema é que, no atual estágio da Ciência Econômica, essas teorias, muitas vezes, ainda não são acompanhadas de suficiente base empírica para sua validação ou refutação¹⁴⁸. A escolha do modelo aplicável é, então, reconhecida como uma instância em que a ideologia do aplicador é decisiva para os resultados da análise¹⁴⁹:

¹⁴⁷ Cf. Wurmnest: “A atratividade de confinar a concorrência a preocupações de eficiência econômica é, em grande parte, causada pela aparente simplicidade, certeza e objetividade de tal abordagem. No entanto, a concorrência é um (bagunçado) processo de exploração, i.e., tentativa e erro, em que diferentes transações têm efeitos variados nas outras. Como ninguém consegue capturar toda a informação relevante em mercados do mundo real, é praticamente impossível mensurar os resultados de um tal processo antecipadamente com precisão. Qualquer tentativa de julgar casos de concorrência somente baseado em resultados de mercado, i.e., eficiência alocativa no sentido neoclássico, deve ser vista, para citar Friedrich A. von Hayek, como ‘disfarce de conhecimento’” (WURMNEST, 2008, p. 16, tradução livre).

¹⁴⁸ Cf. Scherer: “[...] proposição econômicas estão entre as menos comprováveis daquelas abordadas nas várias ciências. O assunto dos economistas é intrinsecamente complexo, caracterizado por incerteza, quebras-cabeça de expectativas recíprocas [...] e valores incomensuráveis. Nossos dados são frequentemente deficientes e nossas metodologias empíricas são menos que satisfatórias (mas melhorando)” (SCHERER, 2008, p. 32, tradução livre). Isso não quer dizer que a contribuição da Escola de Chicago não tenha sido acompanhada de estudos empíricos. O que se discute é a suficiência desses estudos para adoção ou rejeição de determinados modelos, preocupação que se verifica mesmo por parte de autores conservadores. Wright (2011, p. 306) observa que uma das principais características das primeiras contribuições da Escola de Chicago é baseada em estudos empíricos sobre a relação entre concentração econômica e nível de preços, mas reconhece que “a razão entre modelos econômicos e evidências empíricas disparou nos últimos 30 anos” (WRIGHT, 2011, p. 301, tradução livre), e, em referência aos conflitos contemporâneos entre as diferentes escolas, que os debates no antitruste se tornaram “cada vez mais ideológicos e insensível à evidência empírica” (WRIGHT, 2011, p. 322, tradução livre). Cf. também Crane, que critica a pretensão, por parte dos autores Pós-Chicago, de uma base empírica superior à de Chicago para suas propostas, observando a necessidade de maior empirismo no antitruste em geral: “A tendência dominante na academia jurídica é em direção aos estudos jurídicos empíricos. [...]. Nem Chicago ou Pós-Chicago parecem ansiosas para se juntarem ao comboio empirista” (CRANE, 2009, p. 1.931, tradução livre).

¹⁴⁹ Wright, embora acredite ser possível superar esse problema com um direito antitruste baseado em evidências, observa que esse é um risco: “Reguladores precisam aplicar um de múltiplos modelos com o possível, se não necessariamente plausível, equilíbrio; a aplicação de um dado modelo frequentemente determina a potencial viabilidade de uma ação antitruste. Levada ao extremo, e sem um mecanismo institucional para seleção de modelo com base em mérito científico, resultados podem então se tornar altamente influenciados por considerações subjetivas, crenças prévias e ideologia [...]” (WRIGHT, 2011, p. 316, tradução livre).

enquanto em um nível as disputas parecem intensamente factuais e parecem capazes de resolução através de prova de como os mercados e o governo funcionam na prática, a impossibilidade prática de resolução dessas questões factuais fundamentais efetivamente disfarçou uma disputa ideológica como uma aparentemente científica.¹⁵⁰ (JACOBS, 1995, p. 259, tradução livre).

Escolhido o modelo a ser aplicado, um segundo tipo de ambiguidade faz-se presente: a dificuldade de apuração, em cada caso concreto, dos pressupostos subjacentes ao modelo econômico escolhido¹⁵¹.

Suponha-se a aplicação dos padrões de bem-estar acima discutidos a um caso concreto. Sob o padrão do excedente do consumidor, aplicar a regra da razão requer investigar o efeito de uma prática econômica nos preços, considerando-se a probabilidade de exercício de mercado e as eficiências (na medida de sua potencial transferibilidade aos consumidores). No caso do padrão do bem-estar total, além disso, caso se verifique a probabilidade de exercício de poder de mercado (o que já garantiria a ilicitude sob o padrão do bem-estar do consumidor), seria necessário ir além e calcular a ineficiência alocativa de “peso-morto” gerada por tal elevação de preços, para então efetuar um balanço de efeitos líquidos, considerando as eficiências produtivas geradas pela operação e a ineficiência alocativa, o que torna a análise quase impossível¹⁵² (HOVENKAMP, 2013, p. 2474).

No caso de uma fusão horizontal, por exemplo, se já é difícil obter dados adequados para determinar se as eficiências são suficientes para evitar a elevação de preços e redução de oferta (o que satisfaz o padrão consumerista), o padrão do bem-estar total demandaria, adicionalmente a tais dados, conhecer também a curva de custos e receitas marginais da empresa, o que é complexo e limitado pela assimetria de informações entre governo e agente privado (LANDE, 2013, p. 2.389). As dificuldades de apuração de custos e preços também são ampliadas quando se trata de produtos diferenciados, ou modelos de negócio que

¹⁵⁰ No original: “While on one level the disputes appear intensely factual and seem capable of resolution through proof of how markets and government actually work, the practical impossibility of resolving these fundamental factual questions has effectively disguised an ideological argument as a seemingly scientific one”.

¹⁵¹ Muris discute a importância de estudos empíricos e constante verificação das presunções subjacentes aos modelos econômicos utilizados, observando, sobre algumas utilizações do Modelo de Bertrand que ignoram peculiaridades dos mercados relevantes, que a “[t]eoria não pode perfeitamente replicar a realidade, mas aplicar uma teoria altamente simplista sem nenhuma base empírica de que a teoria adequadamente se aproxima da realidade não é Economia sólida” (MURIS, 2003, p. 15, tradução livre).

¹⁵² Hovenkamp observa que essas dificuldades têm impacto na política de aplicação da lei antitruste: “Se a quantificação verdadeira das perdas do peso-morto do consumidor e ganhos do produtor fossem requeridas, o antitruste estaria bem fora de sua competência. Ao invés, ele confina sua análise a situações onde não há nenhuma perda de peso-morto porque os preços não aumentam ou onde não há ganhos dos produtores porque a prática é ‘pura’ [naked] ou quase” (HOVENKAMP, 2013, p. 2478, tradução livre).

oferecem “pacotes” com diferentes combinações de produtos e serviços¹⁵³.

Essa complexidade é ampliada pelo fato de que boa parte da análise antitruste refere-se a previsões sobre o comportamento futuro dos agentes econômicos. Essa é uma questão presente, por exemplo, no controle de estruturas de uma fusão horizontal, em que é necessário comparar a probabilidade de exercício de poder de mercado – avaliando elementos como a contestabilidade, incentivos para coordenação, probabilidade de entradas, importações, dentre outros – a alguma medida de eficiências produtivas a serem realizadas¹⁵⁴. Obter uma conclusão acerca desses elementos “envolve fazer previsões baseadas em informação incompleta sobre fatos presentes ou futuros, previsões que são quase sempre inevitavelmente sujeitas a alto grau de incerteza”¹⁵⁵ (KATZ; SHELANSKI, 2007, p. 538, tradução livre). Há, ainda, a possibilidade de a conduta empresarial pós-fusão ser bastante diferente daquilo que é observável pré-fusão (BLAIR; SOKOL, 2012, p. 484).

Igualmente, no controle de uma conduta anticoncorrencial, é possível que haja a necessidade de balancear efeitos anticompetitivos de longo prazo com efeitos pró-competitivos de curto prazo, ou vice versa. Considere-se o caso de uma empresa dominante que recusa o acesso de rivais a uma infraestrutura essencial. Nesse caso, permitir o acesso pode, em curto prazo, aumentar a competitividade do mercado, permitindo a entrada de um rival; em longo prazo, contudo, alega-se o risco de redução dos incentivos para investimento da empresa dominante e, conseqüentemente, “esfriamento” da concorrência (DEVLIN; JACOBS, 2010a, p. 257). Por outro lado, é possível que aumentar a competitividade em um mercado, em curto prazo, estimule a inovação futura, como foi discutido anteriormente.

O desafio que essas questões colocam ao antitruste reside no fato de que a teoria

¹⁵³ Cf. Leary: “Ademais, apenas um segmento relativamente pequeno e decrescente da indústria dos EUA lida com produtos fungíveis, em que preços comparativos e oferta podem ser completamente expressos em termos numéricos. Um maior e crescente segmento da indústria dos EUA lida com combinações de diferentes produtos, serviços e experiências, em que preços e oferta comparativos não podem ser prontamente capturados por estatísticas” (LEARY, 2006, p. 3, tradução livre).

¹⁵⁴ As *Horizontal Merger Guidelines* da FTC e DOJ dos Estados Unidos da América (2010), apresentam a questão da seguinte maneira: “A maior parte da análise de fusão é necessariamente preditiva, requerendo uma avaliação do que irá provavelmente acontecer se uma fusão prosseguir em comparação com o que irá provavelmente acontecer se ela não o faz. Dada essa necessidade inerente por predição, essas Guidelines refletem a intenção legislativa de que a aplicação da lei para fusões deve interditar problemas competitivos em sua incipiência e que certeza sobre efeitos anticompetitivos raramente são possíveis e não são requeridos para que uma fusão seja ilegal” (UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice, Federal Trade Commission, 2010, p. 1, tradução livre).

¹⁵⁵ No original “Each of these steps involves making predictions based on incomplete information about current or future facts, predictions that are almost inevitably subject to a high degree of uncertainty”.

econômica é melhor utilizada para a previsão de efeitos de curto prazo¹⁵⁶. É muito difícil, mesmo para os mais sofisticados modelos econômicos, efetuar previsões seguras sobre o comportamento futuro dos mercados, haja vista a infinidade de variáveis envolvidas e, especialmente, a complexidade do comportamento humano: “simplesmente não há meio rigoroso de fazer previsões sobre questões que dependem tanto no comportamento humano. Economia não é a Física Newtoniana”¹⁵⁷ (LEARY, 2006, p. 3, tradução livre).

Em linhas gerais, o que se observa é que, em que pese a contribuição da teoria econômica, é muito difícil apurar, no caso concreto, a presença de todas as presunções subjacentes à aplicabilidade dos modelos econômicos disponíveis, ao passo que se observa grande limitação nos demais dados quantitativos passíveis de obtenção¹⁵⁸. Seria uma abordagem realmente “baseada em efeitos”, se esses *efeitos* a que faz referência não são seguramente calculáveis?

O que se verifica é que, em face do conhecimento incompleto, a análise concorrencial ainda requer extensa atividade interpretativa, que permanece intimamente ligada aos valores políticos que subjazem a análise antitruste em determinado momento histórico¹⁵⁹. O resultado, aqui, é traduzido na “tendência a resolver problemas empiricamente indeterminados por referência a sua ideologia política – informada por díspares experiências sociais, histórias e

¹⁵⁶ Cf. Heyer: “Em muitas, senão a maioria das investigações antitruste, as agências de concorrência (e às vezes as cortes) são forçadas a tomar decisões entre hipóteses alternativas para as quais a teoria sozinha não oferece resposta clara. A implementação da teoria e política pública em casos particulares requer que os praticantes do antitruste obtenham e interpretem evidência. [...] Embora técnicas quantitativas, particularmente análise econométrica e, mais recentemente, o uso de modelos de simulação de fusões e software, ajudaram a adicionar rigor à difícil tarefa de previsão e estimação de efeitos competitivos, a confiabilidade e exatidão dessas ferramentas permanece frágil. Resultados são sensíveis a muitas presunções, e essas serão geralmente satisfeitas apenas imperfeitamente. Enquanto uso próprio de novas e melhoradas ferramentas para ajudar a deslindar respostas a questões complexas deva ser elogiado e é certamente uma marcada melhoria [...], seu alto grau de sofisticação e ênfase em previsão quantitativa arriscam deixar um falso senso com relação a sua exatidão e precisão” (HEYER, 2005, p. 08-09).

¹⁵⁷ No original: “There simply is no rigorous way to make predictions about matters that depend so much on human behavior. Economics is not Newtonian physics”.

¹⁵⁸ Cf. Heyer: “Quando se vai além daquela categoria relativamente rara de práticas para as quais nós tendemos a acreditar que a conduta é quase intrinsecamente redutora do bem-estar [...] as decisões são baseadas em uma combinação de teoria aceita e evidência limitada, imperfeita [...]. Infelizmente, a teoria só nos leva até acerto ponto, e lidar com questão antitruste mesmo a teoria econômica não possui, e provavelmente nunca possuirá, todas as respostas. Nem podem métodos econômicos quantitativos, geralmente, ser confiados para fornecer estimativas estatisticamente significantes dentro de um estrito intervalo de confiança (i.e., quando o resultado ‘correto’ estará bem perto do ponto de estimativa com um grau de certeza muito alto)” (HEYER, 2005, p. 03-04, tradução livre).

¹⁵⁹ Analisa Scherer que as mudanças no sentido da jurisprudência norte-americana no sentido conservador, nas últimas décadas, “são atribuíveis a como os aplicadores do antitruste e as cortes lêem o que a Economia tem a dizer; isso é, em qual entre as proposições conflitantes eles aplicaram ênfase e quais eles subestimaram. E essas escolhas dependem de modo importante dos valores que os tomadores de decisão – tipicamente, advogados ao invés de economistas – trazem à mesa” (SCHERER, 2008, p. 30, tradução livre).

culturas [...]”¹⁶⁰ (DEVLIN; JACOBS, 2010a, p. 261, tradução livre).

Nesse contexto, a ideologia será decisiva à construção de sentido, pelo intérprete da lei, aos fatos relevantes. Em outras palavras, é a adesão prévia a determinados valores eminentemente políticos – ou, no mínimo, tecnicamente controversos – o que condiciona a construção de uma narrativa que atribui papéis ao Estado, à empresa e à concorrência¹⁶¹.

Assim, enquanto alguns autores atribuem as dificuldades de convergência internacional do antitruste à menor adesão, por parte das autoridades de alguns países, aos postulados universais da teoria econômica, o que se vem observando é que eventuais divergências não resultam de inferioridade (ou superioridade) da análise econômica adotada, mas constituem um

resultado de diferentes julgamentos quando resultados são indiscutivelmente incertos, e, mais importante, a diferentes entendimentos prévios sustentados dessas autoridades concorrenciais no que se refere a suas habilidades de melhorar o que, todos podem concordar, são mercados com desempenho menos que perfeito.¹⁶² (HEYER, 2005, p. 4, tradução livre).

Lao (2014), em referência ao tratamento de abusos exclusionários pelo antitruste estadunidense – que estão entre os mais controversos na teoria econômica¹⁶³ – analisa como o posicionamento político com relação às seguintes questões, dentre outras, pode ser decisivo para a composição da interpretação em situações de incerteza (no caso estadunidense, grosso modo, “liberal” referindo-se aos que favorecem maior intervenção, ou “conservador”, referindo-se aos não-intervencionistas):

- a) grau de otimismo com relação à eficiência natural dos mercados e à competência regulatória do Estado: decisões de não-intervenção, por parte de analistas conservadores, são fundamentadas na presunção de que eventuais ineficiências de

¹⁶⁰ No original: “The tendency to solve empirically indeterminate problems by reference to one’s political ideology – informed by disparate social experiences, histories, and cultures – creates a host of further issues”.

¹⁶¹ Cf. Adams e Brock, que afirmam: “Então, há um formidável abismo entre a teoria econômica, de um lado, e as conclusões e descobertas que têm de ser feitas em casos antitruste reais, por outro lado. Transpôr esse abismo requer julgamento e uma análise dos fatos em cada caso particular. Isso, por sua vez, depende em última análise nas premissas, valores e sistemas de convicção do analista” (ADAMS; BROCK, 1995, p. 294, tradução livre).

¹⁶² No original, com o trecho completo: “Related to this, the different conclusions reached by different jurisdictions do not seem to have been, and are even less likely to be, a result of differential reliance placed by these jurisdictions on economic analysis. Rather, they appear to be more likely a result of different judgements where outcomes are indisputably uncertain, and, importantly, to the different priors held by these competition authorities concerning their abilities to improve upon what all may agree are less than perfectly performing markets”.

¹⁶³ Como observam Evans e Padilla, “A Economia não identificou as condições necessárias e suficientes para qualquer prática unilateral ser anticompetitiva” (EVANS; PADILLA, 2005, p. 86, tradução livre).

mercado serão provavelmente dissipadas pela concorrência em longo prazo, ao passo que o Estado teria uma capacidade muito limitada de distinguir entre condutas anticompetitivas e concorrência legítima e teria grande risco de criar incentivos perversos no mercado, de modo que “essas crenças gêmeas – de que os mercados são robustos enquanto a intervenção governamental é geralmente ineficaz ou contraproducente – compreensivelmente produzem uma preferência normativa pelo *laissez-faire*” (LAO, 2014, p. 668, tradução livre). O mesmo pode não ser verdade em analistas liberais, informados por menor crença na autocorreção do mercado ou maior confiança na capacidade regulatória estatal;

- b) crenças relacionadas ao mérito da posição dominante e na função social dos lucros de monopólio, especialmente quanto à inovação: analistas conservadores costumam aderir à visão de Chicago de que a obtenção (e manutenção) de uma posição dominante é provavelmente resultado de sua maior eficiência, perspicácia empresarial e inovação, pois, caso contrário, o mercado já teria dissolvido tal estrutura econômica. A obtenção de lucros de monopólio, então, teria a função social de remunerar a assunção de risco e a inovação. Outros autores não compartilham dessa crença e se preocupam com a capacidade de perpetuação da posição dominante e constrição do processo competitivo através de práticas abusivas. Essas diferenças ideológicas impactam a seleção e interpretação das evidências relacionadas à prática exclusionária em questão. A construção de uma narrativa favorável à ideia do mérito da empresa dominante provavelmente irá enfatizar o risco de prejuízo aos incentivos de inovação e eficiências potenciais, bem como sua liberdade de escolha de estratégias de negócio, aderindo à visão de eficiência dinâmica de Schumpeter; uma narrativa que parta de uma visão de mundo cética irá focar na manutenção das oportunidades de contestação do poder de mercado, preferindo um ambiente mais favorável à rivalidade, com maior deferência à teoria da inovação de Arrow (LAO, 2014, p. 676);
- c) reconhecimento de um valor intrínseco (ou, pelo contrário, um valor meramente instrumental) à concorrência. Uma análise mais alinhada à visão de Chicago tenderá a enxergar a concorrência como um instrumento unicamente subordinado à obtenção de eficiência: desde que o mercado permaneça potencialmente contestável, acredita-se que a empresa dominante continuará tendo incentivos à eficiência, mesmo que haja pouca ou nenhuma concorrência efetiva no mercado. O resultado disso é menor preocupação com a exclusão de concorrentes, exceto

quando há inequívoca certeza de que a eficiência alocativa será reduzida em longo prazo (p. ex.: no caso do preço predatório com “perigosa probabilidade” de recuperação). Por outro lado, analistas que reconheçam um valor intrínseco à concorrência tendem a valorizar a rivalidade por razões que vão além da eficiência, seja como meio de desconcentrar o poder econômico, seja como meio de ampliar as oportunidades de empreendedorismo. Dessa forma, em situações de dúvida, esse segundo grupo de analistas tenderia à

condenação de conduta exclusionária que não tem justificativa de eficiência mesmo quando os efeitos competitivos líquidos são ambíguos [...]. E, quando não há evidência forte o suficiente para apoiar Schumpeter ou Arrow sobre qual estrutura de mercado é mais condutora à inovação, a percepção do valor inerente da concorrência (se baseado ou não na eficiência) irá provavelmente ajudar a determinar qual teoria se acha mais persuasiva. (LAO, 2014, p. 678, tradução livre);

- d) concepções sobre liberdade econômica: alguns analistas partem de uma visão de liberdade econômica estruturada em torno da ideia da proteção do indivíduo contra o Estado, enquanto outros costumam incluir na ideia de liberdade econômica o direito de inclusão no mercado e proteção da liberdade dos menos privilegiados em face do poder econômico privado. Como, para a concretização dessas funções, o Estado teria um papel importante a desempenhar, essa visão influencia a adoção de uma postura mais ou menos intervencionista em face de práticas exclusionárias (LAO, 2014, p. 681);
- e) concepções sobre a propriedade privada: diferentes percepções sobre a natureza do direito de propriedade podem ser decisivas na solução normativa apresentada para algumas questões concorrenciais. No caso da recusa de venda, analistas conservadores, com uma concepção forte de direitos de propriedade, tendem a ser contrários à ideia de se obrigar uma empresa a contratar (ou mesmo “auxiliar” seus rivais), pois isso iria subverter sua liberdade de contratar e perverter seu direito de apropriação do valor gerado por seus investimentos, desincentivando futura inovação; analistas que não partam dessa mesma visão filosófica – talvez por atribuírem maior valor à função social da propriedade, por exemplo, embora a autora não se refira a isso – tendem a observar que as empresas dominantes já são suficientemente remuneradas por seus investimentos, bem como outras vantagens derivadas da posição dominante, de modo que certa limitação em sua rentabilidade não causaria tamanho prejuízo em seus incentivos para inovação futura (LAO, 2014, p. 680); e

f) concepções sobre o mérito no mercado: alguns analistas tendem a enxergar a justiça do mercado como o espaço da meritocracia, e a intervenção do Estado em face de práticas exclusionárias implicaria em uma constrição à habilidade natural do mercado de seleção dos “vencedores” e exclusão dos “perdedores”. Outros, mais céticos quanto a essa meritocracia, tendem a adotar uma visão mais estrita quanto a práticas exclusionárias, haja vista sua crença no papel do Estado na promoção da igualdade de oportunidades e acesso aos mercados:

conservadores do antitruste tendem a reforçar a necessidade de proteger os incentivos e autonomia de empresas dominantes enquanto os liberais do antitruste desejam uma recalibração das regras para dar maior atenção às oportunidades e incentivos dos concorrentes. (LAO, 2014, p. 683).

Um importante exemplo dessa interação entre a ideologia e os limites do conhecimento econômico é a utilização da teoria dos custos dos erros para o estabelecimento de limites ao antitruste. Com essa teoria, a dificuldade e, por vezes, impossibilidade de identificação dos efeitos essenciais à abordagem “baseada em efeitos”, proposta pela Escola de Chicago, foi instrumentalizada em prol do reforço de seu viés não-intervencionista.

As incertezas acima descritas tornam o antitruste uma área particularmente afeita à possibilidade de erro (DEVLIN; JACOBS, 2010b, p. 82). A partir dessa constatação, construiu-se uma tradição no antitruste que, baseada em uma simplificação de conceitos emprestados de outras teorias¹⁶⁴, busca estabelecer uma *teoria da decisão* em cenários de incerteza. Em linhas gerais, essa abordagem analisa a probabilidade e custos de erros em decisões em matéria antitruste, separando: erros Tipo I (falso positivo ou falsa condenação – quando uma empresa é condenada por uma prática que é, de fato, pró-competitiva); de erros tipo II (falso negativo ou falsa absolvição – quando uma empresa é absolvida por uma prática que é anticompetitiva).

As diretrizes geralmente estipuladas para essa teoria foram estabelecidas por Frank H. Easterbrook, em seu trabalho “Limits of Antitrust” (1984b)¹⁶⁵. Easterbrook parte do reconhecimento da impossibilidade da obtenção de conhecimento adequado sobre as práticas

¹⁶⁴ A teoria dos erros do antitruste é derivada de abordagens da teoria da decisão e dos jogos da década de 1940 (FIRST; WALLER, 2013, p. 1570).

¹⁶⁵ Para Easterbrook, os limites ao antitruste são os custos de informação e de ação: “O antitruste é caro. Os juízes agem com informação imperfeita sobre as práticas em jogo. Os custos de ação e informação são os limites do antitruste” (EASTERBROOK, 1984, p. 4, tradução livre).

que propõe que sejam analisadas sob o modelo neoclássico¹⁶⁶, defendendo que, “para obter uma resposta a um problema prático, precisamos começar com algumas presunções e pontos fixos de referência”¹⁶⁷ (EASTERBROOK, 1984, p. 11, tradução livre).

Para esse fim, Easterbrook estabelece uma regra geral com relação ao custo dos erros no antitruste: absolvições errôneas são menos custosas que condenações errôneas. Condenações errôneas geram prejuízos permanentes, uma vez que cada punição de prática benéfica, em razão da estabilidade dos precedentes judiciais, estende-se a todas as empresas (EASTERBROOK, 1984, p. 2). Além disso, proibir uma prática benéfica impede a obtenção de economias produtivas e gera impacto em todas as unidades ofertadas, sendo, portanto, muito mais pervasiva que a perda de bem-estar gerada pela permissão de uma prática monopolística – que só gera prejuízo na medida em que a oferta é reduzida, e mesmo isso pode ser compensado por pequenos ganhos na eficiência produtiva¹⁶⁸.

Além de terem impacto de menor magnitude no bem-estar, absolvições errôneas gerariam somente efeitos temporários no bem-estar: uma vez que o monopólio tende à autocorreção – preços altos atraem entrada – o monopólio é naturalmente autodestrutivo (EASTERBROOK, 1984, p. 15).

Assim, quando a teoria econômica já estabeleceu que a maioria das práticas empresariais de um determinado tipo são eficientes, seria custoso perseguir os casos

¹⁶⁶ Cf. Easterbrook: “As implicações de bem-estar da maioria das formas de conduta empresarial estão além de nossa compreensão. Se nós juntássemos doze economistas e déssemos a eles todos os dados disponíveis sobre uma prática empresarial, mais um orçamento ilimitado de computadores, nós não conseguiríamos acordo sobre se a prática promoveu o bem-estar do consumidor ou a eficiência econômica mais amplamente definida. Eles descobririam algumas falhas nos dados, algumas avenidas requerendo exploração adicional. Alguém iria invocar o princípio do *‘segundo melhor’*, alegando que o monopólio poderia ser uma compensação benéfica a distorções em outros lugares. Pelo menos um dos economistas iria construir um novo modelo mostrando como a prática poderia reduzir a eficiência se certas coisas (incognoscível pelos dados) estivessem presentes. Uma investigação global convida a nenhuma resposta; ela põe muitas coisas em questão” (EASTERBROOK, 1984, p. 11, tradução livre).

¹⁶⁷ No original: “To get an answer to a practical problem, we must start with some assumptions and fixed points of reference”.

¹⁶⁸ Observa Easterbrook que “[...] em muitos casos os custos do monopólio erroneamente permitido são pequenos, enquanto os custos da competição erroneamente condenada são grandes. Uma prática benéfica pode reduzir os custos de produção para cada unidade de produção; uma prática monopolística impõe perdas apenas na medida em que leva à redução de oferta. Sob presunções comuns sobre a elasticidade da oferta e demanda, mesmo um pequeno ganho em eficiência produtiva pode compensar substanciais aumentos de preço e a redução de oferta associada. Outras coisas iguais, nós devemos preferir o erro de tolerar conduta questionável, o que impõe perdas sob uma parte do espectro de produção, ao erro de condenar conduta benéfica, o que impõe perdas sobre todo o espectro da produção” (EASTERBROOK, 1984, p. 16, tradução livre).

excepcionais, haja vista a probabilidade de, nesse caminho, punir práticas benéficas¹⁶⁹.

Essa abordagem tem sido, desde então, acolhida pela teoria antitruste norte-americana – o uso da teoria da decisão é, inclusive, apresentado como uma das maiores características da abordagem Neo-Chicago (EVANS; PADILLA, 2005). Mais recentemente, essa visão foi incorporada pela jurisprudência pela Suprema Corte dos EUA, que nos casos *Brooke Group* (preços predatórios) e *Trinko* (recusa de venda), chancelou uma abordagem marcadamente não-intervencionista com base no argumento de que condenações errôneas teriam o condão de “esfriar a concorrência”, punindo justamente a conduta que o antitruste pretende estimular, referindo-se explicitamente ao problema dos falsos positivos.

Um primeiro problema dessa utilização é que determinar o custo de um determinado tipo de erro depende de conhecer a probabilidade de sua ocorrência: mesmo que uma falsa condenação fosse mais custosa que uma falsa absolvição, esse fato não significaria que *muitas* falsas absolvições são desejáveis a *poucas* falsas condenações (DEVLIN; JACOBS, 2010b, p. 98). Essa quantificação, contudo, torna-se impossível quando se trata da complexa e dinâmica atividade econômica, não havendo suficientes estudos empíricos nesse sentido (DEVLIN; JACOBS, 2010b, p. 95).

Heyer (2005) observa que, na apuração das probabilidades de erros tipo I e tipo II, diferenças dependem de elementos contextuais e peculiares à visão do analista econômico sobre questões como:

Diferentes analistas antitruste podem, em boa consciência, e usando exatamente o mesmo aparato analítico (i.e., a boa e velha microeconomia e organização industrial), obter diferentes conclusões se algumas ou todas as [condições] seguintes são verdadeiras:

- a) Eles têm estimativas diferentes da probabilidade de que a conduta é prejudicial;
- b) Eles tem ‘melhores palpites’ diferentes sobre as magnitudes dos prejuízos e benefícios;
- c) **Eles têm diferentes níveis de confiança na aptidão das autoridades governamentais em desenhar e aplicar remédios que irão ampliar o bem-estar;**

¹⁶⁹ Cf. Easterbrook: “Em que direção devem essas regras errarem? Por um número de razões, erros no lado de permitir práticas questionáveis são preferíveis. Em primeiro, porque a maioria das formas de cooperação são benéficas, permitir uma prática particular sobre as quais somos mal-informados é improvável de ser prejudicial. É verdade, o mundo da teoria econômica é cheio de ‘teoremas de existência’ – provas de que sob certas condições práticas ordinariamente benéficas poderiam ter resultados indesejados. Mas nós não podemos viver sob teoremas de existência. Os custos de procurar por esses exemplos indesejáveis são altos. Os custos de proibir conduta benéfica (um resultado colateral de qualquer busca por exemplos indesejáveis) são altos. Quando a maioria dos exemplos de conduta é competitiva, as regras de litigância devem ser ‘erguidas em contrário’ de modo que elas não ludibriem muitas dessas práticas apenas para garantir que a poucas anticompetitivas são pegadas. Quando a maioria dos exemplos de uma prática são pró-competitivos ou neutros, as regras devem ter a mesma estrutura (embora o sentido oposto) daquelas que se aplicam quando quase todos os exemplos são anticompetitivos” (EASTERBROOK, 1984, p. 15, tradução livre)

- d) Eles têm diferentes níveis de ‘aversão a riscos’¹⁷⁰. (HEYER, 2005, p. 11, tradução livre, sem grifos no original).

O argumento de que a teoria econômica prevê que a maioria das práticas econômicas serão benéficas é problemático, quando se verifica que não existe uma só teoria econômica sobre a maioria das condutas empresariais – e os problemas relacionados à escolha da teoria a ser aplicada, como se analisou acima. Uma tal postura – presumir que uma prática é geralmente pró-competitiva porque assim o estipula uma tal teoria, sem recurso a uma análise empírica adequada – representa mais uma instância de inversão entre teoria e realidade: os elementos que cabem, justamente, a um procedimento antitruste descobrir – a extensão do potencial dano antitruste, no caso concreto – são “presumidos para fora” (ADAMS; BROCK, 1995, p. 294) das possibilidades de descoberta processual¹⁷¹.

Uma análise que se pretende “baseada em efeitos”, mas que se apega, contudo, a premissas genéricas desconectadas da realidade econômica em que a lei está sendo aplicada, pode acabar por constituir uma outra modalidade de formalismo, uma vez que “privilegia forma sobre conteúdo ou, mais exatamente, privilegia a aplicação de proposições teóricas gerais a uma gama altamente divergente e pertinente de circunstâncias cujas características gerais reais podem, de fato, ser facilmente apuradas”¹⁷² (LEWIS, 2008, p. 3, tradução livre).

A presunção de que falsas absolvições são menos prejudiciais que falsas condenações também ignora o fato de que, após a “revolução” de Chicago, o antitruste já assumiu um marcado viés anti-intervencionista, o que diminuiu bastante o escopo das práticas que podem ser, eventualmente, objeto de uma condenação¹⁷³. Com a probabilidade de condenação reduzida no âmbito teórico, é difícil pressupor que falsas condenações serão mais prováveis

¹⁷⁰ No original: “Different antitrust analysts can, in good conscience, and using the exact same analytical apparatus (i.e., good old microeconomics and I.O.), reach different conclusions if some or all of the following are true: a. They have differing estimates of the probability that the conduct is harmful b. They have differing ‘best guesses’ about the magnitudes of the harms and benefits c. They have differing levels of confidence in the ability of government authorities to fashion and enforce remedies that will enhance welfare. d. They have differing levels of ‘risk aversion’ ”.

¹⁷¹ Cf. Baker: “Mesmo que muitas ou maioria das instâncias de uma prática beneficiem a concorrência ou sejam competitivamente neutras, isso não significa que o subgrupo de instâncias confrontadas em corte (em virtude de fatos sugerindo a possibilidade de prejuízo ao consumidor) tipicamente beneficiam à concorrência no geral, ou mesmo beneficiam à concorrência de modo algum” (BAKER, 2015, p. 18, tradução livre).

¹⁷² No original: “The strong tendency towards a ‘black box’ treatment of the broader economic context within which anti-trust is enforced precisely privileges form over content, or, more accurately, privileges the application of general theoretical propositions to a widely divergent and pertinent range of concrete circumstances whose actual general features can in fact be easily ascertained”.

¹⁷³ Cf. First e Waller, que observam: “Combinar a abordagem dos custos dos erros de hoje com a regra da razão de hoje acaba por reduzir a aplicação da legislação antitruste a um conjunto quase nulo” (FIRST; WALLER, 2013, p. 1.572, tradução livre).

que falsas absolvições, no âmbito concreto¹⁷⁴, especialmente se se leva em consideração as dificuldades de se levar adiante um caso de abuso de posição dominante bem-sucedido, relacionadas à complexidade das provas e do tempo de duração desse tipo de processo (LEWIS, 2008, p. 11).

Além disso, a presunção de que condenar uma prática benéfica gera danos irreparáveis depende das seguintes premissas: precedentes realmente tendem à imutabilidade, o que não é sempre verdade, especialmente em jurisdições que não adotam o *stare decisis*; e que, diante de uma condenação, as empresas não passarão a adotar uma conduta alternativa (a “segunda-melhor” conduta para a empresa), que pode ser tão ou mais eficiente que a prática condenada, sem necessariamente gerar os prejuízos derivados da concentração econômica proibida (DEVLIN; JACOBS, 2010b, p. 98).

Presumir a perene capacidade de autocorreção do mercado, por outro lado, não diz muito sobre quanto tempo levará esse processo, quanto prejuízo ao bem-estar econômico será causado nesse período¹⁷⁵, e em que medida a concentração econômica, sistematicamente permitida sob esse aspecto, irá impactar na aptidão da empresa dominante em perpetuar sua posição através de *rent-seeking* e práticas exclusionárias. Deve-se questionar, então, se a consolidação de posições dominantes, amplamente permitida por um direito da concorrência com viés não-intervencionista, não poderia constituir, justamente, aquilo que impede a dinâmica de autocorreção do mercado¹⁷⁶.

Evidências empíricas da duração de práticas anticompetitivas aponta no sentido de que

¹⁷⁴ Sobre essa carência empírica, observa Jacobs: “Talvez o Juiz Easterbrook esteja correto. Talvez os custos de erro judicial excedem as perdas envolvidas em tolerar práticas ‘duráveis’ até as entendermos melhor. Mas talvez não. A resposta depende em parte em se proibições ‘errôneas’ podem ser precisamente identificadas. Ela depende também em se se pode medir com mínima precisão a frequência dessas proibições, a magnitude dos benefícios erroneamente renunciados, e os efeitos externos positivos produzidos por proibições errôneas, incluindo os incentivos criados por uma agressiva política de aplicação da lei para o desenvolvimento de práticas mais eficientes e não-controversas. Não existem dados sobre esses pontos, contudo, nem é provável que quaisquer possam ser coletados. Mais ainda, a resposta demanda uma comparação dos efeitos relativos de eficiência de modelos de aplicação da lei cautelosos e intervencionistas, modelos que não podem existir simultaneamente e portanto não podem ser propriamente comparados” (JACOBS, 1995, p. 252, tradução livre).

¹⁷⁵ Cf. Adams e Brock: “Outras considerações adicionalmente confundem a aplicação prática da teoria econômica de monopólio. Por quanto tempo a alta participação de mercado de uma empresa persistiu? Ela persistiu tempo suficiente para sugerir que ela é efetivamente imune à ingerência concorrencial? Quanto tempo é ‘tempo suficiente’?” (ADAMS; BROCK, 1995, p. 296, tradução livre).

¹⁷⁶ Chu, por exemplo, analisa que o entrincheiramento – duração anormalmente continuada – de posições dominantes seria devido, principalmente, à magnitude “em si” dos recursos de que dispõe a empresa nessa posição, além de práticas anticompetitivas (CHU, 2013, p. 28). Mesmo em setores econômicos com reduzidas barreiras à entrada e com considerável fluxo de novos entrantes, posições dominantes são estáveis por décadas nos Estados Unidos (CHU, 2013, p. 7), o que poderia ser explicado pelo volume de recursos que a empresa dominante possui para manter sua posição, de modo que novos entrantes acabam por competir apenas com as demais empresas situadas na “franja” competitiva do mercado relevante, o que, na verdade, contribui para o entrincheiramento da posição dominante (CHU, 2013, p. 13).

elas podem durar por décadas (BAKER, 2015, p. 9), havendo inclusive muitas evidências da longa duração de cartéis em mercados de produtos homogêneos e com baixas barreiras à entrada (REEVES; STUCKE, 2011, p. 1558), especialmente em países em desenvolvimento (LEVENSTEIN; SUSLOW, 2004).

Esse cálculo de possíveis custos dos erros costuma levar em conta apenas perdas em eficiência alocativa, desconsiderando potenciais benefícios da condenação de práticas anticoncorrenciais em valores econômicos como a preservação da rivalidade, efeitos distributivos e a manutenção de pressão competitiva que estimule a inovação. Esses objetivos normativos podem ser relevantes para algumas jurisdições, como se verá no capítulo seguinte.

As presunções simplistas sob as quais se constrói essa teoria da decisão constituem, então, mais um elemento da *ideologia* da Escola de Chicago para o antitruste: “tais argumentos, na ausência de suporte empírico em uma base caso-a-caso, são primariamente uma preferência por um mercado *laissez-faire*” (FIRST; WALLER, 2013, p. 1.572, tradução livre).

Esse resultado, como se verá no capítulo seguinte, não deverá ser o mesmo em toda e qualquer jurisdição do mundo. É necessário reconhecer que “regras sobre erros, assim como visões sobre dominância e mercados, são contingentes e refletem a experiência e crenças nacionais e regionais tanto quanto, se não mais que, elas refletem a Economia”¹⁷⁷ (DEVLIN; JACOBS, 2010b, p. 97, tradução livre).

O mais preocupante elemento a se observar, aqui, é a manobra pela qual a Escola de Chicago utiliza os limites do próprio modelo que propõe – que foi, inclusive, conformado para reduzir o espectro de intervenção governamental possível – para informar ainda mais limites à capacidade de atuação governamental em face do poder econômico. Essa ironia não é perdida em Rosch (2010), que observa que

muitos dos mesmos pensadores que pressionaram pelos resultados nesses casos que submetem essas práticas a uma regra da razão, agora, alegam que a legislação antitruste é muito imprevisível e, em certa medida, provavelmente prefeririam que algumas dessas práticas fossem declaradas legais per se.¹⁷⁸ (ROSCH, 2010, p. 9, tradução livre).

¹⁷⁷ No original: “These examples suggest that error rules, like views about dominance and markets, are contingent and reflect national and regional experience and belief as much as, if not more than, they reflect economics”.

¹⁷⁸ No original: “My frustration, however, lies with the fact that many of the same thinkers who pushed hard for the results in these cases which subject these practices to a rule of reason analysis now claim that antitrust law is too unpredictable and, to some extent, would likely prefer to have some of these practices declared per se legal”.

3.5 Considerações finais

A ideologia de Chicago serviu à formatação de uma política pública orientada à permissibilidade de concentração de poder econômico privado, exceto nas estritas situações em que alguma prática, como os cartéis, fosse capaz de elidir o viés pró-réu presente na teoria e nas diretrizes de aplicação da lei instituídas após a década de 1980 (STUCKE, 2012, p. 595). As demais instâncias de potencial aplicação do direito concorrencial foram substancialmente reduzidas, em prol da fé na autocorreção dos mercados e na incompetência regulatória estatal (FOX, 2013, p. 2.160).

Segundo a abordagem de Chicago, a maioria das distorções em curto prazo, na forma de aumentos de preço, irá estimular maior entrada, garantindo mais eficiência e competitividade em longo prazo: a função social dos lucros de monopólio, expressa em *Trinko*, é um dos artigos de fé dessa teoria (DEVLIN; JACOBS, 2010a, p. 274).

Mesmo considerando a estrita dimensão da eficiência alocativa, os resultados desse viés pró-concentração na política pública norte-americana não parecem promissores. Levantamento publicado em 2016 concluiu que, nos últimos 15 anos, a maioria dos setores econômicos estadunidenses experimentou aumento significativo nos níveis de concentração (GRULLON; LARKIN; MICHAELY, 2016). O mesmo estudo identificou lucros anormais nos mercados pós-fusão, concluindo que “o aumento das margens de lucro não pode ser atribuído a aumento de eficiência, mas a aumento de poder de mercado” (GRULLON; LARKIN; MICHAELY, 2016, p. 38).

A mesma conclusão é derivada da análise do Conselho de Assessores Econômicos da Casa Branca dos EUA, que, em 2016, observou que “muitas indústrias podem se estar tornando mais concentradas, que nova entrada de empresas está diminuindo, e que algumas empresas estão gerando retornos que estão imensamente em excesso em relação a padrões históricos”¹⁷⁹ (UNITED STATES OF AMERICA. White House. Council of Economic Advisers, 2016, p. 14, tradução livre).

Ainda quanto ao controle de fusões, outro levantamento de dados presente em Kwoka (2013) verificou que, ao mesmo tempo em que a aplicação de remédios comportamentais e estruturais em fusões tem experimentado uma redução nos últimos anos, a previsão de que esses remédios – aliados às forças autocorretoras do mercado – seriam efetivos em prevenir

¹⁷⁹ No original, com o trecho completo: “Recent indicators suggest that many industries may be becoming more concentrated, that new firm entry is declining, and that some firms are generating returns that are greatly in excess of historical standards”.

elevações de preço mostraram-se erradas¹⁸⁰.

Daniel Crane, em seu elogio à tecnocracia no antitruste, observa que, coincidentemente ou não, “a virada tecnocrática no antitruste tem tendido a correlacionar-se com uma tendência [...] em direção a maior fé na ordenação de mercado privada e desregulação e uma rejeição do planejamento central como uma modalidade administrativa”¹⁸¹ (CRANE, 2008, p. 5, tradução livre).

O que esse permanente projeto de isolar questões de eficiência econômica de outras preocupações (como as distributivas) mascara, sob um manto “tecnocrático”, são decisões eminentemente políticas, estratégia que lhe permite conformar uma agenda “objetiva” apta a ser implementada ao redor do mundo, independentemente da diversidade de contextos econômicos e jurídicos. Mais do que isso, essa “tecnicização” ocorre, como visto, às custas de valores igualmente econômicos¹⁸².

A justificativa de que essa exclusão ocorre com foco na “administrabilidade” é pouco convincente, haja vista que, como visto, a aplicação do critério da eficiência demandou substancial ampliação da complexidade das questões concorrenciais e, ainda assim, sua operacionalização requer o recurso a perigosas simplificações sobre o funcionamento da economia e os limites do antitruste. Ademais, como se verá adiante, outras preocupações econômicas – como a preocupação com a preservação da rivalidade – podem, igualmente, ser incorporadas em uma estrutura igualmente administrável.

Por todo o exposto, é necessário que os países em desenvolvimento, ao formatarem seus próprios sistemas de análise de práticas econômicas, estejam atentos ao fato de que a teoria antitruste de Chicago não representa, tão-somente, a aplicação de um modelo econômico “puro” a práticas empresariais, mas o resultado de um feixe de escolhas políticas, derivadas de uma ampla ideologia sobre a organização social. Pode ser necessário que os

¹⁸⁰ Conclui o autor que “os remédios impostos – desinvestimentos e remédios comportamentais ou condicionais – não são geralmente adequados à tarefa de preservar a concorrência. Aumentos de preço persistem em face desses remédios, e mais ainda em casos em que remédios comportamentais ou condicionais não-estruturais são empregados. Esses resultados indicam que medidas de política pública mais fortes – rejeição total ou remédios estruturais ao invés de abordagens comportamentais/condicionais – podem ser necessários em casos em que eles não são correntemente empregados” (KWOKA, 2013, p. 644, tradução livre).

¹⁸¹ No original, com o trecho completo: “Ironically, although the original technocrats favored displacing private market ordering with centralized governmental administration, the technocratic shift in antitrust has tended to correlate with a trend in just the opposite direction—toward greater faith in private market ordering and deregulation and a rejection of central planning as an administrative modality”.

¹⁸² É o que avalia Foer, que observa que essas escolhas políticas representam um viés pró-concentração empresarial: “[...] uma leitura muito estrita de ‘concorrência’ leva à exclusão de muitas demandas que se relacionam à Economia e à eficiência econômica. Se alguns tipos de eficiência são permitidos em um caso como uma defesa enquanto outros são excluídos, poderia haver uma sistemática distorção de resultados que pode em si própria ser considerada política, isso é, enviesada em favor de grandes entidades tentando fundir-se ou de outra forma conseguir o que querem” (FOER, 2014, p. 24, tradução livre).

países em desenvolvimento, como o Brasil, incluem preocupações econômicas distintas, compatíveis com a realidade específica em que se insere a defesa da concorrência nesses países, bem como com as escolhas políticas já consagradas em seu ordenamento jurídico (ou sua “ideologia constitucionalmente adotada”). Esse é o tema do próximo capítulo.

4 RIVALIDADE E O DIREITO CONCORRENCIAL NOS PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO – O CASO BRASILEIRO

No capítulo anterior, buscou-se evidenciar o elemento *ideológico* subjacente à teoria antitruste da Escola de Chicago, no âmbito da qual a deseabilidade da concentração econômica é apurada unicamente em função de seus efeitos na eficiência alocativa, conforme definida pelo modelo econômico neoclássico.

A consequência necessária dessa opção é a exclusão todos os valores jurídicos que não possam figurar como variáveis no modelo – os relativos às demais preocupações possíveis com a concentração econômica, de caráter distributivo, dinâmico, sistêmico, dentre outras.

Tais preocupações, por não figurarem como elementos do modelo econômico escolhido, são desconsideradas, taxadas de “impraticáveis”, “inefícazes” ou “não-econômicas”. Esse tipo de raciocínio inverte o papel da Economia e do Direito: a operacionalidade do modelo econômico vigente é o principalmente determinante daquilo que é juridicamente relevante. É necessário, contudo, que a aplicação de tais modelos respeite as opções normativas fixadas pelo ordenamento jurídico.

A harmonização do antitruste com base em modelos econômicos “puros” é impossível, já que, em cada jurisdição, tais modelos são operacionalizados em conjunção a um quadro normativo mais amplo (DREXL, 2015). A aplicação de preceitos econômicos, embora essencial à análise antitruste contemporânea, é necessariamente conectada à visão de mundo e valores políticos e sociais do ordenamento jurídico de cada país. Definir a finalidade do antitruste é uma escolha de política econômica, uma vez que não é possível encontrar um consenso absolutamente delimitado na teoria econômica. A eficiência, em qualquer das suas (muitas) definições possíveis, não obstante, muitas vezes é apresentada como um dado, algo auto-evidente e neutro de julgamento político: “escolher uma finalidade não é meramente um produto de teorização econômica, mas de economia política” (WAKED, 2015, p. 948).

Isso não significa desmerecer a importância da Ciência Econômica para o direito concorrencial: pelo contrário, esses argumentos têm a intenção de respeitar o valor da teoria econômica como ciência social aplicada em permanente evolução – e, por essa razão, necessariamente marcada pela pluralidade de iniciativas teóricas – escapando-se de tentativas reducionistas que, em última análise, enfraquecem sua utilidade como ferramenta de análise

da complexa realidade econômica¹⁸³. Por esse motivo, deve-se conferir razão aos chamados por maior pluralismo em vez de uma “monocultura” de teorias concorrenciais (BUDZINSKI, 2007), o que Drexl (2009), no contexto da “abordagem mais econômica” na União Europeia, chama de “abordagem *ainda* mais econômica”¹⁸⁴ (“even more economic approach”)¹⁸⁵.

A diversidade teórica também se compreende em razão de diferentes pontos de partida normativos (ideologias) sobre o fenômeno concorrencial. À vista dessa pluralidade de abordagens possíveis, a taxação de certos valores como “não-econômicos” é sempre contingente, já que “diferentes teorias concorrenciais definem diferentes fronteiras entre ‘econômico’ e ‘não-econômico’” (BUDZINSKI, 2007, p. 24).

Diante dessa pluralidade de abordagens possíveis, é necessário que o Direito brasileiro, no âmbito do processo de isomorfismo ou “transplante” de teorias concorrenciais advindas de países desenvolvidos, analise, primeiramente, sua compatibilidade com as escolhas normativas já consolidadas em sua ideologia constitucional. De fato, um regime de “divergência informada” – em que a troca de informações e experiências permite que cada país realize uma escolha informada da adesão ou rejeição de certo padrão jurídico – vem sendo ventilado como uma das tendências na governança do antitruste internacional (MARQUIS, 2015, p. 159).

Como se afirmou, os modelos econômicos devem conformar-se à ideologia constitucionalmente adotada, e não o contrário. A concepção da finalidade da política econômica de defesa da concorrência deverá se legitimar, portanto, perante à ideologia consagrada na Constituição Econômica brasileira (SOUZA, 1980, p. 52).

¹⁸³ Sobre o que chama de “monocultura” na Economia da concorrência, conclui Budzinski: “Já que (i) não é possível haver um conhecimento definitivo sobre a concorrência de mercado e (ii) o processo de seleção é imperfeito, uma fixação em uma teoria dominante geral não representa progresso científico mas, em vez disso, a frustração do progresso no conhecimento. Em vez de pluralismo teórico, uma monocultura de Economia da concorrência representaria um estado ineficiente da disciplina uma vez que a oferta (produção de novas ideias, teorias) é restrita” (BUDZINSKI, 2007, p. 24, tradução livre).

¹⁸⁴ Observa Drexl: “Acima de tudo, a abordagem mais econômica precisa ser criticada por seu forte foco metodológico em teorias da organização industrial e por ignorar a dimensão institucional. Teorias da organização industrial posicionam a busca por ganhos de eficiência no centro de sua análise. Esse tipo de análise alcança seus limites, em particular, no contexto de processos competitivos dinâmicos. Essas deficiências na Economia industrial não têm que automaticamente levar a uma rejeição de suas conclusões. Parece que uma abordagem teórica muito mais ampla que integre as conclusões da Economia Institucional, modelos concorrenciais evolucionários, e pesquisa empírica e experimental poderia enriquecer a abordagem mais econômica. Logo, há uma necessidade óbvia por uma “abordagem ainda mais econômica” (DREXL, 2009, p. 694-695, tradução livre).

¹⁸⁵ Entre os autores brasileiros, é notável a proposta do Prof. José Maria de Arruda Andrade sobre o tema, que defende, partindo da proposta do “even more economic approach” de Drexl, analisa que “um even more economic approach poderá transformar-se em mais positivismo jurídico e menos consequencialismo ou ativismo econômico-jurídico. A economia contribuiu muito para a Análise Econômica do Direito. Está na hora de trabalharmos mais em uma Análise Jurídico-Econômica da Análise Econômica do Direito. Sobretudo em uma proposta mais factível de hermenêutica jurídica, de teoria da argumentação e de teoria da decisão” (ANDRADE, 2014, p. 189).

4.1 A ideologia constitucionalmente adotada e o direito da concorrência brasileiro

O comando constitucional mais específico com relação à defesa da concorrência no Brasil é o art. 173, §4º, da Constituição da República de 1988, que estabelece que a lei “reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Este comando – que, por sinal, vem se repetindo essencialmente em todas as Constituições brasileiras desde 1946 – não estabelece nenhuma base para que a preocupação do direito concorrencial restrinja-se tão-somente ao “abuso de poder econômico que reduza a eficiência alocativa”.

Pelo contrário, o que esses termos denotam é uma preocupação com a manutenção da estrutura da concorrência – o que se dá através de abusos que acarretem a “dominação de mercados” e a “eliminação da concorrência” – e o combate à abusos exploratórios de poder econômico que se traduzam no “aumento arbitrário de lucros”¹⁸⁶.

O aspecto inovador da Constituição de 1988 constituiu a inserção da *livre concorrência* no rol de princípios conformadores da ordem econômica (art. 170, IV). Ao mesmo tempo, a Constituição estabelece que a livre concorrência – e, por extensão, o tratamento jurídico do abuso de poder econômico – deve conviver com outros princípios: a *soberania nacional* (art. 170, I), a *propriedade privada* (art. 170, II), a *função social da propriedade* (art. 170, III), a *defesa do consumidor* (art. 170, V), a *defesa do meio ambiente* (art. 170, VI), a *redução das desigualdades regionais e sociais* (art. 170, VII), a *busca do pleno emprego* (art. 170, VIII) e o *tratamento favorecido à empresa de pequeno porte* (art. 170, IX).

Se a Constituição é clara em estabelecer que a livre concorrência convive com princípios como a redução da desigualdade social, a função social da propriedade e o tratamento favorecido à pequena empresa, dentre outros, não parece ser razoável estipular que o direito da concorrência deve concentrar-se unicamente na busca pelo ideal da eficiência no sentido estipulado pela Escola de Chicago. Andrade (2014, p. 173), nesse sentido, pondera que “eleger o cálculo de eficiência econômica (eficiência produtiva e alocativa como maximização de riqueza) não passaria sequer no teste da literalidade” do texto constitucional.

Para além da convivência com outros princípios da ordem econômica, destaca-se o fato de que a Constituição da República fixa que a *finalidade* de toda a ordem econômica constitucional é “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”

¹⁸⁶ Sobre os abusos exploratórios na ordem econômica brasileira, cf. Castro (2012).

(art. 170, *caput*). Essa finalidade se insere nos objetivos da República, expressos no art. 3º, de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

Se a defesa da concorrência é um dos instrumentos para consecução da ideologia constitucional, ou um “*meio, instrumento* para o alcance de outro bem maior, qual seja, ‘assegurar’ a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (FORGIONI, 2012, p. 186, grifos no original), o valor jurídico de um compromisso constitucional expresso com a justiça social não pode ser menosprezado¹⁸⁷. Sua adoção, observa Grau, “não designa meramente uma *espécie* de justiça, porém um seu *dado ideológico*” (GRAU, 2010, p. 229, grifos no original). É sob o marco da justiça social que se deve legitimar o entendimento sobre a finalidade do direito da concorrência brasileiro, em prol de objetivos como o desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades sociais e regionais¹⁸⁸.

Uma característica de um regime de justiça social muito destacada pela doutrina brasileira é a redução nas desigualdades nos *resultados econômicos*, traduzidos no reconhecimento de direitos sociais, nas medidas de valorização da condição de trabalhador, na justiça tributária, nas transferências diretas, na política urbana, na política de seguridade social e no combate à pobreza e à miséria¹⁸⁹.

Uma dimensão da justiça social ainda mais importante para o direito concorrencial, contudo, é a da garantia de *igualdade de oportunidades*.

Rawls (1999) estabelece que, sendo indesejável a absoluta igualdade de resultados econômicos, a distribuição de bem-estar econômico deve ser guiada pelo princípio da

¹⁸⁷ A esse respeito, observa Eros Grau: “não se pode visualizar a ordem econômica constitucional como produto de imposições circunstanciais ou meros caprichos dos constituintes, porém como resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que, de uma ou de outra forma, foram compostos, para como peculiar estrutura ideológica aninhar-se no texto constitucional” (GRAU, 2010, p. 194)

¹⁸⁸ Nesse sentido, cf. Andrade que, com base em uma perspectiva sistemática da Constituição da República, rejeita a ideia de que a ordem econômica seja concebida como instância tão-somente comprometida com o crescimento econômico, discordando que preocupações distributivas sejam relegadas a políticas separadas (na “ordem social”), em momento posterior (ANDRADE, 2014, p. 170).

¹⁸⁹ José Afonso da Silva estabelece, nesse sentido, que “[u]m regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria” (SILVA, 2014, p. 801-802). No mesmo sentido, Eros Grau observa que “*Justiça social*, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista” (GRAU, 2010, p. 229).

diferença, segundo o qual eventuais desigualdades deverão ser instituídas somente quando em benefício de todos, em um regime de igualdade de oportunidades: “desigualdades sociais e econômicas precisam ser arranjadas de modo que elas sejam tanto (a) razoavelmente esperadas que sejam em benefício de todos, e (b) correspondentes a posições e cargos abertos a todos”¹⁹⁰ (RAWLS, 1999, p. 53, tradução livre).

A igualdade de oportunidades, nesse contexto, diz respeito à alocação adequada de *recursos* em face da distribuição desigual de *talentos* – entendidos como fatores que as instituições sociais não conseguem controlar, mas não são de responsabilidade indivíduo, como circunstâncias biológicas e sociais – passando daí os resultados individuais serem baseados na competição baseada na *vontade*, entendida como circunstâncias relacionadas à responsabilidade e passível de controle individual – em Rawls, metas e ambições pessoais (FLEURBAEY, 1995, p. 26).

Esse princípio comanda um foco não só na redistribuição posterior dos resultados produtivos (através do sistema tributário e de transferências diretas), mas em medidas *pré-distributivas*, entendidas como aquelas que atuam no início do ciclo produtivo de modo que “redefinem as relações de produção e, ao fazê-lo, influenciem nos resultados pré-fiscais” (ZANITELLI, 2016, p. 307)¹⁹¹. Essas medidas pré-distributivas, observa Zanitelli (2016), podem incluir políticas públicas em prol da dispersão de capital e a dispersão de controle sobre os meios de produção (ZANITELLI, 2016, p. 308-311), o que evidencia a ideia de que a igualdade de oportunidades inclui não só a dimensão do indivíduo como consumidor, mas também como potencial ator econômico ou empreendedor. Tendo em vista essas observações, a garantia de preços baixos ao consumidor – ou de maior bem-estar agregado, na visão estrita de Chicago – não pode ser a única finalidade de um direito concorrencial comprometido com a justiça social.

O comando de igualdade de oportunidade, para Rawls, não é condicionada principalmente à maior eficiência desse arranjo, mas ao fato de que a oportunidade igualitária serve à realização individual e atua como princípio superior de organização econômica com

¹⁹⁰ No original, com o trecho completo: “Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all”.

¹⁹¹ Sobre a distinção entre os períodos inicial e o posterior, esclarece Zanitelli que Rawls não tratou apenas da distribuição ocorrida ao final de cada período produtivo, mas também daquela que ocorre em seu início, ou na pré-distribuição: “No primeiro caso, trata-se de um regime que permite resultados de mercado pré-fiscais mais desiguais (e que combate essa desigualdade com tributação e transferência). No segundo, de um regime com medidas para reduzir a desigualdade dos resultados pré-fiscais (o que diminui a necessidade de redistribuir)” (ZANITELLI, 2016, p. 307). Para usar a metáfora do bolo, medidas redistributivas tratariam da propriedade das fatias do bolo já crescido, enquanto medidas pré-distributivas tratam da distribuição e gestão dos ingredientes do bolo.

justiça social¹⁹².

Transpondo esse princípio à análise concorrencial, pode-se compreender que a deseabilidade de práticas exclusionárias não poderia ser aferida, unicamente, com relação a seu impacto na eficiência alocativa. Sob uma perspectiva de justiça social, a supressão da oportunidade de acesso aos mercados – acesso, aqui, na posição de empreendedor – tem valor negativo intrínseco, não sendo passível de instrumentalização em função de uma medida específica de eficiência. Adicionalmente, como se verá adiante, uma atitude tolerante com práticas exclusionárias sequer tem o potencial de contribuir com maior eficiência em longo prazo, haja vista as condições econômicas peculiares aos países em desenvolvimento.

Outra questão notável é que, junto às metas igualitárias, a Constituição consagrou o *desenvolvimento econômico* como objetivo da República.

Um foco em eficiência econômica é normalmente justificado sob a ideia de que é a melhor alternativa para gerar *crescimento* econômico, que seria uma meta universal¹⁹³. Um foco em *desenvolvimento* econômico, contudo, reconhece que o crescimento é apenas um dos fatores para apuração do bem-estar humano, sendo que o conceito de desenvolvimento coloca em questão o conteúdo e direção de tal crescimento. Assim, observam Lianos, Mateus e Raslan (2013), enquanto o crescimento é um “processo essencialmente quantitativo de expansão do produto interno bruto”, o desenvolvimento é “uma operação intrinsecamente qualitativa de gerar novo equilíbrio com maior produtividade e mudança de estruturas

¹⁹² Defende Rawls: “Primeiramente, contudo, eu deveria observar que as razões para requerer posições abertas não são somente, ou mesmo primariamente, as de eficiência. Eu não defendi que cargos devem ser abertos se de fato todos irão se beneficiar de tal arranjo. Porque pode ser possível melhorar a situação de todos ao atribuir certos poderes e benefícios a posições a despeito do fato de que certos grupos são excluídos deles. Embora o acesso é restrito, talvez esses cargos podem ainda atrair talento superior e encorajar melhor performance. Mas o princípio das posições abertas proíbe isso. **Ele expressa a convicção de que se alguns lugares não fossem abertos em uma base justa para todos, aqueles mantidos de fora estariam corretos em se sentir injustamente tratados, mesmo que eles tenham se beneficiado dos melhores esforços daqueles que foram permitidos ocupá-los. Eles estariam justificados em sua reclamação não só porque eles foram excluídos de certas recompensas externas do cargo, mas porque eles foram barrados de experimentar a realização do ser que vem de um exercício habilidoso e devotado de deveres sociais. Eles seriam privados de uma das principais formas de bem humano**” (RAWLS, 1999, p. 73, tradução livre, sem grifos no original).

¹⁹³ É essa a opinião de Priest: “[...] as finalidades normativas são claras. Toda sociedade se beneficia à medida que se torna mais rica. Embora o crescimento econômico seja às vezes identificado como relacionado somente à atividade comercial ou o que a alguns parece insinuar a promoção de valores materialistas em vez de espirituais ou filosóficos, há fortes fundamentos morais para defendê-lo. Mais obviamente, o crescimento econômico é responsável pelas melhorias mais básicas na qualidade de vida dos cidadãos, como aumento na expectativa de vida e redução da mortalidade infantil, dentre outros. [...] Esses fundamentos mais amplos para promover o crescimento econômico são compartilhados por todos os sistemas de valor humanísticos. Eles transcendem a experiência histórica e diferenças em cultura” (PRIEST, 2012, pos. 1.868, tradução livre).

socioeconômicas”¹⁹⁴ (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 752, tradução livre), conceito que abre espaço para uma discussão normativa.

Em uma das formulações mais marcantes sobre o tema, Amartya Sen (1999) estipula que o desenvolvimento econômico deve ir além do mero crescimento econômico¹⁹⁵, sendo compreendido como a promoção da *liberdade* através da expansão das capacidades individuais para busca de seus objetivos¹⁹⁶. Para esse fim, o desenvolvimento deverá promover cinco liberdades instrumentais interligadas: “(1) liberdades políticas, (2) infraestruturas econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetiva”¹⁹⁷ (SEN, 1999, p. 10, tradução livre).

Dentre essas liberdades instrumentais, a segunda é particularmente importante: a liberdade instrumental relativa às “infraestruturas econômicas” refere-se à promoção da capacidade individual através da garantia de “utilizar os recursos econômicos para consumo, ou produção, ou troca”¹⁹⁸ (SEN, 1999, p. 39, tradução livre). Note-se que essa definição não se refere somente à capacidade do indivíduo enquanto consumidor, mas também como agente produtivo¹⁹⁹.

Não seria muito distante da ideia de Sen, então, afirmar-se que a liberdade econômica

¹⁹⁴ No original, com o trecho completo: “A distinction was established between the concept of growth, an essentially quantitative process of expanding gross domestic product, and that of development, an inherently qualitative operation of generating a new equilibrium with higher productivity and changing socioeconomic structures”.

¹⁹⁵ Sokol, Lianos e Cheng, a respeito da teoria de Sen, analisam que o foco na liberdade se presta à rejeição de uma abordagem sustentada pelo “trickle down economics”: “Desenvolvimento deve dedicar-se a ampliar a liberdade de indivíduos para perseguir seus objetivos de vida. Essa abordagem baseada na liberdade rejeita a premissa implícita da visão focada no crescimento de que o melhor jeito de alcançar melhorias no padrão de vida de base ampla é aumentar o bem-estar social e deixar os benefícios respingarem ao longo da escada social” (SOKOL; CHENG; LIANOS, 2013, pos. 169, tradução livre).

¹⁹⁶ Afirma Sen: “Por alguma razão, o crescimento econômico não pode de modo sensato ser tratado como um fim em si. O desenvolvimento tem de ser mais preocupado com melhorar as vidas que levamos e as liberdades de que gozamos. Expandir as liberdades que nós temos razões para valorizar não apenas torna nossas vidas mais livres e sem restrições, mas também nos permite ser pessoas sociais mais completas, exercendo nossas próprias vontades e interagindo com – e influenciando – o mundo em que vivemos” (SEN, 1999, p. 14-15, tradução livre).

¹⁹⁷ No original, com o trecho completo: “Five distinct types of freedom, seen in an ‘instrumental’ perspective, are particularly investigated in the empirical studies that follow. These include (1) political freedoms, (2) economic facilities, (3) social opportunities, (4) transparency guarantees and (5) protective security. Each of these distinct types of rights and opportunities helps to advance the general capability of a person. They may also serve to complement each other”.

¹⁹⁸ No original, com o trecho completo: “Economic facilities refer to the opportunities that individuals respectively enjoy to utilize economic resources for the purpose of consumption, or production, or exchange”.

¹⁹⁹ Sen, ao mencionar a importância do acesso ao mercado de trabalho assalariado – de onde deriva a importância dos mercados como infraestrutura de promoção da liberdade, antes que mero instrumento de geração do crescimento econômico, também chega a mencionar o valor do acesso aos mercados enquanto produtor, com o seguinte exemplo: “a negação de acesso a mercados de produto é frequente entre as deprivações que pequenos agricultores e produtores com dificuldades sofrem sob arranjos e restrições tradicionais. A liberdade de participar na troca econômica tem um papel básico na vida social” (SEN, 1999, p. 7).

refira-se, também, ao *acesso aos mercados* ou, em outras palavras, à oportunidade de ação econômica e ao direito de participar, ativamente, do processo de alocação dos recursos escassos em determinada sociedade. Um desenvolvimento com justiça social é aquele em que os indivíduos têm oportunidade de participar não só por meio de decisões de consumo, mas também de produção.

Essa é a posição de Eleanor Fox (2012), que defende que o desenvolvimento econômico requer o “empoderamento das pessoas para participarem na economia da comunidade e talvez além, o que implica em mercados abertos livres de restrições artificiais; oportunidade e mobilidade das pessoas como atores econômicos participativos e criativos”²⁰⁰ (FOX, 2012, p. 3, tradução livre), para além de sua atuação como consumidores de bens sob preços acessíveis.

Sob essa ótica, a defesa da concorrência pode desempenhar um papel importante na promoção do desenvolvimento econômico sob o marco da justiça social, como se verá a seguir.

4.2 Concorrência e desenvolvimento

Durante décadas, tem-se observado um “diálogo de surdos”, segundo Evenett (2015, p. 18), entre aqueles que defendem que a eficiência econômica é a única finalidade do antitruste, de um lado, e aqueles que defendem que o direito da concorrência deve incorporar preocupações com as necessidades locais de desenvolvimento econômico, de outro.

O direito da concorrência de inspiração na eficiência neoclássica, como visto acima, tem um foco estático na alocação eficiente de recursos em um mercado determinado, desconsiderando preocupações macroeconômicas ou com a distribuição de recursos²⁰¹ (BUCH-HANSEN; WIGGER, 2011, p. 107).

O desenvolvimento econômico não constituiu, de modo geral, um objeto de

²⁰⁰ No original, com o trecho completo: “The second part is empowerment of the people to participate in the economy of the community and perhaps beyond, implying open markets free of artificial restraints; opportunity and mobility of the people as participatory and creative economic actors; and, reciprocally, access of the people as buyers and consumers to goods and services at a price near cost”.

²⁰¹ “Crescimento econômico como um objetivo de política pública foi ignorado por várias décadas, de por volta da década de 1870 até a de 1930. A preocupação dos economistas neoclássicos era como a escolha do consumidor poderia ser maximizada (eficiência alocativa) ou custos produtivos minimizados (eficiência produtiva). No seu modelo padrão, interações entre produtores e consumidores são mediadas pelo sistema de preços, assim levando a um singular equilíbrio Pareto-eficiente. [...] História e instituições não importavam e não poderiam influenciar a escolha do equilíbrio, e foram então excluídos da análise. A possibilidade de que pode haver *múltiplos* equilíbrios, inferiores ou superiores, em um dado ponto no tempo, que poderia ser escolhido por causa de razões históricas, culturais ou institucionais ou a distribuição da riqueza, não foi seriamente contemplada” (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 783, tradução livre).

preocupação central para economistas neoclássicos (NIELSEN, 2013, p. 5), e a contribuição de economistas que se dedicaram ao tema, como Schumpeter, teve limitada influência no desenvolvimento da teoria neoclássica do preço (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 783).

Foi em decorrência da descolonização, após a Segunda Guerra Mundial, que o tema do desenvolvimento econômico emergiu como uma subdisciplina da Economia (NIELSEN, 2013, p. 5). A partir de então, a teoria do desenvolvimento econômico, segundo Lianos, Mateus e Raslan (2013), teria atravessado três fases: a primeira, nas décadas de 1950 e 1960, partia de uma postura intervencionista – inspirando, por exemplo, políticas de substituição de importações na América Latina – distante dos pressupostos da teoria neoclássica do preço; a segunda, nas décadas de 1970 e 1980, foi marcada por controvérsias que levaram à adoção do paradigma do livre mercado; a terceira, iniciada na década de 1990, tende a refrear o fundamentalismo de mercado em prol de uma abordagem institucionalista (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 833).

As políticas econômicas inspiradas na teoria do desenvolvimento econômico da primeira fase, haja vista previrem papel central à atuação estatal na economia, eram incompatíveis com um direito concorrencial baseado na teoria do preço neoclássica, analisam os autores²⁰². Essa afirmação é compatível com o diagnóstico dos autores brasileiros de que a legislação concorrencial brasileira, implementada desde a década de 1960, teve sua efetividade obstada pelo padrão de política econômica vigente à época, influenciado por essa teoria de desenvolvimento econômico e, portanto, marcado pela intensa presença do Estado através da participação direta e controle de preços (CONSIDERA; CORRÊA, 2002).

A segunda fase marcou a hegemonia da Escola de Chicago, passando a teoria do desenvolvimento a organizar-se em torno da mínima intervenção estatal, com foco nas políticas de equilíbrio macroeconômico e liberalização que deram base ao Consenso de Washington. Essa mudança de paradigma abriu caminho à adoção de políticas como a defesa da concorrência (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 938), embora sua efetividade tenha sido, a princípio, limitada, por razões como a carência de recursos e limitada “cultura da concorrência” (PEÑA, 2006, p. 737).

²⁰² “Com o governo guiando o caminho do desenvolvimento, as macro-estratégias padrão o período pós-Segunda Guerra Mundial incluíam o planejamento estatal e a propriedade estatal de indústrias principais e estruturas bancárias, regras de proteção contra importações, restrições a investimentos estrangeiros e licenciamento industrial. Essas políticas estavam em direta contradição com o paradigma concorrencial da Escola da Economia Neoclássica, deixando quase nenhum espaço para se contemplar uma política concorrencial sob um ambiente econômico com tal intervencionismo estatal” (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 883, tradução livre).

O ideário monotônico da Escola de Chicago, que deu sustentação ao Consenso de Washington, tem como característica a crença no universalismo do instrumental econômico dominante, desconsiderando ponderações sobre o contexto de desenvolvimento local do país destinatário de suas prescrições (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 752). Essa visão universalista repercute, no direito da concorrência, no estímulo à adesão, pelos países em desenvolvimento, do modelo da eficiência neoclássica conforme estruturado pela Escola de Chicago, mencionado acima (GERBER, 2014).

Priest (2012), por exemplo, sugere que, por padrão, as “leis de defesa da concorrência de todas as nações devem em princípio ser idênticas” (PRIEST, 2012, p. 1.665, tradução livre). Isso porque, segundo esse autor, já existe “ampla concordância” sobre quais princípios devem ser adotados para uma aplicação ótima da legislação concorrencial em qualquer lugar do mundo, devendo essa política ser articulada em torno da maximização do bem-estar agregado da sociedade e da desregulação de modo geral²⁰³. Esses princípios, se aplicados em qualquer sociedade, terão o condão de promover o crescimento econômico e, especialmente, ajudar os menos favorecidos²⁰⁴. Não é cabível, nessa visão, uma distinção entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, haja vista o potencial ilimitado de continuado crescimento para qualquer nação, mesmo as já mais desenvolvidas: toda nação seria uma nação em desenvolvimento²⁰⁵, e eventuais disparidades no desenvolvimento dos países seriam resultado do afastamento desses princípios universais²⁰⁶. Preocupações com as circunstâncias

²⁰³ Além do combate a cartéis, fusões que geram monopólio e práticas exclusionárias (por contrato ou, especialmente, por meio de regulação governamental), a política de concorrência ótima, para Priest, inclui adotar a desregulação e liberalização das economias para o comércio internacional (PRIEST, 2012, p. 1.805). O autor critica a retomada de força da regulação nos Estados Unidos, após a crise de 2008, como uma forma de afastamento de uma política econômica ótima, já que a desregulação da década de 1980 teria maximizado a concorrência no país (PRIEST, 2012, p. 1.822).

²⁰⁴ “[...] após um século de estudos e aplicação da lei concorrencial, existe amplo acordo de que há um conjunto de princípios de lei concorrencial que, se apropriadamente implementados, irão maximizar o bem-estar do consumidor, aumentar o crescimento econômico, e ajudar a todos com baixa renda em qualquer sociedade” (PRIEST, 2012, pos. 1.665, tradução livre). “Esses princípios são econômicos, não sociais ou culturais, e irão aplicar a todas as sociedades” (PRIEST, 2012, p. 1.759, tradução livre).

²⁰⁵ “Como definida, a política concorrencial ótima é apropriada tanto para as que são convencionalmente conhecidas como nações desenvolvidas e em desenvolvimento. Novamente, eu não acredito que há nenhum conteúdo útil nessa distinção convencional. Como discutido, todas as nações estão em desenvolvimento, no sentido de que refinamentos a suas economias permanecem disponíveis; o progresso econômico pode continuar em economias em qualquer nível de desenvolvimento. Não há limites, teóricos ou empíricos, ao crescimento econômico” (PRIEST, 2012, p. 1.822, tradução livre).

²⁰⁶ Defende Priest que “Diferenças entre sociedades em níveis concorrenciais e avanço econômico certamente existem, mas elas existem por causa de distanciamentos desses princípios econômicos, tipicamente por causa de razões históricas e institucionais que deveriam ser visadas para mudança no mundo moderno” (PRIEST, 2012, pos. 1.790, tradução livre). Mesmo, para o autor, que os métodos de implementação possam variar, os princípios são universais: “Os princípios básicos de uma legislação concorrencial ótima permanecem claros – no caso dos EUA, desmontar organizações paraestatais e eliminar o protecionismo do Estado através de ‘regulação’ econômica, entre outras reformas. Os meios de implementação podem ser específicos ao contexto dos Estados Unidos; os princípios são universais” (PRIEST, 2012, pos. 1.837, tradução livre).

locais constituiriam uma porta de entrada para que interesses políticos suplantassem a política de concorrência já estabelecida como ótima, argumento que implica a neutralidade política de princípios que, afinal, seriam “universais”²⁰⁷.

Esse universalismo passou a ser desafiado na terceira fase da teoria do desenvolvimento econômico, apontada acima por Lianos, Mateus e Raslan (2013). No final da década de 1990, o Consenso de Washington foi-se expandindo para além do viés puramente desregulatório, passando a incluir a promoção de políticas públicas que, ainda centradas no mercado²⁰⁸, fossem destinadas ao seu funcionamento mais eficiente, como o combate à pobreza, à corrupção, a seguridade social e o fortalecimento das instituições (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 918). Isso foi motivado, na América Latina, pelo reconhecimento de que as reformas inspiradas pelo Consenso não foram suficientes para retomada do desenvolvimento econômico na região (PEÑA, 2006, p. 736).

Passa-se a reconhecer que não há receita universal e pré-definida sobre o papel do Estado na ordem econômica. O contexto de cada nação – instituições, cultura, história, estrutura econômica – deve ser levado em consideração para a formatação de sua estratégia de desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, o universalismo quanto ao formato e finalidades do direito concorrencial (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 936).

Essa mudança paradigmática é a premissa do recente fortalecimento de abordagens que propõem que o instrumental teórico do direito concorrencial nos países desenvolvidos pode não ser o mais adequado aos países em desenvolvimento. Corroborando esse ponto, Bakhoun (2011) compreende que o direito da concorrência nos países em desenvolvimento tem sido marcado, nos últimos anos, por uma “dupla linguagem”: em paralelo à linguagem da eficiência, passa a emergir uma segunda linguagem antitruste, marcada por considerações não-econômicas e preocupações com o desenvolvimento econômico nessas nações.

²⁰⁷ Cf. Priest: “[...] é importante para a política de concorrência ideal discutida abaixo não ser suplantada, como foi o Consenso de Washington, por forças políticas locais similares. A proposição de que a lei de defesa da concorrência seja desenhada para responder às condições econômicas individuais de nações em desenvolvimento coloca exatamente essa ameaça” (PRIEST, 2012, p. 1.708, tradução livre).

²⁰⁸ É o que observam Moguillanski e Verónica, com relação à América Latina como um todo: “Desse ponto de vista, durante a primeira etapa de implementação do modelo de liberalização e abertura econômica, o desenvolvimento da regulação e das políticas de concorrência foram deixadas em um segundo plano por parte das autoridades dos países. Dominava, então, a crença de que as falhas de mercado não eram relevantes. Foi a partir de meados da década de 1990 que os governos voltam a centrar-se nelas e essa tendência se aprofunda com as recomendações de instituições multilaterais que militam pelas reformas microeconômicas ou de segunda geração. O fortalecimento das leis de defesa da concorrência e das instituições que as executam estão dentro dessa nova estratégia” (MOGUILLANSKY; VERÓNICA, 2004, p. 10, tradução livre).

A compreensão da necessidade de que a legislação concorrencial leve em conta o nível de desenvolvimento de cada país já vem alcançando dominância no debate antitruste (EVANS, 2009, p. 161)²⁰⁹. O que é menos estabelecido, contudo, é *como* deveria a legislação antitruste de um país em desenvolvimento ser desenhada para responder às preocupações mencionadas. Algumas propostas serão analisadas a seguir.

4.3 Características dos países em desenvolvimento e política de defesa da concorrência

Como visto no capítulo anterior, o modelo da eficiência econômica proposto pela Escola de Chicago é sustentado em uma série de presunções sobre o funcionamento dos mercados e a função do Estado diante de tais condições. Um primeiro obstáculo ao universalismo dessas presunções é a constatação de que, em países em desenvolvimento, algumas circunstâncias da realidade econômica reclamam um diferente formato de política pública.

As estratégias de designação de uma nação como “país em desenvolvimento” são diversas, destacando-se: (1) o Método Atlas do Banco Mundial, realizado a partir da Renda Nacional Bruta *per capita*; (2) a classificação das Nações Unidas, baseada no Índice de Desenvolvimento Humano (IDH), que leva em conta, além da renda, educação e longevidade, dentre outros fatores; (3) a classificação do Fundo Monetário Internacional, que não é baseada em critérios estritos, considerando de forma flexível elementos como o Produto Interno Bruto (PIB), exportações, população, entre outros (NIELSEN, 2013, p. 19).

Para a classificação de renda do Banco Mundial, os países dividem-se entre países de renda alta, renda média superior, renda média inferior e renda baixa. O Brasil posiciona-se, em 2015, no grupo de “renda média superior”. Esse grupo integra o grupo equivalente aos países em desenvolvimento (NIELSEN, 2013, p. 11).

O Índice de Desenvolvimento Humano divide os países entre “Países com Desenvolvimento Humano Muito Alto”, “Países com Alto Desenvolvimento Humano”, “Países com Desenvolvimento Humano Médio”, e “Países com Baixo Desenvolvimento Humano”, sendo que a alcunha “Países em Desenvolvimento” representa os países com desenvolvimento humano médio a alto (NIELSEN, 2013, p. 19). A edição de 2015 do *Human*

²⁰⁹ A OCDE, por exemplo, reconhece que “o desenho da lei deve refletir o nível de desenvolvimento econômico do país em questão, a estrutura de sua economia e sua Constituição e cultura. Uma política concorrencial não pode simplesmente ser transplantada de um país desenvolvido, ou mesmo de um outro país em desenvolvimento” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2007, p. 91).

Development Report, que incorpora outros índices – IDH descontado da desigualdade, igualdade de gênero, desenvolvimento de gênero, e pobreza multidimensional – qualifica o Brasil como país em desenvolvimento (entre os Países com Alto Desenvolvimento Humano), na 75ª colocação, (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2015, p. 273). O documento “World Economic Situation Prospects”, de 2016, também posiciona o Brasil como país em desenvolvimento (UNITED NATIONS, 2016, p. 2).

O Fundo Monetário Internacional divide os países entre “Economias Avançadas” e “Mercados Emergentes e Economias em Desenvolvimento”, sendo que o Brasil integra esse segundo grupo (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2014, p. 2).

A alcunha “países em desenvolvimento”, deve-se reconhecer, agrupa um grupo bastante heterogêneo de países. Desenhar uma política de defesa da concorrência para todo e qualquer país em desenvolvimento, portanto, apresenta o mesmo risco de “universalismo” acima mencionado: embora seja essencial analisar características comuns, é sempre necessário ter em vista o contexto específico de cada país ao analisar a pertinência de determinadas propostas (INDIG; GAL, 2015, p. 54).

As características dos países em desenvolvimento que mais importam para a formatação da política de defesa da concorrência, ademais, não são aquelas geralmente capturadas pelas definições acima mencionadas, que são construídas para outros propósitos (INDIG; GAL, 2015, p. 59). A seguir, serão mencionadas aquelas mais pertinentes para o caso brasileiro.

No Brasil, como em toda a América Latina, identifica-se frustração com os resultados do Consenso de Washington para o desenvolvimento econômico (PEÑA, 2006, p. 743). A história econômica do país, desde a colonização, tem sido marcada pela consolidação de estruturas de poder econômico monopolístico e distribuição desigual de renda (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 3). Essas estruturas são perpetuadas ao se traduzirem em considerável poder político, além de contar com estruturas sociais e culturais de sua reprodução. De modo mais importante, o poder monopolístico é de tal forma enraizado que o bem-estar econômico do país passa a ser refém de sua perpetuação: as principais determinantes do crescimento econômico, nesse contexto, são a continuada redistribuição de renda de consumidores, trabalhadores e de possíveis investimentos em outros setores econômicos em direção a esses conglomerados (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 4). Isso quer dizer que mesmo períodos de intenso crescimento econômico não repercutem positivamente no desenvolvimento humano nessas nações, já que a estratégia de crescimento é fundada no reforço e expansão das

estruturas econômicas monopolísticas de que deriva a desigualdade²¹⁰: a reprodução do subdesenvolvimento é a determinante do crescimento econômico (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 6).

Uma das principais justificativas para a liberalização das economias de países em desenvolvimento foi combater a concentração de poder econômico sustentada pelo Estado intervencionista do modelo de substituição de importações. Esse modelo, apontava-se, gerava ineficiência econômica em razão da proteção, face à competição internacional, de estruturas de mercado domésticas concentradas, com reduzidos incentivos à inovação e aumentos de produtividade, além da ineficiência de empresas estatais sujeitas a ingerência política (AMANN; BAER, 2006, p. 270).

As críticas aos resultados desse processo apontam para o fato de que a liberalização não alterou, contudo, o quadro de dominação econômica por determinadas elites econômicas com profundas conexões políticas: o Consenso de Washington, baseado na fé na autocorreção do mercado após retiradas os entraves estatais, “falhou porque presumiu que os mercados eram fortes e iriam derrotar (capturar e punir) atores privados que tentassem explorar compradores e vendedores e excluir rivais meritórios mas desempoderados”²¹¹ (FOX, 2012, p. 6, tradução livre), o que não ocorreu na prática. A privatização teria constituído, em grande medida, uma mera alteração do regime jurídico de um processo de dominação econômica persistente na história desses países. Isso ocorre, por exemplo, quando o controle de um elemento-chave da infraestrutura econômica nacional é, integralmente, transferido a um único agente econômico privado. Brusick e Evenett (2008, p. 276) analisam que essa estratégia é adotada para maximizar os ganhos estatais com o processo de privatização, tendo o efeito de meramente transformar um monopólio estatal em um monopólio privado.

Por meio desse tipo de processo, o “entrincheiramento” de posições dominantes – processo entendido como “o contínuo controle de uma parcela de recursos contestados

²¹⁰ Salomão Filho enuncia o paradoxo aparente entre “reprodução do subdesenvolvimento (com deterioração absoluta ou pelo menos relativa dos principais indicadores sociais e de renda) mesmo em países que tem tido importantes taxas de crescimento. A hipótese aqui apresentada por ajudar a aplicar esse paradoxo aparente. Se a hipótese para a concentração de poder econômico como um gerador de distribuição inversa de renda para o consumidor, trabalho, e mercados inter-industriais, é admitida, é possível entender a razão para crescimento econômico com deterioração de indicadores sociais. Isso acontece precisamente por causa da distribuição inversa de renda, em outras palavras, se devendo ao fato de que os ganhos de produtividade resultam de uma perda em salários reais ou, mais recentemente, um aumento no processo exclusionário criado pelo desemprego. O resultado final é a existência de economias constantemente subdesenvolvidas, em que quanto mais estruturas de poder econômico crescem, mais pobreza e desigualdades sociais são produzidas” (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 5, tradução livre).

²¹¹ No original: “It failed because it presumed that markets were strong and would overpower (catch and punish) private actors that tried to exploit buyers and sellers and exclude meritorious but powerless rivals”.

vastamente desproporcional por um grupo fixo de atores”²¹² (CHU, 2013, p. 4, tradução livre). Tal entrenchamento, obtido por meio de décadas de vigência de políticas econômicas descomprometidas com a defesa da concorrência – alheia, portanto, a fusões, práticas exclusionárias, *rent seeking* e outras medidas em prol do controle de cadeias integrais de produção – tende a se manter por razões muito diferentes da inovação e eficiência superior. O impedimento à mobilidade social agrava a desigualdade social e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico.

Salomão Filho (2011) analisa que o processo de liberalização econômica não só manteve intactas as estruturas monopolísticas de poder econômico que caracterizaram a histórica econômica de países como o Brasil, como contribuiu para sua *expansão* a novos setores de monopólio, como os serviços públicos (anteriormente estatais). Além de preços supracompetitivos, essa estrutura econômica acarreta, analisa o autor, conseqüências que vão além de um mercado determinado: vulneração do poder de barganha dos trabalhadores e elevação do desemprego, agravamento da desigualdade econômica, exploração predatória dos recursos naturais, enfraquecimento da rede de proteção social oferecida pelos serviços públicos, concentração do controle da tecnologia e drenagem, pelos monopólios, dos recursos que, de outra maneira, estariam disponíveis para investimento em novas empreitadas (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 15).

Amann e Baer (2006), em uma análise da economia brasileira nos primeiros 15 anos desde as reformas neoliberais da década de 1990, constatam o “paradoxo” de que a concentração industrial teria aumentado sensivelmente nesse período. Interpretar essa constatação é algo complexo. Embora esse movimento tenha sido, por outro lado, acompanhado de aumento de competitividade em determinados setores, através da modernização tecnológica – mesmo que em nível inferior a outros países em situação semelhante, como os do Leste Asiático – a concentração industrial aumentou a desigualdade nesses setores (medida pelo aumento da participação dos lucros em relação aos salários), em resultado dessa modernização tecnológica. Os autores também observam que a política de defesa da concorrência, nesse período, não interviu significativamente no processo de concentração econômica, o que pode ter ocorrido em razão da verificação de que os mercados, embora concentrados, permaneciam contestáveis, ou em razão da ideia da criação de “campeões nacionais” para aumentar a competitividade internacional de empresas nacionais (AMANN; BAER, 2006, p. 282). Nos setores de serviço público privatizados, os

²¹² No original: “the continuous control of a vastly disproportionate share of contested resources by a fixed group of actors”.

autores constatarem um aumento no número de fusões e aquisições, de modo geral, alertando para a necessidade de uma regulação efetiva para contrabalançar os efeitos de tal concentração (AMANN; BAER, 2006, p. 283). Em outras palavras, embora a liberalização possa ter contribuído para o aumento da eficiência produtiva nacional, ela não significou uma desconcentração do poder econômico, ou teve impactos significativos na redução da desigualdade.

Características como mercados altamente concentrados, elevadas barreiras à entrada, rivalidade limitada e alta concentração na propriedade de ativos produtivos, em um país em desenvolvimento, tendem a se reforçar mutuamente, no que Dutz e Khemani (2007) denominam “tirania dos grupos de interesse”: o poder econômico traduz-se em influência política, e rendas de monopólio são utilizadas para obtenção de favoritismo no governo (*rent-seeking*) em prol do entrincheiramento de posições dominantes, processo que é agravado quando não há grupos de interesse econômico contrapostos (o que é mais comum quanto mais concentrada for a propriedade de ativos produtivos) ou instituições democráticas saudáveis e opinião pública independente dos grupos econômicos dominantes (DUTZ; KHEMANI, 2007, p. 11). Em relação ao caso latino-americano, o mesmo diagnóstico é repetido por Petrecolla *et al.* (2015):

[Países Latino-Americanos] carecem de uma história de políticas de proteção ao consumidor e desenvolvimento de uma cultura de concorrência, mas exibem precedentes de forte política industrial e a proteção de campeões nacionais, juntamente com uma baixa performance de instituições públicas. Nesse contexto, comportamento de *rent-seeking* em curto prazo foi impulsionado, dado que as vantagens competitivas e rendas econômicas podiam ser obtidas de decisões relativamente discricionárias, enquanto a concorrência equitativa não é sempre um resultado previsível. Esse tipo de comportamento pode ter levado a estratégias de crescimento com menos cuidado para objetivos de política de concorrência, mas com um resultado de baixa produtividade (TFP) em relação ao resto do mundo.²¹³ (PETRECOLLA *et al.*, 2015, p. 111, tradução livre).

Uma outra peculiaridade importante, e em conexão com as anteriores, é a pervasividade de barreiras à entrada. Uma organização industrial inflexível e ineficiente, como a do ciclo acima descrito, também se traduz em dificuldades de acesso a capital por novos entrantes, já que os prospectos de viabilidade de contestação das posições dominantes

²¹³ No original: “LACs lack a history of consumer protection policies and competition culture development, but they show precedents of strong industrial policies and the protection of national champions, along with a weak performance of public institutions. In that context, short-term rent-seeking behavior has been fostered, given that competitive advantages and economic rents could be acquired from relatively discretionary decisions, while fair competition is not always a predictable outcome. This kind of behavior could have led to growth strategies with less care for competition policy goals, but with an outcome of low productivity (TFP) relative to the rest of the world”.

entrincheiradas são bastante limitados e, portanto, pouco atraentes para credores de empréstimos (DUTZ; KHEMANI, 2007, p. 12). Essa indisponibilidade de financiamento torna a ameaça de entrada pouco crível, o que – aliado a uma participação restrita das importações nos mercados nacionais, economias de escala, efeitos de rede, questões de infraestrutura e logística – faz com que a rivalidade seja ainda mais enfraquecida, o que torna menos provável que o mercado seja capaz de se autocorriger e erodir posições dominantes entrincheiradas (TAPIA, 2012, p. 142; TAPIA; ROBERTS, 2015, p. 357). Outro ponto é a constatação de que os custos de abertura de empresa – incluindo aqui tarifas, etapas procedimentais e tempo necessário para obtenção de licença – são consideravelmente maiores nos países em desenvolvimento (EVENETT, 2015, p. 26), o que pode afetar presunções sobre a “tempestividade” da entrada.

A desigualdade econômica reforçada por uma organização econômica como a descrita é, como analisado no capítulo anterior, um importante obstáculo para o desenvolvimento econômico sustentado²¹⁴ (STIGLITZ, 2013; TAPIA, 2012, p. 142).

Por todas essas razões, a prevalência de estruturas monopolísticas passa a ser vista como um dos principais obstáculos ao desenvolvimento econômico. Critica-se o fato de que as políticas de defesa da concorrência latino-americanas, implementadas no contexto da liberalização dos mercados, não foram conectadas a uma estratégia de desenvolvimento econômico local e regional (MOGUILLANSKY; VERÓNICA, 2004, p. 5). Enquanto, no resto do mundo, haja uma relação positiva entre a efetividade de uma política de defesa da concorrência e o crescimento econômico, isso não tem sido verdade para o caso latino-americano (PETRECOLLA *et al.*, 2015, p. 110).

É possível questionar, a partir desse quadro, se é adequada uma política pública de defesa da concorrência formatada para excluir, de plano, preocupações desenvolvimentistas, distributivas e outras.

Um direito da concorrência cuja finalidade única seja a promoção da eficiência estática alocativa e produtiva, em um determinado mercado, em um período determinado de tempo, tem como consequência o fato de que somente serão sancionadas, pelo Direito, práticas que tenham o efeito de *reduzir* o nível atual de bem-estar econômico agregado, não havendo um requerimento de que as firmas maximizem o bem-estar total (SALOP, 2010, p. 353). Não há tratamento jurídico de práticas que não alteram o nível de bem-estar econômico

²¹⁴ No mesmo sentido, Budzinski e Beigi: “em economias em que a concorrência não é bem estabelecida e representa a exceção ao invés da regra, posições de poder de mercado privado são meios de distribuição de renda: em direção aos privilegiados e em detrimento de outros” (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 229, tradução livre).

em curto prazo, mesmo que insatisfatório ou impeditivo do desenvolvimento econômico em longo prazo. Presume-se que as forças do mercado, através do mecanismo de sua autocorreção, serão responsáveis por incentivar a maximização do bem-estar e eficiência, em longo prazo. Nesse contexto, se uma empresa mantém uma posição dominante, presume-se que isso se deve a sua maior eficiência, salvo quando inequivocamente restar comprovada a prática de práticas injustificadamente exclusionárias que reduzam o bem-estar agregado.

Esse direito da concorrência tem como principal função, então, proteger o *status quo* contra reduções no bem-estar agregado. Enquanto esse objetivo pode ser adequado a jurisdições desenvolvidas, cuja economia já é suficientemente dinâmica – e com uma política de defesa da concorrência com décadas de efetividade – é questionada sua adequação a uma jurisdição marcada por uma história de política econômica como a brasileira – desconectada, até recentemente, de um objetivo de promoção da rivalidade competitiva. Esse é o argumento de Budzinski e Beigi (2015):

Enquanto a agenda de política concorrencial de uma economia de mercado há muito estabelecida é caracterizada pela meta de proteger a concorrência existente e em bom funcionamento, bem como auferir eficiências marginais que ainda estão disponíveis em uma economia, fora isso, eficiente, o problema urgente de muitos países em processo de industrialização é gerar concorrência efetiva em primeiro lugar. ‘Proteger o que nós temos’ frequentemente implicará em prolongar e conservar estruturas anticompetitivas. Quando combinada com a privatização e liberalização, isso pode instigar uma transferência pura de poder econômico público para poder econômico privado – sem gerar concorrência.²¹⁵ (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 224, tradução livre).

Um ponto a corroborar esse argumento é a constatação de que, em seus estágios iniciais de desenvolvimento, a política de defesa da concorrência dos países desenvolvidos também incorporavam objetivos mais amplos, com caráter abertamente anti-monopolista e equitativo (BUDZINSKI, 2008, p. 228).

Como visto acima, a frustração com os resultados do Consenso de Washington levou a teoria do desenvolvimento econômico a uma abordagem menos ortodoxa (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 936). Lentamente, a perspectiva totalizante articulada em torno da desregulação, privatização e liberalização vem sendo substituída por uma que, embora ainda centrada no mercado, reconhece a necessidade de ação estatal em prol do

²¹⁵ No original: “While the competition policy agenda of a long-established market economy is characterized by the target of protecting existing and well-functioning competition, as well as reaping marginal efficiencies that are still available in an otherwise comparatively efficient economy, the urgent problem of many industrializing countries is to generate effective competition in the first place. ‘Protecting what we have’ will often imply to prolong and conserve anti-competitive structures. When combined with privatization and liberalization, this may abet a pure transfer of public economic power into private economic power – without generating competition”.

desenvolvimento econômico sustentável em longo prazo, rejeitando-se o formato universalista tão marcante nas prescrições do Consenso de Washington. Especificamente quanto ao antitruste, critica-se o foco estrito do Consenso na redução do escopo de atuação do Estado em prol de uma visão estática da eficiência, ou “um foco em evitar e desestimular intervenções governamentais e colocar a eficiência (em curto prazo) acima de tudo: mais concorrência significa mais bem-estar e mais concorrência automaticamente acompanha mercados livres”²¹⁶ (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 226, tradução livre).

Fox (2012) pondera que essas perspectivas se intensificaram após a Crise de 2008, evento que evidenciou a falência do paradigma unicamente desregulatório – reconhecida até mesmo por muitos de seus grandes defensores – e cita como um marco a publicação, no mesmo ano, do *Growth Report* pelo Banco Mundial, relatório elaborado por Comissão do Crescimento e Desenvolvimento chefiada pelo economista premiado pelo Nobel, Michael Spence (WORLD BANK, 2008). O documento tem como objetivo analisar estratégias para o crescimento econômico dos países em desenvolvimento, delineando casos de sucesso e fracasso nesse tipo de política pública. O relatório estipula categoricamente que o desenvolvimento econômico sustentável é também um desenvolvimento *inclusivo*, orientado à redução da desigualdade social e, também, à garantia de *igualdade de oportunidades* em uma economia de mercado (WORLD BANK, 2008, p. 60). As razões para esse raciocínio foram exploradas no capítulo anterior: preocupações distributivas passam a ser vistas como um requisito para o crescimento, não uma variável externa ao processo.

Além da redução da desigualdade nos resultados, Fox (2012) analisa que a preocupação do Relatório com a igualdade de oportunidades oferece um novo ponto de partida para a compreensão do direito concorrencial nos países em desenvolvimento. Em referência ao economista autor do Relatório, Fox afirma que “o antitruste de países em desenvolvimento deve aspirar a se encaixar no Consenso de Spence, não no Consenso de Washington”²¹⁷ (FOX, 2012, p. 11, tradução livre), sendo articulado, então, para a finalidade de promoção do *desenvolvimento inclusivo*. Isso significa que o direito da concorrência passaria a incluir, no entendimento de sua finalidade, uma dimensão distributiva e de empoderamento da rivalidade, que valorize o acesso aos mercados e a mobilidade social: “se

²¹⁶ No original, com o trecho completo: “For a long time, the external explanation has been dominated by the so-called ‘Washington Consensus’ and liberalization policy often followed an extreme interpretation of it. In terms of antitrust this extreme interpretation implies a focus on avoiding and deterring government interventions and putting (short-term) efficiency ahead of everything: more competition equals more welfare and more competition automatically follows free markets”.

²¹⁷ No original: “These observations signify that developing-country antitrust should aspire to fit the Spence Consensus, not the Washington Consensus”.

há um símbolo apropriado para o antitruste de um país em desenvolvimento, não é o neoliberalismo, que pode sugerir um abismo crescente. É a escada ascendente”²¹⁸ (FOX, 2007, p. 26).

O foco exclusivo em eficiência agregada, desconsiderando questões distributivas, “pode ser uma contradição em termos em países em desenvolvimento, em que desigualdades distributivas estão deprivando o mercado dos talentos e energia da maioria da população”²¹⁹ (FOX, 2007, p. 10, tradução livre). Assim, um antitruste inclusivo, preocupado com a garantia de oportunidade e mobilidade econômica, seria favorável ao desenvolvimento econômico em longo prazo (GAL; FOX, 2015, p. 325).

Se, conforme o Relatório, são dois os elementos principais da dimensão *inclusiva* do desenvolvimento – a saber, a redução da desigualdade social e a promoção da igualdade de oportunidades – como o direito da concorrência pode se posicionar diante disso?

No âmbito do direito concorrencial, a inserção de preocupações distributivas relacionadas às desigualdades nos *resultados econômicos* é algo que pode inspirar a adoção de um padrão de eficiência baseado no conceito estrito de excedente do consumidor (ATKINSON, 2015, p. 126), controle de práticas exploratórias (SALOP; BAKER, 2015, p. 22) e a conformação de uma política de aplicação da lei que incorpore preocupações com o combate à pobreza, como a atenção especial a mercados de bens essenciais, por exemplo (GAL; FOX, 2015, p. 335; WAKED, 2015, p. 975).

Quanto à igualdade de oportunidades, o foco seria proteger a mobilidade e o acesso aos mercados, o que, para Fox (2007), significa adotar medidas de empoderamento da *rivalidade*²²⁰. Isso significa tratar a exclusão de rivais não só com um foco na redução do bem-estar agregado, mas preocupar-se também com seus efeitos na mobilidade e no bloqueio do acesso aos mercados de agentes aptos a concorrerem pelo mérito: “dar às empresas, incluindo pequenas e novas empresas, uma chance justa de competir pelos méritos de seus produtos e serviços, livres de restrições de fechamento de mercado artificiais e desnecessárias por

²¹⁸ No original: “If there is an appropriate symbol for a developing country’s antitrust, it is not neo-liberalism, which may imply a widening moat. It is the rising ladder”.

²¹⁹ No original, com o trecho completo: “To the extent that ‘efficiency’ as the goal of antitrust implies disregard of distributional values, this may be a contradiction in terms in developing countries, where severe distributional inequities are depriving the marketplace of the talents and energies of the majority of the population. Aggregate efficiency, turning its back on maldistribution and severe economic inequities, is probably not the centrepiece that most developing countries are likely to choose”.

²²⁰ Por empoderamento, então, Fox define o “empoderamento para se envolver em mercados livres de restrições empresariais desnecessárias por parte de empresas com poder de mercado substancial” (FOX, 2007, p. 10).

empresas poderosas”²²¹ (FOX, 2007, p. 10, tradução livre). Assim sendo, o foco seria na inclusão e mobilidade dos cidadãos não só em sua condição de consumidores, como também de empreendedores²²².

O foco na rivalidade serviria, para os países em desenvolvimento, à finalidade de *geração* da concorrência, em vez de se *proteger* um status quo marcado por posições dominantes entrincheiradas (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 235).

Ademais, a preocupação com a igualdade de oportunidades de acesso aos mercados, traduzida na rivalidade, pode desempenhar importante função política, tanto para reforçar a percepção de legitimidade da defesa da concorrência junto à população dos países em desenvolvimento (OSTI, 2015, p. 268) quanto para a criação de uma *cultura da concorrência* em países em que essa política econômica é ainda considerada algo recente – criando incentivos econômicos para que o foco da conduta empresarial seja a concorrência pelo mérito, em vez de práticas exclusionárias ou de *rent seeking* (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 242).

4.4 Proteção da concorrência vs. proteção dos concorrentes

Preocupações com a rivalidade são normalmente rechaçadas sob o argumento de que a política de defesa da concorrência deve “proteger a concorrência, não os concorrentes”. Para compreender melhor a questão, será realizada uma reflexão a partir do tratamento das práticas exclusionárias.

Práticas exclusionárias são abusos de posição dominante por meio dos quais a entrada ou permanência de rivais em um determinado mercado é impedida ou dificultada, através da restrição de seu acesso a consumidores ou insumos, elevação de seus custos, ou, de outra maneira, alteração de seus incentivos para entrada e permanência no mercado (BAKER, 2013b, p. 539). Podem constituir restrições horizontais (relacionadas ao mesmo mercado relevante) ou verticais (relacionadas a mercados integrantes da mesma cadeia produtiva). Exemplos típicos são os preços predatórios, a recusa de contratar, os contratos de exclusividade, a compressão de margens, fixação de preço de revenda, discriminação de

²²¹ No original: “give firms, including smaller and younger firms, a fair chance to compete on the merits of their products and services, free from artificial and unnecessary foreclosing restraints by powerful firms”.

²²² Essa é a posição de Drexel: “Em geral, a legislação concorrencial só pode ampliar o desenvolvimento sustentável se contribui para a inclusão de todos os membros da sociedade. Um foco puramente no papel dos cidadãos como consumidores iria deixar de abordar essa finalidade da legislação concorrencial, enquanto a proteção indireta de todos os participantes do mercado através da proteção do processo competitivo iria obtê-lo” (DREXEL, 2015, p. 291, tradução livre).

preços, venda casada, *sham litigation*. Embora seja possível o abuso de posição dominante coletivo (ou em colusão), o maior ponto de disputa refere-se à exclusão por meio de práticas unilaterais.

Uma das principais características do pensamento da Escola de Chicago é o ceticismo quanto à relevância das práticas unilaterais exclusionárias para o antitruste. Esse pensamento é derivado de teorias como a do “único lucro de monopólio”, da eficiência da discriminação de preços e da irracionalidade, em geral, da predação.

Haja vista a raridade de ocorrência de uma prática unilateral exclusionária que seja apta a reduzir a eficiência agregada – e, especialmente, em razão do fato de que a exclusão de concorrentes é um elemento natural (e esperado) de um mercado com concorrência vigorosa, o que beneficia os consumidores – as dificuldades de diferenciação de uma conduta pró-competitiva de uma conduta anticompetitiva são consideradas grandes demais, o que acautela contra a ação da autoridade antitruste. Erros tipo I (falsas condenações) seriam altamente prejudiciais nessas situações, enquanto erros tipo II (falsas absolvições) tendem a ser neutralizados pela ação autocorretora do mercado (EASTERBROOK, 1984). Assim, mesmo diante dos excepcionais casos em que práticas exclusionárias seriam prejudiciais à eficiência, ainda assim a atuação estatal não seria recomendada²²³.

Como essas dificuldades – que orientam a uma postura minimalista quanto às práticas unilaterais – são consideravelmente menores no caso de um cartel puro ou de uma fusão para monopólio, o pensamento de Chicago orienta que o foco do antitruste concentre-se nessas condutas:

Dessas várias análises, uma conclusão de grande significância para a política antitruste emerge: empresas não podem, em geral, obter ou aumentar o poder de monopólio por ação unilateral a menos, é claro, que elas estejam irracionalmente desejando trocar lucros por posição. Consequentemente, o foco das leis antitruste não deviam ser em ação unilateral; ele devia, ao contrário, ser em: (1) cartéis e (2) fusões horizontais amplas o suficiente ou para criar um monopólio diretamente, ou facilitar a cartelização por reduzir drasticamente o número de vendedores

²²³ Cf. Carlton: “Como regra geral, conduta que leva à saída de rivais de um mercado pode beneficiar os consumidores – isso é, pode ser pró-competitiva. [...] Pode ser possível demonstrar, contudo, que certos tipos de conduta poderiam reduzir o bem-estar social se certas presunções sobre as condições de mercado e interações das empresas são satisfeitas. Contudo, as particulares circunstâncias em que tal conduta também prejudica os consumidores podem ser tão estritas e incomuns que uma regra antitruste que sujeita uma inteira classe de conduta ao escrutínio antitruste nos fundamentos de que ela pode, às vezes, ser anticompetitiva irá causar uma perda social substancial se a política pública também proíbe ou desencoraja conduta pró-competitiva. Por essa razão, há um risco de que a aplicação da lei antitruste contra conduta exclusionária potencialmente anticompetitiva irá causar prejuízo econômico ao desencorajar conduta pró-competitiva” (CARLTON, 2008, p. 273, tradução livre).

significantes no mercado.²²⁴ (POSNER, 1979, p. 928, tradução livre).

Esse é o substrato dos dizeres de que o antitruste “protege a concorrência, não os concorrentes”, que, no contexto do antitruste de Chicago – em que a concorrência equivale à maximização da eficiência agregada – quer indicar que a rivalidade não tem um valor intrínseco (GERLA, 1996, p. 210). Não há intervenção antitruste em práticas exclusionárias que ampliem o bem-estar do consumidor (ou agregado) ou, ao menos, considere-se improvável que acarretem sua redução. Por sua vez, intervenções que reconheçam valor na preservação da rivalidade, sem que tenha havido dano aos consumidores, seriam, segundo o ideário de Chicago, meios de “proteger concorrentes”, sendo consideradas políticas, arbitrárias e, portanto, não teriam lugar no reino técnico do antitruste²²⁵.

As propostas de promoção da rivalidade nos países em desenvolvimento, contudo, não se dirigem à proteção de concorrentes ineficientes em face da concorrência por excelência (ou *pelo mérito*), baseada em melhores preços e qualidade. Uma atitude menos tolerante com práticas exclusionárias é enxergada como uma estratégia para fortalecimento das condições para que, justamente, a rivalidade se processe *no mérito* ou, na metáfora de Fox (2007), “embora o antitruste não deva ser usado para proteger Davids ineficientes contra Golias, ele pode e deve ser usado para empoderar Davids contra Golias ao abrir caminhos para a mobilidade e acesso”²²⁶ (FOX, 2007, p. 2, tradução livre).

As menções, na doutrina, acerca da finalidade de proteção da rivalidade constituem referências à tradição jurisprudencial europeia quanto ao tema. É à luz dos desenvolvimentos nesta jurisdição que se sugere que os países em desenvolvimento incorporem um conceito *ontológico* de concorrência, focado na proteção do processo da efetiva competição, ou da estrutura da concorrência (DREXL, 2015, p. 287; OSTI, 2015, p. 260; SINGH, 2013, p. 60).

²²⁴ No original: “From these various analyses, a conclusion of great significance for antitrust policy emerges: firms cannot in general obtain or enhance monopoly power by unilateral action 6-unless, of course, they are irrationally willing to trade profits for position. Consequently, the focus of the antitrust laws should not be on unilateral action; it should instead be on: (1) cartels and (2) horizontal mergers large enough either to create monopoly directly, as in the classic trust cases,⁷ or to facilitate cartelization by drastically reducing the number of significant sellers in the market”.

²²⁵ Sobre a frase “proteger a concorrência, não os concorrentes”, Osti observa que “à primeira vista pareceria enfatizar a significância da concorrência per se, e se origina nos casos dos EUA que muito precederam a revolução de Chicago. Ela tem, contudo, sido usada principalmente na área do controle de fusões e condutas unilaterais para sugerir que incorporações de concorrentes substanciais, e conduta unilateral que fecha o mercado a concorrentes de modo significativo, pode escapar da proibição antitruste sempre que o bem-estar do consumidor, e a eficiência de modo geral, não é demonstravelmente e significativamente afetada – a despeito de seu impacto na rivalidade, na estrutura da concorrência e no processo competitivo” (OSTI, 2015, p. 230, tradução livre).

²²⁶ No original: “While antitrust should not be used to protect inefficient Davids against Goliath, it may and should be used to empower Davids against Goliath by opening paths of mobility and access”.

Esse ideário, de inspiração ordoliberal, ilumina a questão “proteger a concorrência vs. proteger os concorrentes” de modo diferente.

4.5 Rivalidade e a tradição ordoliberal europeia

Como dito anteriormente, identificar problemas no processo de isomorfismo não significa virar as costas à experiência internacional na aplicação do antitruste ao longo da história. Significa, isso sim, analisar criticamente as teorias formuladas sob outras jurisdições e incorporar o que for compatível com a realidade jurídica e econômica do país de destino. Isso não impede, por óbvio, que se adote caminhos inovadores, num processo de *divergência informada*.

Se se aceita a premissa de que os países em desenvolvimento devem buscar um desenvolvimento inclusivo, que, para tanto, assuma um foco na promoção da rivalidade, a tradição do direito concorrencial europeu pode oferecer um guia útil.

A defesa da concorrência da União Europeia encontra-se disciplinada, atualmente, pelos artigos 101 a 109 do Tratado de Funcionamento da União Europeia (Tratado de Lisboa), que se conjugam aos objetivos da União expressos no artigo 3º, especialmente sua alínea 3, que estabelece como meta o “desenvolvimento sustentável na Europa, assente num crescimento econômico equilibrado e na estabilidade dos preços, numa economia social de mercado altamente competitiva” (UNIÃO EUROPEIA, 2010), o que, conforme esclarece o Protocolo 27 ao Tratado (antigo artigo 3(1)(g)), visa à garantia de um mercado interno em que a concorrência não seja distorcida. O Artigo 101(1) proíbe a ação concertada entre empresas que tenha por efeito “impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno”, enquanto o artigo 102 trata do exercício abusivo de posição dominante no mercado interno por uma ou mais empresas. A defesa da concorrência é promovida primordialmente pela Comissão Europeia, que tem, dentre muitas funções, a de investigar e adotar decisões em razão de violações dos dispositivos do Tratado, com recurso possível ao Tribunal Geral e, em última instância, ao Tribunal de Justiça da União Europeia.

Desde o Tratado de Paris (1951), e especialmente após o Tratado de Roma (1957), contudo, a comunidade dos países europeus já possuía disposições jurídicas em prol da defesa da concorrência, que foram mantidas sem alterações substanciais nos tratados posteriores, até o atualmente vigente. Décadas de implementação dessa política pública permitiram que o sistema europeu consolidasse uma tradição jurisprudencial própria quanto à matéria.

A construção da peculiar identidade do direito concorrencial europeu muito se deve à

influência do *ordoliberalismo* no desenvolvimento de sua jurisprudência. O ordoliberalismo foi a ideologia desenvolvida na Alemanha a partir das décadas de 1930 e 1940 pelos pensadores da Escola de Freiburg, como Walter Eucken, Franz Böhm e Hanns Grossmann-Doerth, bem como seus sucessores. Seu principal objetivo foi estabelecer as bases de uma “economia social de mercado”, em que o mercado funciona de modo equitativo e com garantia de igualdade de participação a todos, constitucionalizada sob uma ordem econômica voltada a valores humanísticos em vez de puramente utilitaristas (GERBER, 1994, p. 36).

Um elemento marcante do pensamento ordoliberal é o reconhecimento das repercussões políticas da acumulação de poder econômico privado, especialmente tendo testemunhado o papel dos cartéis e monopólios alemães na desestabilização das instituições da República de Weimar e na ascensão do regime nazista (GERBER, 1994, p. 37). Liberdade política e liberdade econômica são vistas como essencialmente complementares, de modo que a “economia social de mercado” ordoliberal visa a proteger a liberdade individual tanto em face do poder estatal quanto em face do poder privado (VATIERO, 2015, p. 295). Nesse ponto é que o ordoliberalismo vai além do liberalismo clássico – que voltou-se principalmente à proteção do indivíduo em face do Estado – por reconhecer a ameaça que os reflexos políticos da concentração do poder econômico privado oferecem ao funcionamento das democracias e à liberdade econômica individual (GERBER, 1994, p. 37).

Nesse contexto, se a liberdade individual deve sobreviver “no meio”, contra o poder público e também contra o poder privado, a democracia é garantida não só através de uma Constituição Política – que dispersa poder político – mas também de uma Constituição Econômica – que dispersa poder econômico – já que toda forma de poder precisa de freios e contrapesos (GORMSEN, 2010, p. 43). Nesse contexto, o direito da concorrência se afigura como o principal instrumento de “desempoderamento” do poder econômico privado, assumindo status constitucional (OSTI, 2015, p. 240).

O mercado, então, não é concebido como um fenômeno espontâneo ou natural, mas como o produto de decisões jurídicas e políticas integrantes da Constituição Econômica²²⁷.

A atuação do Direito e das políticas públicas no processo competitivo, nos limites da Constituição Econômica, é vista como um elemento indissociável da organização econômica, em vez de uma “distorção” em relações de mercado cujas disparidades de poder tenderiam

²²⁷ É o que descreve Gerber: “Esse conceito de uma Constituição Econômica entrelaçou perspectivas e discursos legais e econômicos. Ele virou do avesso a ideia central do liberalismo clássico – de que a economia deveria ser divorciada da lei e da política – ao argumentar que as características e a efetividade da economia dependia de sua relação com sistemas políticos e legais. Os ordoliberais reconheceram que escolhas políticas fundamentais criavam as estruturas básicas de um sistema econômico” (GERBER, 1994, p. 45, tradução livre).

naturalmente à autocorreção (GORMSEN, 2010, p. 44).

Para o ordoliberalismo, a concorrência não constitui mero instrumento de política pública para promoção da eficiência, mas um valor constitucional de justiça social, destinado a proteger a liberdade econômica individual e a democracia em face das distorções políticas que o acúmulo de poder econômico privado gera por sua própria existência (OSTI, 2015, p. 240). Ao controle do poder econômico privado, não à eficiência, se reconhece valor central na formatação da política concorrencial (GERBER, 1994, p. 51).

Embora ainda se discuta qual o papel exato do ordoliberalismo na redação do Tratado de Roma, sua influência é amplamente reconhecida no desenvolvimento posterior da jurisprudência europeia na matéria de direito da concorrência (OSTI, 2015, p. 239).

Em especial, é notável o tratamento distinto que a jurisprudência europeia destina a abusos de posição dominante. Embora a posição dominante, por si só, não seja condenada, o sistema europeu reconhece uma “responsabilidade especial” à empresa no sentido de não comprometer a estrutura da concorrência (ADAM; ALDER, 2008, p. 575). Assim, além do reconhecimento da possibilidade de abusos de posição dominante *exploratórios* – relacionados à exploração *per se* da posição dominante, como a prática de preços excessivos (CASTRO, 2012) – os critérios para caracterização dos abusos de posição dominante *exclusionários* – restrições à entrada e permanência de rivais no mercado por meios distintos da concorrência pelo mérito – revelam o comprometimento com a ideia de rivalidade e à proteção da estrutura da concorrência.

Drexl (2015) demonstra que o Tribunal de Justiça Europeu, especialmente a partir da decisão para o caso *Continental Can* (1973), desenvolveu um conceito *ontológico* de concorrência, segundo o qual a finalidade da concorrência é a proteção do “processo de concorrência efetiva”, da “estrutura da concorrência”, em vez do foco estrito no bem-estar do consumidor (nos sentidos explorados no capítulo anterior). Tal como no conceito ordoliberal, a preservação de uma estrutura competitiva – para garantia da igualdade de oportunidades – é considerada um valor por si só, em vez de mero valor instrumental à eficiência estática²²⁸.

A perspectiva ontológica pode parecer, à primeira vista, desconectada de preocupações com o desenvolvimento econômico, já que “ordoliberais prefeririam um estado de ineficiência

²²⁸ O autor assim sintetiza a distinção: “Essa abordagem ontológica se contrasta com o conceito de legislação concorrencial na teoria econômica neoclássica. O último é puramente de natureza utilitária. Concorrência somente é protegida na medida em que promove eficiência econômica no sentido do bem-estar total. Em contraste, a abordagem ontológica reconhece a concorrência como um valor em si” (DREXL, 2015, p. 275, tradução livre).

alinhado à liberdade em vez de um estado totalitário, mas eficiente”²²⁹ (GORMSEN, 2010, p. 43, tradução livre).

Ao contrário, contudo, o que essa visão postula é que essa escolha não teria de ser feita: acredita-se que a proteção à estrutura concorrencial, de forma ampla – não restrita só aos danos evidenciados pelo aumento de preço em curto prazo – é essencial para a prosperidade econômica em longo prazo. O interesse do consumidor não é descartado das considerações do direito concorrencial, mas – para além da estrita questão do bem-estar total ou do excedente do consumidor, conforme o modelo neoclássico – é acompanhado também de outros interesses econômicos (DREXL, 2015, p. 275).

Isso é evidente na dicção da Corte Europeia no caso *Continental Can* acima mencionado, quando o órgão estabelece que a proibição do abuso de posição dominante “não é apenas dirigida a práticas que podem causar dano aos consumidores diretamente, mas também àquelas que lhes são prejudiciais através de seu impacto em uma estrutura da concorrência efetiva” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 1973, *apud* DREXL, 2015, p. 274).

A decisão indica, portanto, que essa visão ontológica – ao contrário do que o nome possa indicar – não é isenta de uma visão econômica: preservar a estrutura da concorrência, a igualdade de oportunidades de acesso ao mercado, serve aos interesses do consumidor mesmo quando não há evidência de dano direto ao seu bem-estar econômico, em curto prazo (DREXL, 2015, p. 275).

Embora não essencial para configurar a infração, o dano direto ao consumidor não é irrelevante para a análise concorrencial, pois sua ocorrência segue como um importante meio de se evidenciar a consumação real ou potencial da prática restritiva e a análise dos méritos da intervenção antitruste (DREXL, 2015, p. 294).

Essa abordagem não protege os concorrentes *per se*, embora eles possam, certamente, se beneficiar indiretamente da proteção à *rivalidade* em uma estrutura de concorrência efetiva. A expectativa é de que a rivalidade seja desempenhada por concorrentes, no mínimo, razoavelmente eficientes em relação à empresa dominante (GORMSEN, 2010, p. 165). Entre proteger consumidores e concorrentes, o direito concorrencial europeu não faz opção direta por nenhum dos dois, voltando-se à proteção da concorrência como *instituição* (DREXL, 2015, p. 282).

²²⁹ No original, com o trecho completo: “Under the ordoliberal model, the aim of competition policy is ‘the protection of individual economic freedom of action as a value in itself, or vice versa, the restraint of undue economic power’. Ordoliberals would prefer a state of inefficiency coupled with freedom rather than a totalitarian, but efficient, state. Effectively every power – whether political or economic – must be associated with checks, constraints and countervailing forces”.

É certo que essa perspectiva traz grandes diferenças quanto à análise econômica proposta pela Escola de Chicago, descrita no capítulo anterior. A análise econômica em prol da eficiência estática, contudo, não constitui a única forma de uso de teoria econômica para a regulação da concorrência:

O altamente influente Paradoxo Antitruste de Robert Bork partiu da premissa da necessidade de uma estrutura substantiva que oferecesse mais certeza de aplicação do que havia sido gerado em décadas de jurisprudência. Ele concluiu, e seu argumento obteve muito apoio, que a teoria do preço e o conceito de eficiência alocativa oferecia o melhor remédio para essa situação. O pensamento ordoliberal sugere um diferente meio de obter tal confiabilidade e integridade conceitual. Para ordoliberais, tal como para Bork, o pensamento econômico tem de desempenhar um papel importante, mas os ordoliberais focaram na necessidade de proteger as *condições* da concorrência em vez dos *resultados* de curto prazo da concorrência.²³⁰ (GERBER, 1994, p. 82, tradução livre).

A partir da década de 2000, o debate sobre esse conceito ontológico de concorrência se reacendeu quando a Comissão Europeia dedicou-se à adoção da “abordagem mais econômica” (“more economic approach”), um projeto de “modernização” do direito concorrencial europeu através de maior incorporação da teoria econômica neoclássica, com a sugestão de incorporação de um teste de dano direto ao consumidor para caracterização de práticas exclusionárias (OSTI, 2015, p. 243). Na sua “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82o. do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”, a Comissão teria adotado uma posição ambígua, usando o conceito de “fechamento de mercado que leva ao dano do consumidor” (DREXL, 2015, p. 278). Ainda assim, cabe observar, o “bem-estar do consumidor” referido pela Comissão Europeia nesse contexto refere-se ao padrão do “excedente do consumidor”, não do “bem-estar total” (OSTI, 2015, p. 244).

Essa controvérsia foi encerrada, contudo, com a “segunda vida” do precedente *Continental Can* (OSTI, 2015, p. 246), o que ocorreu na decisão da Corte Europeia de Justiça para os casos *British Airways* (2007) e *GlaxoSmithKline* (2009), em que o precedente *Continental Can* foi reafirmado no que se refere à ideia da proteção da estrutura da concorrência, à “concorrência como tal”, rejeitando-se a necessidade de comprovação de dano direto do consumidor para configuração de violação ao direito concorrencial.

²³⁰ No original: “Robert Bork’s highly influential Antitrust Paradox was premised on the need for a substantive framework that provided more certainty of application than had been generated by decades of case law.206 He concluded, and his argument has found much support, that price theory and the concept of allocative efficiency provided the best remedy for this situation. Ordoliberal thought suggests a different means of achieving such dependability and conceptual integrity. For ordoliberals, as for Bork, economic thought has to play an important role, but the ordoliberals focused on the need to protect the conditions of competition rather than on competition’s short-term results”.

Deve-se destacar que essa abordagem ontológica não constitui uma análise puramente formalista ou *per se*, já que é igualmente baseada em efeitos econômicos: no caso da prática exclusionária, por exemplo, é necessário comprovar o efeito econômico do fechamento de mercado anticompetitivo por métodos diferentes da concorrência pelo mérito (DREXL, 2015, p. 280). A eficiência das práticas econômicas, inclusive, não é desconsiderada no âmbito dessa análise: são aceitáveis defesas baseadas na eficiência da operação, embora sua aceitabilidade seja interpretada à luz da necessidade de proteção da estrutura da concorrência em longo prazo²³¹ (DREXL, 2015, p. 287). Essas questões – em especial, os mecanismos de implementação dessa visão ontológica – serão melhor analisadas no capítulo seguinte.

4.6 Um renovado foco nos abusos de posição dominante nos países em desenvolvimento

O foco em rivalidade repercute, principalmente, no tratamento dos abusos de posição dominante pelos países em desenvolvimento – não só no âmbito dos critérios substantivos para configuração da ilicitude dessas práticas, quanto também na ordenação de prioridades da política de aplicação da lei pelas autoridades antitruste.

Tradicionalmente, recomenda-se que os países em desenvolvimento foquem sua atuação no combate a cartéis puros, como acordos de fixação de preço, divisão de mercado, limites de produção, fraude a licitações, dentre outros. A principal razão para isso seria a mesma apontada pela Escola de Chicago para determinar as prioridades do antitruste estadunidense: ao contrário das fusões e do abuso de posição dominante, cartéis têm efeitos econômicos menos ambíguos, o que minimiza os riscos de decisões errôneas – ou, no caso das práticas internacionais, decisões contraditórias entre jurisdições (BRUSICK; EVENETT, 2008, p. 271). Esse problema seria especialmente agudo nos países em desenvolvimento, já que as agências de defesa da concorrência nesses locais teriam menor *expertise* para diferenciar práticas pró-competitivas de abusos anticoncorrenciais (BRUSICK; EVENETT, 2008, p. 279).

Aponta-se também que o combate aos cartéis poderia ser instrumentalizado para a construção de uma cultura da concorrência, especialmente se as prioridades de aplicação da lei se concentrarem em setores com maior repercussão midiática, como bens de consumo

²³¹ A Comissão Europeia, nesse sentido, observa que a “[r]ivalidade entre empresas é um motor essencial da eficiência econômica, incluindo a eficiência dinâmica na forma de inovação. Em sua ausência irá faltar à empresa dominante incentivos adequados para continuar a criar e passar adiante ganhos de eficiência. Onde não há concorrência residual e nenhuma ameaça previsível de entrada, a proteção da rivalidade e do processo competitivo sobrepuja possíveis ganhos de eficiência” (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 30, tradução livre).

básicos e contratos públicos (SOKOL; STEPHAN, 2012, pos. 2.746).

No Brasil, o ajuste de prioridades na política de aplicação da legislação concorrencial – que, a partir da promulgação da Lei Federal nº 8.884/1994, havia se concentrado no controle de fusões – aconteceu a partir da década de 2000, tendo como marco a promulgação da Lei Federal nº 10.149/2000, que introduziu o sistema de acordos de leniência no sistema brasileiro e ampliou os poderes investigativos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), inclusive com a previsão de possibilidade de pedidos de mandado de busca e apreensão sigilosos (TODOROV; TORRES FILHO, 2012, p. 238).

Ocorre, contudo, que a prática do abuso de posição dominante pode ser mais comum e prejudicial aos países em desenvolvimento do que se imagina.

Como visto no capítulo anterior, a análise do impacto de decisões em matéria concorrencial, no ideário da Escola de Chicago, é fundado em uma teoria da decisão que compara os custos de erros tipo I (falsas condenações) com os custos de erros tipo II (falsas absolvições). A tendência geral de preferência por erros tipo II é fundada na ideia de que eventuais abusos de poder econômico, se não-condenados, seriam transitórios, em razão do potencial de autocorreção de mercado; falsas condenações, por sua vez, teriam grande impacto nos incentivos para futuros investimentos pelas empresas, desincentivando permanentemente ações pró-competitivas (“esfriando” a concorrência).

Viu-se no capítulo anterior, contudo, que essas presunções não são, necessariamente, extensíveis a todas as jurisdições. A probabilidade de ocorrência de cada erro pode ser diferente em cada contexto econômico e institucional (DEVLIN; JACOBS, 2010b, p. 98) e, na ausência de dados empíricos sobre tal variável, é evidente que cada jurisdição possui diferentes entendimentos sobre os pressupostos subjacentes aos ditames da teoria dos custos dos erros (EVANS, 2009, p. 181).

Por essa razão, é essencial que os países em desenvolvimento verifiquem, para seu contexto específico, qual a probabilidade de ocorrência de cada tipo de erro e seus respectivos custos, com recurso inclusive a métodos empíricos de verificação, como a análise de efeitos de decisões passadas (ADAM; ALDER, 2008, p. 628).

Isso implica rejeitar o universalismo de uma análise econômica aplicada a “condutas genéricas abstratas a mercados genéricos abstratos”²³² (LEWIS, 2008, p. 3, tradução livre), considerando não só o tamanho, estrutura e histórico da economia nacional, como também

²³² No original, com o trecho completo: “Surely any economic analysis worthy of the name must begin an assessment of the likelihood of the direction of error in anti-trust enforcement with an attempt to specify the pertinent features of the actual economy in which the enforcement is carried out, rather than with the application of industrial organisation theories to abstracted generic conduct in abstracted generic economies”.

determinando a forma pela qual os objetivos normativos de cada jurisdição (eficiência, rivalidade, distribuição, dentre outros) devem ser ponderados na análise de custos e benefícios (ADAM; ALDER, 2008, p. 628).

Assim é que, no sistema europeu, identifica-se que a presunção de que os mercados tendem prontamente à autocorreção é atenuada em face da observação de que muitos mercados ainda são marcados por posições dominantes entrincheiradas, herdeiras de antigos monopólios estatais ou beneficiárias de outros privilégios que não refletem a remuneração de um investimento ou inovação substancial (VICKERS, 2007, p. 6). Além disso, a expectativa de que a intervenção governamental pode ser apta a melhorar o funcionamento dos mercados, bem como preocupações com questões distributivas, constituem um importante elemento da ideologia europeia que, obviamente, afeta a percepção sobre os méritos da ação antitruste quanto ao abuso de posição dominante (GAL, 2004, p. 4).

Por essas razões é que se compreende a distinção do sistema europeu quanto ao balanço ideal entre os riscos de se, por um lado, “esfriar” a concorrência através de um antitruste vigoroso, e, de outro, combater os prejuízos derivados do abuso de posição dominante (VICKERS, 2007, p. 6). É notável, nesse aspecto, a prática do sistema europeu de analisar a *origem* do poder econômico, no caso concreto, para só então apurar os efeitos da intervenção do antitruste nos incentivos para investimento futuros (como se verá no capítulo seguinte).

Se, entre os países desenvolvidos, já se identifica substancial diferença quanto à percepção dos méritos da intervenção antitruste em face de práticas exclusionárias, essas diferenças podem se mostrar ainda mais acentuadas nos países em desenvolvimento.

Alguns contextos econômicos nesses países, como os descritos no tópico anterior, podem ser ideais para a emergência dessa prática, assim exemplificados por Evenett e Brusick (2008, p. 280 et seq.):

- Monopólios ou posições dominantes consideráveis, formados através da aquisição de monopólios públicos com décadas de existência e entrincheiramento, em processos de privatização pouco comprometidos com a concorrência pós-liberalização;
- Setores regulados – especialmente com restrições à entrada e saída – marcados por reguladores capturados pelas empresas reguladas;
- Setores marcados pela dominância de um grande player multinacional, com poder econômico suficiente para sustentar práticas para suprimir a lucratividade de rivais

(“*deep pocket*”), além de poder de barganha considerável para impôr condições abusivas a fornecedores e distribuidores domésticos; e

- Abusos exploratórios ou exclusionários derivados de abusos de direitos de propriedade intelectual em regimes patentários mal estruturados ou mal implementados.

Esse tipo de contexto, além de mais comum em países em desenvolvimento que em jurisdições como a estadunidense, é mais problemático para a economia desses países, haja vista o potencial limitado de “autocorreção” dessas práticas.

Os problemas relacionados à fé na autocorreção dos mercados, apontados no capítulo anterior, são ainda mais agudos no contexto dos países em desenvolvimento. A teoria dos mercados contestáveis – de que, independentemente da preservação da rivalidade, a mera ameaça da entrada em um mercado “contestável” seria incentivo econômico suficiente para que a empresa dominante continue a precificar e inovar de modo competitivo – presume um monopolista não pode alterar seus preços após a entrada, bem como a irrelevância das barreiras à entrada. Se, como visto acima, as barreiras à entrada são bastante substanciais nos países em desenvolvimento, uma atitude tolerante com práticas de abuso de posição dominante exclusionária poderia constituir, justamente, o maior impeditivo à autocorreção do mercado nesses países (ADAM; ALDER, 2008, p. 589).

Nesse ponto, ao presumir a autocorreção do mercado, o direito concorrencial estaria, de fato, impedindo que esse fenômeno ocorresse, quando não destina tratamento adequado às práticas exclusionárias que mantêm posições dominantes entrincheiradas. Falsos negativos nesses países, portanto, podem ter efeitos negativos muito mais substanciais que os presumidos nas nações desenvolvidas²³³.

O temor quanto à remuneração inadequada a investimentos passados deve, assim como na prática europeia, ser analisado à luz do histórico da posição dominante, uma vez que

²³³ É a posição de Fox e Gal: “Enquanto a legislação dos EUA é especialmente preocupada com falsos positivos, com excessiva intervenção antitruste a ponto de que empresas ineficientes serão protegidas da própria concorrência, países em desenvolvimento podem estar mais preocupados com falsos negativos, preocupados que empresas dominantes têm por muito tempo sido protegidas das forças da concorrência e que pessoas/empresas com nenhum poder têm frequentemente sido excluídas de entrar em mercados e concorrer por seus méritos. Enquanto os Estados Unidos raramente vê um monopólio e muito mais frequentemente vê cartéis, países em desenvolvimento frequentemente vêem monopólios em quase todo setor importante de negócios. E enquanto a lei dos EUA pode se dar ao luxo de deferir a uma agência regulatória quando o monopólio reside em um setor regulado, assim reduzindo mais ainda o escopo de aplicação do antitruste, países em desenvolvimento mais frequentemente experimentam captura em agências regulatórias e podem às vezes estar melhores com a voz a autoridade da concorrência do que com a proteção de uma agência regulatória” (GAL; FOX, 2015, p. 334, tradução livre).

sua origem, em países em desenvolvimento, pode ser decorrência de décadas de uma política econômica descomprometida com a promoção da concorrência, além de protecionismo, questões históricas, privatização de antigos monopólios estatais e outros fatores (LEWIS, 2008, p. 4)²³⁴.

Desse modo, o risco de a aplicação da lei antitruste “esfriar” a concorrência, nos países em desenvolvimento, pode ser maior quando se consolida uma postura permissiva quanto a práticas exclusionárias que perpetuam posições dominantes entrincheiradas, “esfriando” a rivalidade, ou “mais o efeito de esfriamento que isso terá em nova entrada potencial ao invés das possíveis consequências de esfriamento de se restringir, embora ocasionalmente de modo errôneo, a liberdade de ação dessas empresas dominantes”²³⁵ (LEWIS, 2008, p. 11, tradução livre).

Além de ser necessário que a política de aplicação da lei de defesa da concorrência, em países em desenvolvimento, atribua atenção especial aos abusos de posição dominante, é necessário que essa análise se utilize de critérios substantivos comprometidos com a manutenção da rivalidade e proteção da estrutura da concorrência²³⁶.

Como isso é especialmente marcante para antigos monopólios estatais liberalizados, uma política rigorosa quanto ao abuso de posição dominante deve ser vista como complemento essencial à liberalização, para prevenir que agentes com posições dominantes perpetuem seu poder através da criação de restrições privadas (HEIMLER; MEHTA, 2013, p. 4)²³⁷.

²³⁴ No mesmo sentido, afirmam Heimler e Mehta: “Em países em desenvolvimento muitas empresas dominantes obtiveram suas posições por meio da proteção de barreiras regulatórias à entrada, políticas de campeões nacionais ou monopólios legais, de modo que o desincentivo à inovação originando-se de um ativismo excessivo de aplicação da lei pode ser menos relevante” (HEIMLER; MEHTA, 2013, p. 3, tradução livre).

²³⁵ No original, com o trecho completo: “Under these actual economic circumstances, those charged with promoting competition in South Africa should be forgiven for fearing the direct consequences of abusive conduct by dominant firms and the chilling effect that this will have on potential new entry rather more than the possible competition chilling consequences of restricting, albeit occasionally erroneously, the freedom of action of these dominant firms”.

²³⁶ Assim defendem Fox e Gal: “A nosso ver, a disponibilidade da proibição ao abuso de posição dominante é uma das mais importantes armas no arsenal antitruste dos países em desenvolvimento para abrir mercados fechados e, assim, ajudar a fazer os mercados funcionar onde eles nunca antes funcionaram; em que empresas têm estado amarradas em privilégio e compadrio e empresas dominantes têm bloqueado os caminhos para massas de pessoas. Estatismo passado e permanente, e o fato de que os negócios cresceram por favoritismo, e não mérito, apontam para a necessidade de uma lei forte, favorável à aplicação da lei” (GAL; FOX, 2015, p. 334, tradução livre).

²³⁷ É também nesse sentido a posição de Budzinski e Beigi. Os autores, considerando que “em muitas economias em industrialização empresas dominantes são incumbente que costumavam usufruir de todos os tipos de privilégio e podem estar entrelaçadas com a política e/ou famílias influentes”, defendem que “‘apenas’ privatizar e liberalizar institucionalmente pode não ser suficiente porque a reação natural dos incumbentes será visar todo tipo de proteção contra as forças concorrencias iminentes de modo a evitar ser arrastadas a um ambiente competitivo e prolongar suas rendas anticompetitivas ao longo e após a era de privatização e liberalização” (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 242, tradução livre).

Adam e Alder (2008) observam que a política de tratamento dos abusos de posição dominante precisa balancear três objetivos:

garantir concorrência suficiente entre as empresas de modo a forçá-las a serem eficientes, permitir um certo grau de lucratividade de modo que elas tenham incentivos a investir e inovar, e obter uma distribuição equitativa de riqueza e oportunidades de negócios entre diferentes partes da sociedade.²³⁸ (ADAM; ALDER, 2008, p. 625, tradução livre),

sendo que, enquanto os países desenvolvidos costumam focar apenas nos dois primeiros, os países em desenvolvimento precisam também dirigir atenção especial ao terceiro, para garantir a mobilidade e acesso aos mercados e, conseqüentemente, manejar adequadamente as questões da desigualdade e pobreza.

Para equilibrar esses três objetivos, é necessário que a análise substantiva do abuso de posição dominante seja comprometida com a proteção da rivalidade, não se restringindo à configuração da ilicitude somente quando há evidência direta de dano ao consumidor²³⁹. Ao mesmo tempo, como visto, essa proteção da rivalidade não pode significar, pura e simplesmente, a proteção de concorrentes, independentemente de seu grau de eficiência: o que se está a proteger é a estrutura da efetiva concorrência (DREXL, 2015, p. 288).

Para essa finalidade, o recurso à experiência europeia pode ser um ponto de partida útil para que, progressivamente, os países em desenvolvimento possam construir seus próprios testes de configuração de desejabilidade/indesejabilidade de práticas econômicas.

Como se verá, no próximo capítulo, a configuração do abuso de posição dominante, no sistema europeu, não ocorre somente diante da evidência de dano direto ao consumidor, mas incorpora como requisito a exclusão atual ou potencial de um concorrente igualmente eficiente. Este é um concorrente hipotético, com a mesma estrutura de custos da empresa dominante. A justificativa, dentre outras, é a necessidade de se evitar que o direito da concorrência seja utilizado para a proteção de rivais ineficientes.

Embora esse seja um bom ponto de partida para aos países em desenvolvimento – comparativamente àquele vigente no tratamento da monopolização pelo sistema

²³⁸ No original, com o trecho completo: “Such laws have to find a balance between three objectives: ensuring enough competition between firms in order to force them to be efficient, allowing a certain degree of profitability so that they have incentives to invest and innovate, and achieving an equal distribution of wealth and business opportunities among different parts of the society”.

²³⁹ Cf. Fox e Gal: “Assim, em jurisdições em desenvolvimento mais peso deve ser reconhecido à habilidade de agentes externos contestarem os mercados no mérito e não serem excluídos de importantes seguimentos pelo uso de alavancagem pela empresa dominante. Tal ênfase tende a expandir as oportunidades de entrada daqueles sem poder e a avivar mercados monopolizados monótonos e então é mais simpática à missão da legislação concorrencial em países em desenvolvimento” (GAL; FOX, 2015, p. 336, tradução livre).

estadunidense – é possível que, em determinados contextos, seja ideal que a autoridade concorrencial verifique as condições reais da rivalidade, já que, diante de uma posição dominante entrincheirada, a entrada tempestiva e suficiente de um concorrente igualmente eficiente pode ser uma presunção irreal (GAL; FOX, 2015, p. 337). Assim, alternativas mencionadas no capítulo seguinte – como a do concorrente *razoavelmente* eficiente, também discutida no sistema europeu – podem ser mais adequadas.

Budzinski e Beigi (2015) chegam a sugerir, inclusive, que a proteção da “franja concorrencial” em mercados dominados por uma posição entrincheirada seja feita com menor preocupação com o nível atual de eficiência dos rivais integrantes da franja (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 242). Os autores justificam essa proposta – que, observam, poderia gerar contrariedade de economistas comprometidos com o slogan de “defender a concorrência, não os concorrentes” – em função da ideia de se *gerar* concorrência futura²⁴⁰.

Adotar essa abordagem é uma posição possível para países em desenvolvimento. É necessário, contudo, que a proteção de rivais “ainda não igualmente” eficientes, se é comprometida com a geração de concorrência futura e eficiência em longo prazo, seja adotada com cautela, determinando-se por quanto tempo seria necessária essa proteção até a obtenção do efeito econômico desejado, assumindo-se uma visão estratégica (GORMSEN, 2007, p. 338).

4.7 Considerações finais

Se princípios como a justiça social, o desenvolvimento econômico e a redução da desigualdade parecem contraditórios com a livre concorrência – em referência aos tipos ideológicos puros – na Constituição essa contradição é apenas aparente, já que a implementação da política econômica infraconstitucional precisará harmonizá-los em observância à técnica da *economicidade* (SOUZA, 1980, p. 32, 2005, p. 29). A aplicação da legislação concorrencial deverá providenciar tanta efetividade aos princípios constitucionais quanto seja possível, diante da realidade jurídica e econômica, em um regime hermenêutico

²⁴⁰ Defendem os autores: “[...] em vez de se proteger uma concorrência de mercado em bom funcionamento e totalmente desenvolvida, um ambiente concorrencial precisa ser gerado em face de estruturas, tradições e mentalidades não-competitivas. Assim sendo, concorrentes recém-emergentes precisam ser protegidos contra estratégias de compressão e dissuasão que se repousam de fato em poder de mercado obtido de modo anticompetitivo dos incumbentes, independentemente de se se pode ou não provar que os novos concorrentes já são mais eficientes que o incumbente. Acima de tudo, negócios emergentes precisam ter uma chance real de demonstrar suas habilidades! Em contraste com muitos países industrializados, essa oportunidade pode não existir sem um controle de abuso disciplinando os incumbentes e os forçando (e educando) a concorrer estritamente pelo mérito, apenas” (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 243, tradução livre).

de *ponderação* e não de *exclusão*²⁴¹.

Uma compreensão da finalidade do direito concorrencial como sendo a “proteção do processo competitivo”, ou preservação da rivalidade (DREXL, 2015), pode ser mais compatível com a realidade econômica e as opções políticas consagradas na Constituição brasileira – que, como visto, fixa expressamente o objetivo de reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (Art. 173, 4º).

É importante, contudo, que essa abordagem não seja compreendida como uma proteção à concorrência por si só considerada, mas como instrumento para a promoção do desenvolvimento inclusivo no marco da justiça social, com igualdade de oportunidades. Assim será possível integrar a política econômica concorrencial à finalidade da ordem econômica constitucional como um todo – qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (Art. 170, *caput*).

O que é importante deixar claro, aqui, é que a proposta de que os países em desenvolvimento adotem a proteção da rivalidade, como finalidade do antitruste, não constitui um abandono da ideia de eficiência econômica, genericamente considerada, mas da formulação específica desse valor pelo ideário da Escola de Chicago.

Finalidades distintas do modelo ortodoxo da eficiência econômica são, por vezes, chamadas de considerações “não-econômicas”. Tais valores são, contudo, eminentemente econômicos, na medida em que se referem diretamente ao modo como determinada sociedade humana deve tratar da produção, circulação e distribuição de recursos escassos.

Poli (2015, p. 66) descreve que o ideário da teoria antitruste de Chicago, ao ser incorporado pelos países do BRICS, foi ajustado e flexibilizado para conformação com o entendimento particular de cada um desses países acerca do conceito de eficiência e bem-estar. Essa tendência deve ser encarada como algo positivo. Uma proposta de convergência universalista, que desconsidere a imersão institucional dos modelos econômicos, esbarra no fato, analisado no capítulo anterior, de que a adesão ao modelo de eficiência conforme definido por Chicago constitui uma opção eminentemente política. Custos e benefícios econômicos podem ser percebidos de modo distinto por cada comunidade jurídica. Por essa

²⁴¹ Nessa linha é o pensamento de Eros Grau: “[...] sendo a Constituição um sistema dotado de coerência, não se presume contradição entre suas normas. A admitir-se a ocorrência de contradições entre elas – ‘princípios e soluções contraditórias’, como refere Raul Machado Horta – por força hão de ser elas eliminadas, seja para afirmar-se que umas não são válidas (ou não se aplicam a determinados casos), seja as interpretando de modo adequado e suficiente à superação da contradição ou contradições. Apenas a segunda alternativa é, todavia, praticável, até porque a primeira nos conduziria ao absurdo de supormos que há, na Constituição de 1988, duas ordens econômicas, uma neoliberal, outra intervencionista e dirigista” (GRAU, 2010, p. 194).

razão, é válido e desejável que o entendimento acerca do que constitui eficiência – e acerca de quais métodos devem ser implementados para atingi-la – seja construído por cada jurisdição.

O que se rejeita, portanto, é o foco na eficiência alocativa estática nos contornos propostos pela Escola de Chicago. No caso do abuso de posição dominante, por exemplo, se a eficiência ou bem-estar do consumidor (em sua acepção própria ou imprópria) constitui a finalidade do direito concorrencial, só serão ilícitas práticas exclusionárias que gerem prejuízo ao consumidor (no caso do padrão do excedente do consumidor) ou prejuízo ao consumidor que não seja compensado pelo ganho dos produtores (no caso do padrão do bem-estar total). O foco na rivalidade significa reconhecer que mesmo práticas que não geram aumento de preço para o indivíduo na condição de consumidor, em curto prazo, podem gerar prejuízos substanciais em longo prazo, tanto à sua condição de consumidor quanto de empreendedor ou cidadão²⁴².

Embora mantendo seu caráter de *instrumento* (FORGIONI, 2012, p. 176), a proteção da rivalidade pode, no caso brasileiro, servir à finalidade última de concretização da justiça social, como visto acima²⁴³. Não se busca, portanto, conceituar a concorrência no sistema brasileiro como fim em si, mas evidenciar que, dada a realidade econômica brasileira, a proteção da rivalidade pode servir à promoção do desenvolvimento econômico sob o marco da justiça social. Mesmo o conceito *ontológico* europeu de concorrência “como instituição”, como visto acima, inclui uma visão desenvolvimentista.

Também deve-se repisar que as justificativas de eficiência alocativa e produtiva das práticas econômicas não são tornadas irrelevantes, mesmo num contexto de proteção da rivalidade. A diferença é que, como visto no caso europeu, a eficiência não é considerada finalidade última dessa política econômica, sendo conjugada em uma análise mais ampla que visa à garantia da rivalidade.

No capítulo anterior, buscou-se evidenciar como as propostas de inclusão, no âmbito do antitruste, de preocupações distributivas e dinâmicas, são centradas na promoção da rivalidade, especialmente através da superação de uma postura não-intervencionista em face

²⁴² É o que defende Drexl: “Em termos de aplicação prática da legislação concorrencial, o foco nas condições da concorrência e na proteção do processo competitivo como tal trará mais benefícios em longo prazo do que simplesmente concentrar nos efeitos de curto prazo na eficiência de uma dada conduta ou fusão” (DREXL, 2015, p. 287, tradução livre).

²⁴³ É, também, o que defende Andrade: “[...] a concorrência não pode ser considerada isoladamente (nesse sentido ela não é um fim em si mesmo). Mas, não vemos porque isso significa que não haja uma proteção da concorrência na constituição e que ela não possa ser invocada, argumentativamente, como uma garantia contra uma situação hipotética que suprima (e destrua) o mercado interno. Nessa situação limite, a concorrência foi defendida como tal (e, conjuntamente, isso permitiu que fossem reforçadas outras normas da constituição)” (ANDRADE, 2014, p. 177).

de práticas exclusionárias. Essas propostas incorporam uma visão econômica de que a promoção da rivalidade pode gerar desenvolvimento, em longo prazo, através de seu impacto na redução da desigualdade, na promoção da inovação e outros efeitos²⁴⁴ (GERLA, 1996, p. 211). Embora esses resultados sejam caros aos países em desenvolvimento, pôde-se observar, no capítulo anterior, que essa é uma discussão corrente mesmo entre os países desenvolvidos.

Uma oposição possível a esse argumento seria a de que o foco exclusivo na eficiência, pelo direito da concorrência brasileiro, seria compatível com a Constituição porque outras políticas econômicas destinar-se-iam à concretização dos outros princípios e finalidades (CONSIDERA; CORRÊA, 2002, p. 41). Esse argumento complica-se diante da constatação de que a origem de alguns dos problemas econômicos que se está discutindo é, justamente, a persistência de estruturas econômicas concentradas e entrincheiradas, em mercados com uma estrutura competitiva deficiente. Se se percebe uma necessidade de promoção do acesso aos mercados, da mobilidade e da rivalidade para o desenvolvimento, como se verá a seguir, o direito da concorrência é a política econômica por excelência para a tarefa, por lidar *diretamente* com as restrições artificiais levantadas contra esse processo (FOX, 2012, p. 4).

Tampouco viceja o argumento de que a inclusão desses temas trazem complexidade intolerável ao direito da concorrência: como se verá no capítulo seguinte, um regime voltado à proteção do processo competitivo é tão administrável quanto um com foco na eficiência alocativa, a se julgar pela experiência europeia.

Afirmar isso não implica, por óbvio, em estipular que a política concorrencial não deve ser implementada em conjunto com as demais políticas econômicas – como a tributária, regulatória, industrial, patentária e outras. O que isso significa é que o valor transformador do direito concorrencial em países em desenvolvimento não pode ser subestimado.

²⁴⁴ Dentre esses efeitos incluem-se também a promoção da eficiência na gestão interna empresarial (GERLA, 1996, p. 223), o controle do risco sistêmico de instituições “grandes demais para falirem” (MARKHAM JUNIOR, 2011; OSTI, 2015, p. 262), e os demais mencionados no capítulo anterior.

5 ESTUDO DE CASO: A COMPRESSÃO DE MARGENS NA FRONTEIRA TRANSATLÂNTICA DO ANTITRUSTE

Como visto, um dos principais argumentos quanto à inclusão de valores distintos da eficiência alocativa na análise antitruste é o de que tais valores, por seu caráter impreciso, seriam impossíveis de implementação objetiva, sujeitando a análise antitruste à arbitrariedade e insegurança.

Para analisar essa questão, o trabalho passa à análise do tratamento jurídico da conduta de *compressão de margens*²⁴⁵ (“*margin squeeze*”, também sendo comum a denominação “*price squeeze*”, ou *compressão de preços*). O objetivo é demonstrar que o foco na proteção do processo competitivo e preservação da rivalidade, conforme se processa no âmbito da jurisprudência europeia, é passível de ser implementado por uma estrutura objetiva e administrável.

Embora o significado seja o mesmo, o termo “*price squeeze*” (compressão de preços) é mais comum na jurisprudência e teoria estadunidense, enquanto “*margin squeeze*” (compressão de margens) é o uso predominante no sistema europeu (HAY; MCMAHON, 2012, p. 261).

A escolha dessa prática como objeto de estudo baseou-se no fato de que, como se verá, a compressão de margens é, em mais de um sentido, uma *conduta-fronteira*: em primeiro lugar, porque sua definição encontra-se na fronteira tipológica de outras condutas anticoncorrenciais mais tradicionais; em segundo, porque desenvolvimentos jurisprudenciais recentes acerca da conduta exemplificam a persistência da fronteira transatlântica no que diz respeito ao entendimento sobre a finalidade do antitruste; e, por último, porque as discussões acerca da conduta problematizam o paradigma institucional que estabelece fronteiras entre antitruste e regulação.

O capítulo está organizado da seguinte maneira: após apresentar as noções elementares sobre a prática, serão analisados os recentes desenvolvimentos na jurisprudência estadunidense e europeia sobre o tema. Em seguida, alguns pontos específicos de divergência serão discutidos. Os reflexos da discussão para o sistema jurídico brasileiro serão apresentados ao final.

²⁴⁵ A escolha da tradução “compressão de margens” baseou-se na tradução oficial para o português do termo “*margin squeeze*” pela Comunidade Europeia (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 80). Na doutrina brasileira, identifica-se uma tradução alternativa como “preços opressivos” (FORGIONI, 2012, § 293).

5.1 Aspectos elementares: a compressão de margens na fronteira entre condutas anticoncorrenciais

Suponha-se uma empresa verticalmente integrada “A”, que atue simultaneamente no mercado “i” (insumo), a montante (“*upstream*”), e no mercado “p” (produto final) a jusante (“*downstream*”). Suponha-se, ao mesmo tempo, uma empresa “B” que atue unicamente no varejo do produto final “p”, não sendo verticalmente integrada ao atacado do insumo “i”.

Assim sendo, para atuar no mercado “p” (varejo do produto final), a empresa “B” precisa adquirir o insumo “i”, no atacado, da empresa “A”. Para a empresa “B”, portanto, a empresa “A” é simultaneamente fornecedora para o insumo “i” (atacado) e concorrente para o produto final “p” (varejo).

Nesse contexto, ocorre a *compressão de margens* quando a margem entre (1) o preço cobrado pela empresa dominante para o produto final (varejo) e (2) o preço de acesso ao insumo (atacado) é negativa ou insuficiente para que um concorrente no varejo possa concorrer efetivamente ou permanecer no mercado.

Alguns aspectos desse conceito (e suas repercussões jurídicas) constituem, justamente, o objeto da disputa a ser analisada nesse capítulo²⁴⁶. Os traços elementares para sua descrição, contudo, são os acima descritos.

Na decisão para o caso *linkLine* (2009), por exemplo, a conduta debatida pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América foi assim descrita²⁴⁷:

Os reclamantes nesse caso, demandados aqui, alegam que um concorreu os sujeitou a uma ‘compressão de preços’ em violação ao §2 do Sherman Act. Eles alegam que tal pretensão pode surgir quando uma empresa verticalmente integrada vende insumos no atacado e também vende produtos ou serviços finais no varejo. Se essa empresa tem poder no mercado de atacado, ela pode simultaneamente aumentar o preço de atacado dos insumos e descontar o preço de varejo do produto final. Isso terá o efeito de ‘comprimir’ as margens de lucro de qualquer concorrente no mercado de varejo. Essas firmas terão de pagar mais pelos insumos que precisam; ao mesmo tempo, elas terão de descontar seus próprios preços de varejo para

²⁴⁶ Em especial os aspectos em disputa no conceito referem-se: (1) à existência de obrigação de contratar para a empresa dominante e ao caráter de “infraestrutura essencial” do insumo; (2) aos preços a serem considerados para análise (se da empresa dominante ou de seu concorrente); (3) ao grau de eficiência do concorrente excluído (se “igualmente eficiente”, se “razoavelmente eficiente”, dentre outros). Essas questões serão analisadas adiante.

²⁴⁷ Como se verá, contudo, a decisão concluiu pela inexistência de infração antitruste no caso em questão.

corresponder aos preços da outra empresa.²⁴⁸ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. 01, tradução livre).

Na mesma linha, a Comissão Europeia, na “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82o. do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”, define a compressão de margens da seguinte maneira:

[...] uma empresa dominante pode cobrar um preço pelo produto no mercado ‘a montante’ que, em comparação com preço cobrado no mercado ‘a jusante’, não permite que mesmo um concorrente com o mesmo grau de eficiência exerça de uma forma rentável e duradoura actividades no mercado a jusante (denominado por ‘compressão das margens’). (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 80).

Observe-se, então, que o conceito – tanto na discussão europeia quanto na estadunidense – é derivado da conjugação de duas práticas de precificação: o preço de atacado (fixado no mercado a montante, para acesso ao insumo pelos concorrentes) e o preço de varejo (fixado no mercado a jusante para o produto final, em concorrência com as demais empresas a jusante).

A análise individualizada dessas práticas pode corresponder a teorias tradicionais de responsabilidade concorrencial. Os preços do varejo, por si só, podem corresponder a uma prática predatória; a precificação no atacado, por sua vez, pode ser analisada sob a ótica da teoria dos preços excessivos, tanto exploratórios quanto exclusionários – nesse último caso, na forma de uma recusa implícita de venda ou discriminação de preços (FAELLA; PARDOLESI, 2010, p. 256).

O que a teoria da compressão de margens tenta captar, no entanto, são os efeitos exclusionários da *conjugação* entre os dois preços, independentemente de sua legalidade quando analisados por si – ou seja, quando os preços de atacado não configuram hipótese de discriminação ou excessividade exploratória/exclusionária, e os preços de varejo não são predatórios. Esse é, justamente, o objeto da polêmica em torno da teoria.

A resposta a essa questão é marcadamente distinta entre os sistemas estadunidense e europeu. Recentes decisões da Suprema Corte dos Estados Unidos e do Tribunal de Justiça da

²⁴⁸ No original: “The plaintiffs in this case, respondents here, allege that a competitor subjected them to a ‘price squeeze’ in violation of §2 of the Sherman Act. They assert that such a claim can arise when a vertically integrated firm sells inputs at wholesale and also sells finished goods or services at retail. If that firm has power in the wholesale market, it can simultaneously raise the wholesale price of inputs and cut the retail price of the finished good. This will have the effect of ‘squeezing’ the profit margins of any competitors in the retail market. Those firms will have to pay more for the inputs they need; at the same time, they will have to cut their retail prices to match the other firm’s prices”.

União Europeia reforçaram a tese de que – não obstante os notáveis esforços de convergência da teoria concorrencial ao redor do mundo, em vista da hegemonização da análise econômica do direito – sequer no eixo transatlântico diluiu-se a disputa entre diferentes concepções da finalidade do antitruste.

5.2 A compressão de preços no sistema jurídico estadunidense

No sistema estadunidense, a prática é geralmente referida por *compressão de preços* (“price squeeze”), e é analisada como uma recusa presumida de contratar. O dever concorrencial de contratar, por sua vez, é configurado sob critérios tão estritos quanto peculiares a esse sistema.

5.2.1 A “*intenção de monopolizar*” sob o *Sherman Act*

A prática da compressão de preços é analisada, na legislação federal antitruste dos EUA, sob a Seção 2 do *Sherman Act* (1890), que estabelece o ilícito criminal de *monopolizar* ou *tentar monopolizar*.

Alguns aspectos do quadro conceitual da Seção 2 do *Sherman Act* serão a chave para compreender a peculiaridade no tratamento da compressão de margens nesse sistema, bem como analisar a possibilidade de seu “transplante” a outras jurisdições.

Tratando-se o *Sherman Act* de um diploma de natureza criminal, a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos desenvolveu-se em direção à fixação de estritos requerimentos para caracterização da conduta de monopolização (HOVENKAMP, 2011, p. 302).

É nesse sentido que se compreende o teste de duas partes estabelecido pela Suprema Corte no caso *Grinnell* (1966). A partir dessa decisão, solidificou-se o entendimento de que

a ofensa de monopólio sob o § 2 do *Sherman Act* possui dois elementos: (1) a detenção de poder de monopólio no mercado relevante e (2) a aquisição ou manutenção intencional desse poder de forma distinta do crescimento ou desenvolvimento como consequência de um produto superior, perspicácia empresarial ou acidente histórico.²⁴⁹ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 1966, p. 384 U.S. 571, tradução livre).

²⁴⁹ No original: “the offense of monopoly under § 2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident”.

Esse segundo requisito estabelecido em *Grinnell* – a *intenção de monopolizar* – é central para a compreensão da jurisprudência relacionada à compressão de preços. O entendimento acerca do conteúdo desse requerimento é vacilante na jurisprudência estadunidense, tendo sido objeto de crítica e reformulação – especialmente após a hegemonia da Escola de Chicago a partir da década de 1970 (LAO, 2005, p. 171).

Importa notar, a esse respeito, a diferença marcante entre as evidências de intenção *subjetivas* – relacionadas ao estado mental, consciência e aspectos volitivos particulares do agente – e *objetivas* – derivadas da própria conduta, sem preocupação com ao estado subjetivo do agente, ou, em outras palavras, “o que pode ser inferido como um estado mental razoavelmente atribuível ao réu à luz de sua conduta” (CASS; HYLTON, 2000, p. 04, tradução livre).

Quanto às evidências subjetivas de intenção – que, no caso da empresa, teriam de ser derivadas de elementos como testemunhos e documentos internos da empresa – há a questão da dificuldade de obtenção desse tipo de material probatório. Sua interpretação, igualmente, é complexa, uma vez que, mesmo ausente qualquer ilicitude e em um contexto de concorrência legítima, é comum o uso de linguagem agressiva com relação aos concorrentes em mercados com intensa rivalidade (CASS; HYLTON, 2000, p. 22)

Ademais, mesmo em um contexto de concorrência meritória, há o propósito de se prejudicar os rivais através do sucesso comercial, o que tornaria impossível a distinção entre intenções concorrenciais legítimas e exclusionárias (HOVENKAMP, 2000, p. 3).

Por isso, ainda que o aspecto subjetivo possa ser útil para a compreensão de determinada conduta, esse tipo de evidência de intenção não é decisivo para a análise antitruste estadunidense.

As evidências *objetivas* de intenção, por outro lado, ocupam um importante patamar no instituto da monopolização, especialmente no contexto dos casos que mais interessam ao presente estudo: a recusa de contratar e a compressão de preços.

5.2.2 A recusa de venda e o “no economic sense test”

As evidências objetivas da intenção de monopolizar são cruciais para a compreensão da teoria da *recusa de contratar* estabelecida pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Isso é visível já em um dos precedentes mais antigos (e ainda citados²⁵⁰) para

²⁵⁰ Cf., por exemplo, a referência a *Colgate* no caso *Trinko* (UNITED STATES OF AMERICA, 2004, p. III).

conformar a teoria de obrigação concorrencial de contratar: *United States v. Colgate & Co.* (1919). A Suprema Corte afirmou que, haja vista ser o propósito do *Sherman Act*, justamente, a garantia da liberdade de comércio, a recusa de contratação é, via de regra, um direito dos agentes econômicos. A exceção ocorre quando a recusa é adotada em razão de *intenção de monopolizar*:

O propósito do Sherman Act é proibir monopólios, contratos e combinações que provavelmente iriam interferir indevidamente no livre exercício de direitos por aqueles envolvidos, ou que desejam se envolver, na indústria e comércio – em uma palavra, para preservar o direito à liberdade de comércio. **Na ausência de qualquer propósito de criar ou manter um monopólio, a lei não restringe o direito há muito reconhecido de o comerciante ou fabricante se engajar em um negócio inteiramente privado livremente para exercer sua própria discricão independente com relação às partes com quem irá negociar, e, por óbvio, ele pode anunciar com antecedência as circunstâncias sob as quais irá recusar vender.**²⁵¹ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 1919, p. 250 U.S. 307, tradução livre, sem grifos no original).

Essa ideia é retomada em 1985, na decisão da Suprema Corte para o caso *Aspen Skiing Co v. Aspen Highlands Skiing Corp.* (doravante referido por “*Aspen*”). Em linhas gerais, o caso trata da recusa, pela empresa *Aspen Skiing Co.*, de continuação em uma joint venture voluntariamente estabelecida com a empresa *Aspen Highlands Skiing Corporation*.

A Suprema Corte determinou que era possível que um júri definisse que a recusa de contratação era anticompetitiva, uma vez que a empresa não apresentou qualquer justificativa de eficiência para sua conduta – o que poderia revelar que “não foi motivada por questões de eficiência e que estava disposta a sacrificar benefícios em curto-prazo e preferências dos consumidores em troca de um impacto estimado em longo prazo sob seu rival menor” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 1985, p. 472 U.S. 611, tradução livre).

Merece destaque o fato de que a Suprema Corte considerou relevante, para o caso, o fato de que a empresa havia estabelecido um curso prévio de contratações voluntárias com o rival (a empresa dissolveu uma *joint venture* preexistente). É dessa mudança injustificada de padrão de comportamento que se depreende a intenção anticompetitiva.

A questão da intenção é relevante para a ofensa de monopolização ao determinar se a conduta questionada é razoavelmente caracterizada como ‘exclusionária’.

²⁵¹ No original: “The purpose of the Sherman Act is to prohibit monopolies, contracts, and combinations which probably would unduly interfere with the free exercise of their rights by those engaged, or who wish to engage, in trade and commerce – in a word, to preserve the right of freedom to trade. In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal, and, of course, he may announce in advance the circumstances under which he will refuse to sell”.

‘anticompetitiva’ ou ‘predatória’. Neste caso, o monopolista não simplesmente rejeitou uma nova oferta de participar em uma empreitada cooperativa que teria sido proposta por um concorrente, mas, ao invés disso, escolheu fazer uma importante mudança no padrão de distribuição de bilhetes *all-Aspen* que se originaram em um mercado competitivo e persistiram por vários anos.²⁵² (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 1985, p. 472 U.S. 586, tradução livre).

A esse propósito, entende-se que “Aspen ressuscitou o papel da intenção, pelo menos em casos de recusa de venda” (LAO, 2005, p. 172, tradução livre).

Note-se que, em *Aspen*, a intenção de monopolizar não é derivada de qualquer análise dos aspectos subjetivos do agente, mas pela ausência de justificativa econômica para sua conduta, objetivamente analisada (CASS; HYLTON, 2000, p. 23).

Esse raciocínio constituiu a base para a decisão da Suprema Corte para o caso *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko* (2004, doravante referido por *Trinko*). No caso, a empresa *Verizon* foi acusada de oferecer serviços de interconexão de forma inadequada a seus rivais, com assistência insuficiente, a despeito de sua obrigação regulatória de fazê-lo. A Suprema Corte estabeleceu que as situações em que se reconhece um dever de contratar são de estrita excepcionalidade:

Empresas podem adquirir poder de monopólio ao estabelecerem uma infraestrutura que as torne singularmente adequadas para servir seus clientes. Obrigar tais firmas a dividir a fonte de sua vantagem está em certa tensão com o propósito subjacente à lei antitruste, uma vez que pode reduzir os incentivos para o monopolista, o rival, ou ambos para investir nessas infraestruturas economicamente benéficas. Compartilhamento obrigatório também requer que as cortes antitruste ajam como planejadores centrais, identificando o preço, quantidade e outros termos de negociação adequados – um papel para o qual elas são mal adequadas. Ademais, obrigar a negociação entre concorrentes pode facilitar o mal supremo do antitruste: colusão.²⁵³ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. III, tradução livre).

Revisitando *Aspen* – que considerou estar “na fronteira externa da responsabilidade sob o §2 [do Sherman Act], ou próximo dela” – a Suprema Corte estabeleceu que o caso impõe “*exceção limitada*” ao pleno direito de recusa de venda justamente porque, em *Aspen*,

²⁵² No original: “The question of intent is relevant to the offense of monopolization in determining whether the challenged conduct is fairly characterized as ‘exclusionary,’ ‘anticompetitive,’ or ‘predatory.’ In this case, the monopolist did not merely reject a novel offer to participate in a cooperative venture that had been proposed by a competitor, but instead elected to make an important change in a pattern of distribution of all-Aspen tickets that had originated in a competitive market and had persisted for several years”.

²⁵³ No original: “Firms may acquire monopoly power by establishing an infrastructure that renders them uniquely suited to serve their customers. Compelling such firms to share the source of their advantage is in some tension with the underlying purpose of antitrust law, since it may lessen the incentive for the monopolist, the rival, or both to invest in those economically beneficial facilities. Enforced sharing also requires antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity, and other terms of dealing — a role for which they are ill-suited. Moreover, compelling negotiation between competitors may facilitate the supreme evil of antitrust: collusion”.

comprovou-se o “encerramento unilateral de um voluntário (e, portanto, presumivelmente lucrativo) curso de contratações”, o que “sugeriu uma intenção de sacrificar lucros em curto-prazo para alcançar uma finalidade anticompetitiva”²⁵⁴. Outra ação da ré em *Aspen* que teria revelado uma “inclinação distintamente anticompetitiva” foi a recusa da ré “em renovar os bilhetes mesmo se compensadas sob o preço de varejo”²⁵⁵ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. III, tradução livre).

Por essa razão, o fato de que a ré Verizon estava sob uma *obrigação regulatória* de contratar é decisivo na elisão de uma obrigação antitruste no mesmo sentido. Como não havia contrato *voluntário* anterior, cuja terminação ou “mudança de padrão de comportamento” poderia ser útil para revelar intenção anticompetitiva, é impossível apurar se sua conduta não foi motivada por razões empresariais legítimas.

A denúncia não alega que Verizon voluntariamente se envolveu em um curso de negociações com seus rivais, ou teria jamais feito isso ausente obrigação regulatória. Aqui, então, a conduta prévia do réu não esclarece a motivação de sua recusa de negociação – sobre se seus lapsos regulatórios foram inspirados não por zelo competitivo mas por malícia anticompetitiva.²⁵⁶ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. III, tradução livre).

Ausente obrigação antitruste de contratar, não seria possível estipular uma obrigação adicional de fazê-lo de forma “adequada” ou com assistência “suficiente”: “[a] alegada insuficiência de assistência da Verizon no fornecimento do serviço aos rivais não é uma pretensão antitruste reconhecida sob os precedentes existentes de recusa de venda dessa Corte”²⁵⁷ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. III, tradução livre).

Sem que se identifique, portanto, *intenção de monopolizar*, a decisão reiterou que a obtenção de lucros de monopólio é perfeitamente lícita e sua possibilidade cumpre a *função*

²⁵⁴ No original: “Aspen Skiing is at or near the outer boundary of §2 liability. The Court there found significance in the defendant’s decision to cease participation in a cooperative venture. See *id.*, at 608, 610–611. The unilateral termination of a voluntary (and thus presumably profitable) course of dealing suggested a willingness to forsake shortterm profits to achieve an anticompetitive end. *Ibid.* Similarly, the defendant’s unwillingness to renew the ticket even if compensated at retail price revealed a distinctly anticompetitive bent”.

²⁵⁵ No original: “The unilateral termination of a voluntary (and thus presumably profitable) course of dealing suggested a willingness to forsake short-term profits to achieve an anticompetitive end. [...] Similarly, the defendant’s unwillingness to renew the ticket even if compensated at retail price revealed a distinctly anticompetitive bent”.

²⁵⁶ No original: “The complaint does not allege that Verizon voluntarily engaged in a course of dealing with its rivals, or would ever have done so absent statutory compulsion. Here, therefore, the defendant’s prior conduct sheds no light upon the motivation of its refusal to deal upon whether its regulatory lapses were prompted not by competitive zeal but by anticompetitive malice”.

²⁵⁷ No original: “Verizon’s alleged insufficient assistance in the provision of service to rivals is not a recognized antitrust claim under this Court’s existing refusal-to-deal precedents”.

social de estimular o investimento, o empreendedorismo e a assunção de riscos²⁵⁸.

Mais uma vez, então, a Suprema Corte estabeleceu a relevância do requisito da *intenção de monopolizar*, em sua dimensão *objetiva* (o propósito anticompetitivo decorre da análise da conduta da empresa ré). Essa conclusão é compatível com a conclusão de Werden (2005), que denomina o teste estabelecido em *Trinko* como “*no economic sense test*” (que pode ser traduzido por “teste da ausência de racionalidade econômica”). O autor, quando estipula que o teste não é focado na identificação da *intenção de monopolizar*, claramente refere-se à intenção *subjetiva*:

O referido acima não sugere que o teste da ausência de racionalidade econômica é baseado em intenção. Ao aplicar o teste, o que importa são as considerações econômicas objetivas para uma pessoa razoável, e não o estado mental de nenhum tomador de decisões em particular. Uma conduta não deve ser condenada porque o tomador de decisões não se focou claramente em, ou mesmo não estava ciente de, razões econômicas sólidas para a conduta. E uma conduta exclusionária deve ser condenada mesmo se a racionalidade do tomador de decisão para adotar a conduta não era a maximização de lucros. Queimar a fábrica de um rival é conduta exclusionária mesmo se o réu é um piromaniaco e nunca considerou os benefícios econômicos da conduta.²⁵⁹ (WERDEN, 2005, p. 304, tradução livre).

A justificativa para adoção desse critério está intimamente ligada à teoria dos custos dos erros, mencionada anteriormente. Na decisão para *Trinko*, observou a Suprema Corte (citando o caso *Matsushita* de 1986) que

inferências errôneas e as falsas condenações resultantes ‘são especialmente custosas, porque elas desencorajam a própria conduta que as leis antitruste são formuladas para proteger’ [...]. O custo de falsos positivos aconselha contra uma expansão indevida da responsabilidade sob o §2 [do Sherman Act].²⁶⁰ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. III, tradução livre).

²⁵⁸ “A mera detenção de poder de monopólio, e a cobrança concomitante de preços de monopólio, não apenas não é ilícita; é um importante elemento do sistema de livre-mercado. A oportunidade de cobrar preços de monopólio – pelo menos por um curto período – é o que atrai ‘perspicácia empresarial’ em primeiro lugar: ela induz a assunção de riscos que produz inovação e crescimento econômico. Para proteger o incentivo de inovar, a detenção de poder de monopólio não será ilícita a menos que seja acompanhada por um elemento de conduta anticompetitiva” (UNITED STATES OF AMERICA, 2004, p. III, tradução livre).

²⁵⁹ No original: “The foregoing does not imply that the ‘no economic sense’ test is based on intent. In applying the test, what matters are the objective economic considerations for a reasonable person, and not the state of mind of any particular decisionmaker. Conduct should not be condemned because the decisionmaker did not clearly focus on, or even was unaware of, sound economic reasons for the conduct. And exclusionary conduct should be condemned even if the decisionmaker’s rationale for undertaking the conduct was not profit maximization. Burning down a rival’s factory is exclusionary conduct even if the defendant is a pyromaniac and never considered the economic benefits of the conduct”.

²⁶⁰ No original: “Mistaken inferences and the resulting false condemnations ‘are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect.’ *Matsushita Elec. Industrial Co. v. Zenith Radio Corp.*, 475 U. S. 574, 594 (1986). The cost of false positives counsels against an undue expansion of §2 liability”.

A Suprema Corte observou que isso se deve à dificuldade, no caso das condutas exclusionárias, de distinguir ações pró-competitivas de práticas danosas. Por essa razão, a prova da ausência de quaisquer justificativas empresariais legítimas elimina a dúvida de que determinada ação poderia ter sido adotada com finalidades pró-competitivas²⁶¹.

A intenção, portanto, torna-se um elemento relevante não por si, mas pelo entendimento de que a finalidade do antitruste é o bem-estar do consumidor (*total welfare*), que relativiza a exclusão de concorrentes em função do aumento do produto total²⁶².

Nesse contexto, o dano ao bem-estar do consumidor só é inferido daquelas ações que, além de possuírem o potencial exclusionário²⁶³, foram praticadas sem visar a nenhum objetivo econômico de eficiência, ou seja, não possuem nenhuma racionalidade econômica senão a exclusão do concorrente (WERDEN, 2005, p. 302).

Outro aspecto interessante do julgamento em *Trinko* refere-se à teoria das *infraestruturas essenciais* (“essential facilities”) – originária da jurisprudência estadunidense e que, no âmbito das cortes inferiores dos EUA, vinha sendo estruturada em termos mais objetivos²⁶⁴.

Nas cortes inferiores, a teoria das *essential facilities* está relacionada à identificação de uma infraestrutura essencial por um monopolista, inviabilidade de duplicação pelo concorrente, negação de acesso e viabilidade de seu fornecimento a concorrentes (HOVENKAMP, 2011, p. 337).

A Suprema Corte afirmou que nunca reconheceu tal teoria e, no caso, não haveria necessidade de confirmá-la ou repudiá-la, afirmando simplesmente que ela não faria diferença

²⁶¹ Nesse sentido, comentando a decisão em *Trinko*, observa Werden: “Because distinguishing exclusionary from procompetitive conduct is difficult and error prone, it would chill conduct from which consumers benefit greatly to impose on defendants a burden to defend most aggressive marketplace conduct and refusals to assist rivals. Rather, a significant burden must be placed on plaintiffs to establish that single firm conduct is, in fact, exclusionary. **The ‘no economic sense’ test properly imposes such a burden by requiring the demonstration that the challenged conduct would not be rational for the defendant absent a tendency to eliminate competition**” (WERDEN, 2005, p. 298, sem grifos no original).

²⁶² Observa Hovenkamp: “Cortes frequentemente descrevem a conduta como ‘exclusionária’, mas o termo diz muito pouco. Ele pode se referir tanto a conduta anticompetitiva e conduta que é pró-competitiva, como cobrar um preço baixo mas lucrativo, que exclui rivais que tem maiores custos, ou inovar uma variação mais desejável, que exclui aqueles que não podem equiparar-se à habilidade do inovador. [...] Se o antitruste pretende promover, ao invés de retardar, um objetivo de bem-estar do consumidor, o conceito de conduta monopolística deve ser restringido de modo a referir-se a conduta que é razoavelmente calculada para reduzir a concorrência no mercado sem benefícios sociais compensatórios significativos” (HOVENKAMP, 2000, p. 1, tradução livre).

²⁶³ Como visto, a intenção não é requisito único: “Embora um réu possa racionalmente esperar que sua conduta exclua, e possa adotar a conduta por nenhuma razão senão a exclusão, a conduta pode falhar em excluir” (WERDEN, 2005, p. 307, tradução livre).

²⁶⁴ Nas cortes inferiores, a teoria das *essential facilities* está relacionada à identificação de uma infraestrutura essencial por um monopolista, inviabilidade de duplicação pelo concorrente, negação de acesso e viabilidade de seu fornecimento a concorrentes (HOVENKAMP, 2011, p. 337).

para a solução obtida no caso²⁶⁵.

Ainda assim, os parâmetros estabelecidos em *Trinko* acarretam grandes limitações a qualquer aplicação futura da teoria das infraestruturas essenciais. Dentre outros, após *Trinko* deve-se passar a exigir que “a venda aos rivais seja ‘racional’ no sentido de que é pelo menos tão lucrativa ao réu quanto vendas alternativas”²⁶⁶ (HOVENKAMP, 2011, p. 337, tradução livre), fórmula que também representa uma análise objetiva de intencionalidade.

É com base nos desenvolvimentos de *Trinko* que se compreende a jurisprudência recente sobre a compressão de preços, consolidada no caso *linkLine*.

5.2.3 A compressão de preços como “recusa presumida de contratar”

Um dos primeiros casos paradigmáticos envolvendo a compressão de preços é o célebre caso *Alcoa (United States v. Aluminum Co. of America – 1945)*, decidido pelo Segundo Circuito de Cortes de Apelações dos Estados Unidos. O Juiz Learned Hand, em seu voto para o caso, verificou a legalidade da precificação da Alcoa para os lingotes de alumínio (insumo no atacado, para o qual Alcoa era a monopolista) e as folhas de alumínio (produto final no varejo, vendido em concorrência com outros prensadores de folhas), concluindo: “[...] foi ilícito fixar o preço da ‘folha’ tão baixo e o preço do lingote tão alto parece-nos inquestionável, desde que, como estabelecemos, que nesses autos o preço do lingote deve ser considerado maior que um ‘preço justo’”²⁶⁷ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 1945, p. 148 F2d 438, tradução livre).

Hand analisou os preços da própria Alcoa, e não de seus concorrentes no mercado a jusante (prensadores de folhas), para verificar se a empresa

²⁶⁵ No original: “This conclusion would be unchanged even if we considered to be established law the ‘essential facilities’ doctrine crafted by some lower courts, under which the Court of Appeals concluded respondent’s allegations might state a claim. We have never recognized such a doctrine, [...] and we find no need either to recognize it or to repudiate it here” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. III).

²⁶⁶ No original: “[...] while the Supreme Court’s *Trinko* decision, discussed in §7.5, refused ‘either to recognize ... or to repudiate’ the essential facilities doctrine, it placed severe limitations on future essential facility claims. The court generally limited essential facility claims to situations where (a) the claimed facility is essential in the sense that rivals are unable to supply it for themselves, (b) where the facility being claimed is something that the defendant owns fully developed and is actually selling to others, (c) where the sale to rivals would be ‘rational’ in the sense that it is at least as profitable to the defendant as alternative sales, and (d) here there is no regulatory agency actively supervising a compulsory sharing requirement. Not many essential facility claims will survive these sever requirements” (HOVENKAMP, 2011, p. 337)

²⁶⁷ No original: “The plaintiff’s theory is that ‘Alcoa’ consistently sold ingot at so high a price that the ‘sheet rollers,’ who were forced to buy from it, could not pay the expenses of ‘rolling’ the ‘sheet’ and make a living profit out of the price at which ‘Alcoa’ itself sold ‘sheet.’ [...] That it was unlawful to set the price of ‘sheet’ so low and hold the price of ingot so high, seems to us unquestionable, provided, as we have held, that on this record the price of ingot must be regarded as higher than a ‘fair price’ ”.

vendeu de forma consistente lingote a um preço tão alto que os ‘prensadores de folhas’, que eram obrigados a comprar dela, não poderiam pagar pelas despesas de ‘prensar’ a ‘folha’ e obter um lucro sustentável através do preço sob o qual a própria ‘Alcoa’ vendia a ‘folha’.²⁶⁸ (UNITED STATES OF AMERICA. Second Circuit of the United States Courts of Appeal, 1945, p. 148 F2d 437, tradução livre).

As condições do “Teste Alcoa” seriam, então que “(i) a empresa verticalmente integrada possui poder de monopólio do mercado a montante; (ii) o preço a montante é maior do que um ‘preço justo’; e (iii) o preço a jusante é tão baixo que seus concorrentes não podem cobrir o preço e ainda obter um ‘lucro sustentável’”²⁶⁹ (FAELLA; PARDOLESI, 2010, p. 259, tradução livre).

A decisão para Alcoa foi intensamente criticada pela Escola de Chicago, especialmente pelo fato de o voto de Learned Hand ser baseado em uma ideia de que o objetivo da lei antitruste dos Estados Unidos é alcançar uma organização de “pequenas unidades que possam efetivamente concorrer umas com as outras” (UNITED STATES OF AMERICA. Second Circuit of the United States Courts of Appeal, 1945, p. 148 F2d 429, tradução livre). Tal declaração de objetivos é considerada incompatível com o entendimento hegemônico, firmado após a ascensão da Escola de Chicago, de que a finalidade da legislação antitruste é o bem-estar do consumidor (SIDAK, 2007, p. 283).

Após décadas de decisões conflitantes nas cortes inferiores²⁷⁰, a questão da compressão de preços foi finalmente considerada pela Suprema Corte dos Estados Unidos em 2009, na decisão para o caso *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.* (doravante referido por “*linkLine*”). A empresa ré do caso, AT&T, controlava a maior parte da infraestrutura de transmissão de “última milha”²⁷¹ do DSL e tinha obrigação de fornecer, no atacado, o serviço para que provedores de internet oferecessem seus produtos aos consumidores finais (a obrigação era inicialmente regulatória, depois mantida como condição para aprovação de uma fusão envolvendo a AT&T). Ao mesmo tempo, a empresa concorria com tais provedores fornecendo também o serviço de internet através do DSL (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. I).

²⁶⁸ No original: “The plaintiff’s theory is that ‘Alcoa’ consistently sold ingot at so high a price that the ‘sheet rollers,’ who were forced to buy from it, could not pay the expenses of ‘rolling’ the ‘sheet’ and make a living profit out of the price at which ‘Alcoa’ itself sold ‘sheet.’ To establish this the plaintiff asks us to take ‘Alcoa’s’ costs of ‘rolling’ as a fair measure of its competitors’ costs, and to assume that they had to meet ‘Alcoa’s’ price for all grades of ‘sheet,’ and could not buy ingot elsewhere”.

²⁶⁹ No original: “Judge Learned Hand stated that a price squeeze infringes section 2 of the Sherman Act when: (i) the vertically integrated firm holds a monopoly power in the upstream market; (ii) the upstream price is higher than a ‘fair price’; and (iii) the downstream price is so low that its competitors cannot match the price and still make a ‘living profit’”.

²⁷⁰ Cf. Sidak (2007) para uma análise da divergência jurisprudencial que levou a questão à Suprema Corte.

²⁷¹ Segundo a Corte, essa “última milha” seria a estrutura que conecta as residências à linha de telefone.

A alegação da compressão de preços pelos reclamantes era a de que a AT&T, simultaneamente, elevou seus preços de atacado (acesso ao DSL) e reduziu seus preços no varejo, comprimindo a margem de lucro de seus concorrentes (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. I).

Os preços de atacado e varejo foram individualmente analisados pela Corte. Quanto aos preços de varejo serem baixos demais, a Suprema Corte estabeleceu que deveriam ser atendidos os critérios para caracterização dos preços predatórios, conforme sua jurisprudência – estabeleceu-se, no caso *Brooke Group*, que os preços devem ser fixados abaixo de uma medida adequada dos custos da empresa, e deve haver uma perigosa probabilidade de recuperação dos prejuízos após a predação.

[...] não há alegação de que a conduta de AT&T atendeu a qualquer dos requerimentos de *Brooke Group*. Reconhecer uma pretensão de compressão de preços onde o preço de varejo do réu permanece acima do custo iria atrair precisamente o dano que tentamos evitar em *Brooke Group*: empresas podem elevar seus preços de varejo ou abster-se de concorrência de preços agressiva para evitar potencial responsabilidade antitruste.²⁷² (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III, tradução livre).

Quanto aos preços de atacado serem altos demais, a Suprema Corte – citando os precedentes *Colgate*, *Aspen* e *Trinko* – observou que a AT&T não possuía uma obrigação *antitruste* de contratar (i.e., que poderia ser derivada da interrupção injustificada de um curso prévio de contratações voluntárias), tão-somente sendo compelida ao contrato por questões regulatórias. Assim sendo, ausente obrigação antitruste de contratar, não há obrigação de contratar sob um preço vantajoso para os concorrentes.

Trinko então deixa claro que se uma empresa não tem obrigação antitruste de contratar com seus concorrentes no atacado, ela certamente não tem dever de contratar sob termos e condições que seus rivais achem comercialmente vantajosos.²⁷³ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III, tradução livre).

A Corte também cita *Trinko* para observar que a excessividade de preços não é, por si, um ilícito antitruste: “um monopolista a montante sem dever de contratar é livre para cobrar

²⁷² No original: “In the complaint at issue in this interlocutory appeal, App. 10–24, there is no allegation that AT&T’s conduct met either of the *Brooke Group* requirements. Recognizing a price-squeeze claim where the defendant’s retail price remains above cost would invite the precise harm we sought to avoid in *Brooke Group*: Firms might raise their retail prices or refrain from aggressive price competition to avoid potential antitrust liability”.

²⁷³ No original: “*Trinko* thus makes clear that if a firm has no antitrust duty to deal with its competitors at wholesale, it certainly has no duty to deal under terms and conditions that the rivals find commercially advantageous”.

qualquer preço de atacado que quiser; a lei antitruste não proíbe monopólios lícitamente obtidos de cobrar preços de monopólio”²⁷⁴ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III, tradução livre).

Por essas razões, a Suprema Corte rejeitou o conceito da compressão de preços como uma violação autônoma sob o Sherman Act – por autônoma, entenda-se, derivada da interação entre um preço de atacado, ausente obrigação antitruste de contratar, e de um preço de varejo não-predatório.

A alegação de compressão de preços dos reclamantes, focando na relação entre preços de varejo e atacado, é, então, nada mais que uma amálgama de uma alegação sem mérito no nível do varejo e uma alegação sem mérito no nível do atacado.²⁷⁵ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III, tradução livre, sem grifos no original).

Mesmo, contudo, com relação às (limitadas) hipóteses em que se reconhece estar presente um dever antitruste de contratar – situação não expressamente coberta pela decisão em *linkLine* – discute-se a viabilidade de uma alegação de compressão de preços.

Ocorre que, embora a Corte não tenha explicitamente rejeitado o precedente *Alcoa*²⁷⁶, sua análise da relação entre antitruste e regulação tece críticas à viabilidade de qualquer alegação de compressão de preços.

A Corte observou genericamente, quanto ao *price squeeze*, que “questões institucionais aconselham contrariamente ao reconhecimento desse tipo de pretensão” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III-C, tradução livre). Por “questões institucionais”, a Corte refere-se ao entendimento de que as cortes antitruste não devem atuar como “*planificadores centrais*”, impondo remédios que não conseguiriam monitorar adequadamente.

É suficientemente difícil para cortes identificar e remediar uma suposta prática anticompetitiva em um nível, como preço predatório em mercados de varejo ou uma violação da teoria da recusa de venda no nível de atacado. [...]. **Reconhecer pretensões de compressão de preços iria requerer às Cortes simultaneamente policiarem tanto os preços de varejo e atacado para garantir que empresas rivais não estão sendo comprimidas. E as cortes estariam mirando em um alvo**

²⁷⁴ No original: “An upstream monopolist with no duty to deal is free to charge whatever wholesale price it would like; antitrust law does not forbid lawfully obtained monopolies from charging monopoly prices”.

²⁷⁵ No original: “Plaintiffs’ price-squeeze claim, looking to the relation between retail and wholesale prices, is thus nothing more than an amalgamation of a meritless claim at the retail level and a meritless claim at the wholesale level”.

²⁷⁶ A Corte, no entanto, estabeleceu que “Tendo em vista desenvolvimentos na teoria econômica e jurisprudência antitruste desde *Alcoa*, acreditamos que nossas decisões recentes em *Trinko* e *Brooke Group* são mais pertinentes à questão diante de nós” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III, tradução livre).

em movimento, uma vez que é a interação entre esses dois preços que pode resultar em uma compressão.²⁷⁷ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009b, p. III-C, tradução livre, sem grifos no original).

Outro problema levantado é o de que não haveria um “porto seguro” de certeza jurídica para as empresas dominantes – o que é afirmado em comparação com o “porto seguro” existente no caso do preço predatório para qualquer precificação acima dos custos. Em referência a *Alcoa*, a Corte observa que, se aplicado o conceito de que deve haver uma *margem justa ou adequada* entre preços de atacado e varejo, ou um *lucro sustentável* para os concorrentes, a apuração desses conceitos na prática seria impossível para um juiz ou júri. A Corte cita, nesse ponto, o voto do Juiz Breyer no precedente *Town of Concord* do Primeiro Circuito de Cortes de Apelação (1990), que observa:

Como irá um juiz ou júri determinar um ‘preço justo’? Seria o preço cobrado por outros fornecedores do produto primário? Nenhum existe. Seria o preço que a competitividade ‘teria estabelecido’ caso o nível primário não fosse monopolizado? Como pode a corte determinar esse preço sem examinar custos e demanda, de fato sem atuar como uma agência reguladora fixadora de preços, cujos procedimentos de fixação de tarifas frequentemente duram por vários anos? Ademais, como irá a corte decidir o tamanho adequado do ‘intervalo’ de preços? Deverá ele ser grande o suficiente para que todas as empresas independentes obtenham um ‘lucro sustentável’, não importando o quão ineficiente elas possam ser? ... E como deve a corte responder quando custos e demanda variem ao longo do tempo, como inevitavelmente irão?²⁷⁸ (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, 1990, parag. 29, tradução livre, *apud* UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III-C).

A despeito dessas críticas, a decisão para *linkLine*, embora não reconheça o *price squeeze* como conduta autônoma, como visto acima, estabeleceu em diversos pontos que a precificação de atacado pode constituir uma violação do dever antitruste de contratar (recusa

²⁷⁷ No original: “It is difficult enough for courts to identify and remedy an alleged anticompetitive practice at one level, such as predatory pricing in retail markets or a violation of the duty-to-deal doctrine at the wholesale level. [...] Recognizing price-squeeze claims would require courts simultaneously to police both the wholesale and retail prices to ensure that rival firms are not being squeezed. And courts would be aiming at a moving target, since it is the interaction between these two prices that may result in a squeeze”.

²⁷⁸ No original: “The most commonly articulated standard for price squeezes is that the defendant must leave its rivals a ‘fair’ or ‘adequate’ margin between the wholesale price and the retail price. See *Town of Concord*, supra, at 23–25; *Alcoa*, 148 F. 2d 416, 437–438 (CA2 1945). One of our colleagues has highlighted the flaws of this test in Socratic fashion: ‘[H]ow is a judge or jury to determine a ‘fair price’? Is it the price charged by other suppliers of the primary product? None exist. Is it the price that competition ‘would have set’ were the primary level not monopolized? How can the court determine this price without examining costs and demands, indeed without acting like a rate-setting regulatory agency, the rate-setting proceedings of which often last for several years? Further, how is the court to decide the proper size of the price ‘gap?’ Must it be large enough for all independent competing firms to make a ‘living profit,’ no matter how inefficient they may be? ... And how should the court respond when costs or demands change over time, as they inevitably will?’ *Town of Concord*, supra, at 25”.

presumida de contratar)²⁷⁹.

5.3 A compressão de margens na União Europeia

5.3.1 *A Compressão de margens à luz do instituto do abuso de posição dominante e das finalidades do direito concorrencial europeu*

Na Comunidade Europeia, o tratamento jurídico da compressão de margens decorre da proibição ao abuso de posição dominante por meio da imposição de “preços não equitativos”, conforme estabelecido pelo Artigo 102 (a) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFEU)²⁸⁰.

Art. 102.º - É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas; (UNIÃO EUROPEIA, 2010, p. 89).

O conceito de “posição dominante” refere-se, como estabelecido pela Corte Europeia de Justiça (CEJ) no paradigmático caso *United Brands*, a “uma posição de poder económico detida por uma empresa que lhe permite afastar a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa e lhe possibilita comportar-se, em medida apreciável, de modo independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 1978, § 65). Essa independência de comportamento diz respeito, especialmente, à capacidade de influenciar fatores de mercado como preços, quantidade, etc., em decorrência de reduzida pressão concorrencial por tempo considerável, bem como do potencial de impedir a concorrência efetiva (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 10).

Isso não significa que a posição dominante ocorra somente em situações de monopólio ou quase-monopólio. Em *AKZO* (1991), estabeleceu a Corte Europeia uma presunção de posição dominante quando a participação de mercado supera 50%, ao passo que a Comissão

²⁷⁹ Cf. Faella e Pardolesi (2010, p. 264). Sidak (2007, p. 299), contudo, discorda que seja possível expandir a teoria da obrigação concorrencial de contratar de Aspen para estabelecer um dever adicional de garantia de margem mínima para concorrentes no varejo.

²⁸⁰ Algumas decisões prévias ao Tratado de Lisboa referem-se a essa disposição por “Artigo 82”, sua numeração antiga.

Europeia estabelece ser “pouco provável” a existência de posição dominante em participações de mercado inferiores a 40% (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 14).

A participação de mercado, contudo, não é elemento necessário ou suficiente para a apuração da posição dominante, uma vez que, conforme estabelece a Comissão Europeia, também serão analisados rivalidade, entrada, poder de barganha dos adquirentes, diferenciação dos produtos, importações e outros (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, §§ 12-18).

Muito embora a mera detenção de posição dominante não constitua um ilícito por si só, o art. 102 do Tratado de Funcionamento da União Europeia, referido acima, estabelece rol exemplificativo das condições de seu *abuso*. A CEJ estabelece, de modo geral, que as empresas dominantes possuem uma “responsabilidade especial de não permitir que sua conduta prejudique a concorrência genuína e não distorcida no mercado comum”²⁸¹ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 1983, § 57, tradução livre).

Como observado no capítulo anterior, a apreciação das condutas unilaterais é decisivamente moldada pelo consenso político acerca das finalidades do direito concorrencial em determinada jurisdição.

Diferentemente dos Estados Unidos da América – em que o *bem-estar total* hegemoniza o entendimento acerca da finalidade do antitruste – os objetivos da defesa da concorrência europeia são definidos de forma distinta.

A concorrência, no sistema europeu, considerada sob uma perspectiva *ontológica*, como uma *instituição* – o que não mudou significativamente na jurisprudência da CEJ mesmo após a adoção da “abordagem mais econômica” (“*more economic approach*”) pela Comissão Europeia (DREXL, 2015, p. 279) – é efetivada através da igualdade de oportunidades e da proteção da liberdade de concorrência sem distorções.

O bem-estar do consumidor, neste contexto, é um efeito *indireto* da defesa da concorrência, não o critério último de julgamento das condutas econômicas. A Corte Europeia de Justiça, no caso GlaxoSmithKline (2009), observou quanto à interpretação do artigo 81 (atual art. 101, que inaugura as disposições concorrenciais do TFEU):

[...] deve-se ter em mente que a Corte já estabeleceu que, como as outras regras de concorrência estabelecidas no Tratado, o Artigo 81 EC visa à proteção não apenas dos interesses dos concorrentes ou dos consumidores, mas também a estrutura do

²⁸¹ No original: “It is not possible to uphold the objections made against those arguments by Michelin NV, supported on this point by the French Government, that Michelin NV is thus penalized for the quality of its products and services. A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market”.

mercado e, ao fazê-lo, concorrência como tal. Consequentemente, para uma conclusão de que um acordo tem objeto anticoncorrencial, **não é necessário que consumidores finais sejam privados das vantagens da concorrência efetiva em termos de oferta ou preço [...]**.²⁸² (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2009, § 63, tradução livre, sem grifos no original??).

A rejeição de um critério de bem-estar total como finalidade última do antitruste – em prol da ideia da proteção da estrutura da concorrência e da igualdade de oportunidades – acarreta, então, indiretamente, também a proteção do direito dos rivais da empresa dominante à liberdade de concorrência. Isso não implica, contudo, a proteção de empresas ineficientes através de uma análise formalista do abuso de posição dominante.

A análise da posição dominante comporta a possibilidade de justificativas objetivas para a conduta, argumentos de eficiência e – como se verá a seguir – os testes do “concorrente igualmente eficiente” e do “concorrente razoavelmente eficiente” também levam essas questões em consideração.

Essa aferição de impacto econômico das condutas, no entanto, não leva em consideração apenas efeitos diretos no bem-estar dos consumidores, em curto prazo, mas também suas repercussões na estrutura da concorrência e no bem-estar dos consumidores, em longo prazo.

No contexto do abuso de posição dominante, reafirmou a CEJ no caso *Post Danmark* (2012) que “é aparente na jurisprudência que o artigo 82 EC cobre não apenas aquelas práticas que diretamente causam dano aos consumidores, mas também práticas que causam dano aos consumidores através de seu impacto na concorrência” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2012, § 20, tradução livre).

Isso se traduz, por exemplo, quando a empresa dominante adota práticas de precificação que “têm um efeito exclusionário em concorrentes considerados tão eficientes quanto si e fortalecendo sua posição dominante através de métodos diferentes daqueles que são parte da concorrência pelo mérito”²⁸³ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2012, § 24, tradução livre).

²⁸² No original: “First of all, there is nothing in that provision to indicate that only those agreements which deprive consumers of certain advantages may have an anti-competitive object. Secondly, it must be borne in mind that the Court has held that, like other competition rules laid down in the Treaty, Article 81 EC aims to protect not only the interests of competitors or of consumers, but also the structure of the market and, in so doing, competition as such. Consequently, for a finding that an agreement has an anti-competitive object, it is not necessary that final consumers be deprived of the advantages of effective competition in terms of supply or price (see, by analogy, *T-Mobile Netherlands and Others*, cited above, paragraphs 38 and 39)”.

²⁸³ No original: “It is apparent from case-law that Article 82 EC covers not only those practices that directly cause harm to consumers but also practices that cause consumers harm through their impact on competition. [...] Thus, Article 82 EC prohibits a dominant undertaking from, among other things, adopting pricing practices that have an exclusionary effect on competitors considered to be as efficient as it is itself and strengthening its dominant position by using methods other than those that are part of competition on the merits.”

Com base na ideia da concorrência pelo mérito (“*competition on the merits*”), então, a CEJ reforça a ideia de que não é objetivo do art. 102 a manutenção de concorrentes menos eficientes no mercado, e reafirma a ideia de que é possível que a empresa dominante prove que sua conduta é “objetivamente necessária” ou que os efeitos prejudiciais (tanto na concorrência quanto no bem-estar do consumidor) são contrabalançados por eficiências, sempre que “a conduta é necessária para a obtenção desses ganhos em eficiência” e a conduta “não elimina a concorrência efetiva, ao remover todas ou a maioria das fontes existentes de concorrência atual ou potencial”²⁸⁴ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2012, § 42, tradução livre).

Persiste, portanto, a necessidade de verificação de efeitos econômicos, muito embora o embora o conteúdo dessa análise seja distinto do estadunidense²⁸⁵ (DREXL, 2015, p. 282).

Essas características do direito concorrencial europeu conformam um tratamento bastante distinto à conduta de compressão de margens, como se verá a seguir.

5.3.2 A jurisprudência europeia sobre a compressão de margens

Nos últimos anos, a Corte Europeia de Justiça proferiu decisões paradigmáticas em três casos de compressão de margens, todos envolvendo empresas dominantes em setores de telecomunicação recentemente privatizados²⁸⁶.

No caso *Deutsche Telekom AG v. European Commission* (2010, doravante referido por “*Deutsche Telekom*”) a CEJ confirmou a aplicação de uma multa de 12,6 milhões de euros

²⁸⁴ No original: “It is in no way the purpose of Article 82 EC to prevent an undertaking from acquiring, on its own merits, the dominant position on a market (see, inter alia, *TeliaSonera Sverige*, paragraph 24). Nor does that provision seek to ensure that competitors less efficient than the undertaking with the dominant position should remain on the market. [...] In particular, such an undertaking may demonstrate, for that purpose, either that its conduct is objectively necessary (see, to that effect, Case 311/84 CBEM [1985] ECR 3261, paragraph 27), or that the exclusionary effect produced may be counterbalanced, outweighed even, by advantages in terms of efficiency that also benefit consumers (Case C 95/04 P *British Airways v Commission* [2007] ECR I 2331, paragraph 86, and *TeliaSonera Sverige*, paragraph 76). In that last regard, it is for the dominant undertaking to show that the efficiency gains likely to result from the conduct under consideration counteract any likely negative effects on competition and consumer welfare in the affected markets, that those gains have been, or are likely to be, brought about as a result of that conduct, that such conduct is necessary for the achievement of those gains in efficiency and that it does not eliminate effective competition, by removing all or most existing sources of actual or potential competition”.

²⁸⁵ “Em suma, o que deve ser comprovado na UE para um abuso de posição dominante é um fechamento anticoncorrencial do mercado, mas não um efeito real em detrimento dos consumidores. Isso não está em conflito com uma análise baseada em efeitos promovida pela abordagem mais econômica. Ao se referir ao fechamento anticoncorrencial do mercado, a análise apoiada pelas Cortes Europeias (e, de fato, também na prática da Comissão) se apoia em um tipo diferente de efeitos do que o dano ao consumidor” (DREXL, 2015, p. 282, tradução livre).

²⁸⁶ Observa Gleeson (2013, p. 16) que a importância da conduta de compressão de margens para o direito concorrencial europeu aumentou consideravelmente a partir dos anos 2000, em sequência à liberalização de diversos setores (como as telecomunicações).

pela Comissão Europeia à *Deutsche Telekom*, empresa dominante (e anteriormente monopolista) no setor de telecomunicações alemão, em razão de sua política de precificação que estabelecia uma margem anticompetitiva entre o preço de atacado para acesso à rede local de assinantes (“*local loop*”) e o preço de varejo cobrado no varejo para usuários finais (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 2).

Em seguida, em decisão no âmbito de um reenvio prejudicial da Corte Distrital de Estocolmo para o caso *Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB* (2011, doravante referido por “*TeliaSonera*”), a CEJ respondeu de modo positivo à viabilidade da condenação da empresa *TeliaSonera*, também anteriormente monopolista no setor de telecomunicações sueco. A autoridade concorrencial sueca estabeleceu ser um abuso de posição dominante o fato de que

a margem entre os preços de produtos de ADSL direcionados a usuários de atacado e os preços dos serviços oferecidos a usuários finais não era suficiente para cobrir os custos que a própria *TeliaSonera* tinha de incorrer para distribuir esses serviços aos usuários finais em questão.²⁸⁷ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 8, tradução livre).

Em 2014, no caso *Telefónica SA and Telefónica de España SAU v European Commission* (doravante “*Telefónica*”), a CEJ manteve a multa recorde de 152 milhões de euros aplicada pela Comissão Europeia à Telefónica España, por imposição de “preços injustos na forma de uma compressão de margens entre os preços para acesso à banda larga no varejo no ‘mercado de massa’ espanhol e os preços no atacado dos mercados regional e nacional de acesso à banda larga”²⁸⁸ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2014, § 9, tradução livre).

Nessas decisões, a CEJ estabeleceu importantes parâmetros ao tratamento da prática da compressão de margens.

²⁸⁷ No original: “In the opinion of the Konkurrensverket, between April 2000 and January 2003 TeliaSonera abused its dominant position to the extent that it applied a pricing policy under which the spread between the sale prices of ADSL products intended for wholesale users and the sale prices of services offered to end users was not sufficient to cover the costs which TeliaSonera itself had to incur in order to distribute those services to the end users concerned”.

²⁸⁸ No original: “In the third place, the Commission examined whether Telefónica had abused its dominant position in the relevant markets (recitals 278 to 694 of the contested decision). In that regard, the Commission considered that Telefónica had infringed Article [102 TFEU] by imposing unfair prices on its competitors in the form of a margin squeeze between the prices for retail broadband access on the Spanish ‘mass market’ and the prices on the regional and national wholesale broadband access markets, throughout the period from September 2001 until December 2006 (recital 694 to the contested decision)”.

5.3.2.1 A autonomia da compressão de margens em face da teoria do preço predatório

No direito concorrencial europeu, a compressão de margens constitui uma infração autônoma. Isso quer dizer que o efeito exclusionário da prática é apurado a partir da *margem* entre os preços de atacado e varejo, sendo desnecessária a caracterização de ilicitude de qualquer um dos dois preços, por si só considerados.

A CEJ observou, no *Deutsche Telekom*, quanto à legalidade do preço de atacado (que, no caso, era regulado), que “não é o nível do dos preços de atacado para serviços de acesso à rede de assinantes local [...] ou o nível dos preços de varejo para serviços de acesso ao usuário final o que é contrário ao Artigo 82 EC, mas a margem entre eles”²⁸⁹ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 159, tradução livre). O mesmo entendimento foi reforçado em *TeliaSonera*, em que a CEJ dispensou a necessidade de aferição individual de caráter excessivo dos preços de insumos de ADSL, ou de caráter predatório dos preços de varejo de banda-larga para o consumidor final (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 34).

Essas decisões revelam um traço especialmente distinto entre as teorias europeia e estadunidense da compressão de margens, uma vez que a abordagem europeia não exige que os preços de varejo sejam predatórios para que o efeito exclusionário seja evidenciado.

A teoria dos preços predatórios refere-se à venda de produtos abaixo de alguma medida de custo, com potencial exclusionário. Não obstante suas diversas variações, essa teoria é geralmente baseada em uma concepção intertemporal, em que se distinguem duas fases. No primeiro momento, de *sacrifício*, a empresa incorre em prejuízos (fixando seus preços abaixo de algum limiar de seus custos, por exemplo) com o objetivo de forçar a saída ou desestimular a entrada de concorrentes; no momento posterior, a *recuperação*, a empresa predadora explora o poder de mercado obtido e eleva seus preços (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 7).

Uma vez que a compressão de margens, contudo, é obtida pela *diferença* entre dois níveis distintos (atacado e varejo), a empresa verticalmente integrada não precisa de, necessariamente, incorrer em prejuízos para implementar a prática: a empresa pode, por exemplo, elevar os preços de atacado (restringindo a capacidade de precificação de seus concorrentes) ao mesmo tempo em que mantém preços de varejo altos o suficiente para cobrir

²⁸⁹ No original: “It is clear from the various considerations in paragraphs 166 to 168 and 183 to 213 of the judgment under appeal that, according to the General Court, it is not the level of the wholesale prices for local loop access services – which, as has already been stated in paragraphs 48 and 49 of the present judgment, cannot be challenged in the present appeal – or the level of retail prices for end-user access services which is contrary to Article 82 EC, but the spread between them”.

seus custos²⁹⁰ (JONES, 2016, p. 138).

Deve-se, portanto, levar em consideração que, enquanto a predação refere-se a um só mercado relevante, a compressão de margens é uma estratégia multimercado de exclusão, em que a empresa dominante controla parte dos preços de produção dos rivais (MEISEL, 2012, p. 297).

Entende a CEJ, então, que, uma vez que é da margem que deriva o efeito exclusionário, a “compressão pode ser o resultado não só de um preço anormalmente baixo no mercado de varejo, mas também de um preço anormalmente alto no mercado de atacado” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 98, tradução livre)²⁹¹.

Por essa razão, sequer os possíveis benefícios ao bem-estar do consumidor, que poderiam ocorrer em curto prazo durante a fase do *sacrifício* de uma prática predatória, podem vir a ser observados (JONES, 2016, p. 138).

É sob esse entendimento que a CEJ não aplica, à compressão de margens, a necessidade de prova de *probabilidade de recuperação*, que se exige na teoria do preço predatório da Suprema Corte dos EUA²⁹²: a ocorrência do efeito de fechamento de mercado é independente da verificação, ou não, de prejuízos à empresa para implementação da prática (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 99-100). Afinal, e acima de tudo, a finalidade da análise não é somente a maximização do bem-estar total, mas a preservação da estrutura da concorrência e impedimento de exclusão de concorrentes por meios distintos da concorrência pelo mérito²⁹³.

Mesmo sob a perspectiva do bem-estar do consumidor, contudo, defende-se que a

²⁹⁰ No mesmo sentido é a contribuição da Comissão Europeia à OCDE: “Pelo contrário, a compressão de margens não requer tal trade-off ou sacrifício ex ante uma vez que a empresa dominante pode não incorrer em perdas em uma base end-to-end, e uma compressão de margens pode envolver um alto preço de varejo (relativo aos custos end-to-end) em curto prazo bem como em longo prazo. De fato, ao restringir a entrada e/ou crescimento de concorrentes no mercado e finalmente reduzindo a pressão concorrencial, a compressão de margens permite que a empresa dominante sustente um alto nível de preços de varejo. Uma compressão de margens pode ser uma estratégia lucrativa para a empresa dominante já durante o período em que ela se envolve na compressão de margens: os lucros extraídos de um alto nível de preços de varejo pode ultrapassar de longe os lucros perdidos em relação às vendas de atacado perdidas como um resultado dos altos preços de atacado em relação aos preços de varejo” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2009, § 257, tradução livre).

²⁹¹ No original: “However, a margin squeeze is the result of the spread between the prices for wholesale services and those for retail services and not of the level of those prices as such. In particular, that squeeze may be the result not only of an abnormally low price in the retail market, but also of an abnormally high price in the wholesale market”.

²⁹² Defendendo a prova de recuperação na análise da compressão de preços, cf. Bravo e Siciliani (2007, p. 254).

²⁹³ “A possibilidade de que concorrentes sejam expulsos do mercado não depende do fato de que a empresa dominante sofra perdas ou do fato de que essa empresa seja capaz de recuperar suas perdas, mas depende somente da diferença entre os preços aplicados pela empresa dominante nos mercados em questão, cujo resultado pode ser que não é a própria empresa dominante que sofra perdas, mas seus concorrentes” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 101, tradução livre).

análise da compressão de margens sob critérios tradicionais de predação (como no caso dos requisitos de *Brooke Group* na jurisprudência de Suprema Corte dos EUA) é incompleta, por ignorar a peculiaridade da posição econômica da empresa verticalmente integrada, que controla os preços do insumo de seus concorrentes. Essa peculiaridade não é ignorada, por outro lado, pela análise europeia (MEISEL, 2012, p. 398)²⁹⁴.

5.3.2.2 A compressão de margens e a teoria da recusa de venda

Outro importante elemento da teoria europeia da compressão de margens é a afirmação de sua autonomia em face da teoria da recusa de venda.

Muitas formulações da ideia de compressão de margens compreendem a conduta como uma espécie de *recusa presumida de venda*. Esse é um cenário em que uma empresa tenta evadir-se de uma obrigação de contratar existente, através da fixação de um preço irrazoável para fornecimento, o que gera os mesmos efeitos de uma recusa expressa.

A justificativa para essa vinculação seria a incoerência de se obrigar uma empresa a contratar sob condições específicas se ela sequer é obrigada a contratar de modo algum. A proibição da compressão de margens equivaleria, então, a criar um dever de contratar *qualificado* (por condições específicas de preço) a empresas que sequer teriam esse dever em primeiro lugar. Esse foi, por exemplo, o raciocínio da Suprema Corte dos EUA em *Trinko*, posteriormente reiterado em *linkLine* (apresentado acima).

Ocorre que, na Europa, os contornos da teoria da recusa de venda são bastante distintos daqueles estabelecidos pela jurisprudência estadunidense.

O precedente de recusa mais citado no âmbito das discussões de compressão de margens é a decisão da Corte Europeia de Justiça em *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs* (1998 – doravante “*Bronner*”). Esse julgamento estabeleceu que as condições para que se estabeleça uma obrigação de contratar a uma empresa com posição dominante estruturam-se em torno da *indispensabilidade* do produto ou serviço em questão, no sentido de que existam “obstáculos técnicos, legais ou econômicos capazes de tornar

²⁹⁴ No original: “For the US, to make above-cost price cutting illegal would deter aggressive pricing behaviour by the monopolist and, thus, undermine one of the goals of antitrust, which is low prices. However, in light of the above discussion about the relevance of opportunity cost in the context of vertical integration and the use of an EEC as the benchmark, the EU appears to have the stronger economic foundation for its position. Most fundamentally, the US approach fails to appreciate the differing motives and abilities of a vertically integrated firm’s pricing strategies compared to a non-vertically integrated firm. It appears to be time for the US to augment its view of price predation to include a new category of antitrust liability concerning predatory pricing in the context of a margin squeeze practised by a vertically integrated monopolist” (MEISEL, 2012, p. 398).

impossível, ou mesmo irrazoavelmente difícil”²⁹⁵ sua duplicação (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 1998, § 44, tradução livre). Ademais, é necessário que se verifique o potencial de eliminação da concorrência e a ausência de justificativas objetivas para a recusa (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 1998, § 41).

Observam Whish e Bailey (2012, p. 701) que o termo “bem e serviço indispensável” é o mais utilizado pela Corte Europeia de Justiça, embora, alternativamente, essa condição seja referida na teoria por “infraestruturas essenciais” (*essential facilities*) e por produtos e serviços “objetivamente necessários”, sendo as expressões consideradas sinônimos.

Embora *Bronner* tenha estabelecido que a recusa deveria eliminar *toda* a concorrência (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 1998, § 41), a CEJ esclareceu no caso *Microsoft* que a preocupação é a eliminação da concorrência *efetiva*:

Tampouco é necessário demonstrar que toda a concorrência no mercado seria eliminada. O que importa, para o propósito de se estabelecer uma infração ao Artigo 82 EC, é que a recusa em questão crie o risco, ou seja suscetível, de eliminar toda a concorrência efetiva no mercado. Deve-se esclarecer que o fato de que os concorrentes da empresa dominante mantenham uma presença marginal em certos nichos do mercado não são suficientes para substanciar a existência de tal concorrência.²⁹⁶ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2007, § 563, tradução livre).

Com base em *Bronner*, a Comissão Europeia reitera, em sua “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82.o do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante” (doravante referida por “Orientação”) que as práticas de recusa de venda prioritárias para aplicação do artigo 102 do TFEU envolvem insumos indispensáveis ou “objetivamente necessários”, mencionando

²⁹⁵ No original: “Moreover, it does not appear that there are any technical, legal or even economic obstacles capable of making it impossible, or even unreasonably difficult, for any other publisher of daily newspapers to establish, alone or in cooperation with other publishers, its own nationwide home-delivery scheme and use it to distribute its own daily newspapers”.

²⁹⁶ No original: “Nor is it necessary to demonstrate that all competition on the market would be eliminated. What matters, for the purpose of establishing an infringement of Article 82 EC, is that the refusal at issue is liable to, or is likely to, eliminate all effective competition on the market. It must be made clear that the fact that the competitors of the dominant undertaking retain a marginal presence in certain niches on the market cannot suffice to substantiate the existence of such competition”.

também a ideia do caso Microsoft acerca da eliminação da concorrência efetiva, e não total²⁹⁷, embora não deixe de apontar situações excepcionais em que não se exigirá a prova da indispensabilidade²⁹⁸.

A compressão de margens é apresentada, na *Orientação*, como uma forma de recusa implícita de venda, sujeita aos mesmos requisitos de *Bronner* e suas respectivas exceções (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 80). Essa questão não foi objeto de disputa no âmbito do caso *Deutsche Telekom*, uma vez que os insumos foram considerados indispensáveis e tal caracterização não foi contestada na apelação dirigida à CEJ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 231, 255 e 256).

A grande virada com relação à questão ocorreu na decisão para o caso *TeliaSonera*. Nesse caso, tanto a empresa TeliaSonera quanto a Comissão Europeia sustentaram que os requisitos para configuração da compressão de margens deveriam ser os mesmos que aqueles estabelecidos em *Bronner* para a recusa de contratar. A CEJ, contudo, observou que a decisão para o caso *Bronner* direcionou-se estritamente à questão da recusa de contratar, não estendendo seus requisitos à contratação sob condições desvantajosas (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 55).

A compressão de margens, então, “pode, por si só, constituir uma forma independente de abuso distinta daquela da recusa de fornecimento”²⁹⁹ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 56, tradução livre). A extensão dos critérios de *Bronner* à compressão de margens poderia, segundo a CEJ, reduzir dramaticamente a efetividade do art. 102 do TFEU, uma vez que isso significaria que uma obrigação de contratar deveria ser configurada para

²⁹⁷ “Ao analisar se uma recusa de fornecimento deve ser objecto de uma atenção especial, a Comissão avaliará se o fornecimento do produto recusado é, de forma objectiva, indispensável para que os operadores possam concorrer de maneira efectiva no mercado. **Isto não significa que, sem o produto recusado, nenhum concorrente pode sobreviver no mercado a jusante. Pelo contrário, um meio de produção é indispensável quando no mercado a jusante não existe nenhum substituto real ou potencial que possa ser utilizado pelos concorrentes para contrabalançar — pelo menos a longo prazo — as consequências negativas da recusa.** Assim, a Comissão irá, regra geral, proceder a uma avaliação para verificar se os concorrentes poderiam reproduzir com eficácia o meio de produção produzido pela empresa dominante num futuro previsível. A noção de reprodução significa a criação de uma fonte alternativa de fornecimento eficiente, que permita os concorrentes exercerem uma pressão competitiva sobre a empresa dominante no mercado a jusante” (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 83, sem grifos no original).

²⁹⁸ A *Orientação* estabelece pelo menos duas exceções em que não se aplicam os requisitos de *Bronner* para o reconhecimento de recusa de contratar. São situações em que, como observa, são minimizados os riscos de falsos positivos prejudicarem incentivos ao investimento, ou expectativas razoáveis de lucratividade: (a) quando já existe um dever de contratar legalmente estabelecido; (b) quando a posição dominante tem origem em um monopólio legal (direitos especiais ou exclusivos) ou em financiamento por recursos estatais. Esse tipo de análise *em concreto* de custos potenciais de erros antitruste é um traço importante da jurisprudência europeia, mantido inclusive na análise da compressão de margens como conduta autônoma, como se verá adiante.

²⁹⁹ No original: “Such conduct may, in itself, constitute an independent form of abuse distinct from that of refusal to supply”.

toda e qualquer prática envolvendo contratos em termos desvantajosos para a concorrência, como a venda casada, preços exploratórios, discriminação de preços e outros.

Ademais, se *Bronner* fosse interpretado de forma distinta, à maneira advogada pela TeliaSonera, isso iria, como apresentado pela Comissão Europeia, equivaler a um requerimento de que, antes que qualquer conduta de uma empresa dominante em relação a seus termos de comércio pudesse ser considerada abusiva, deveriam ser satisfeitas as condições necessárias ao estabelecimento de uma recusa de venda, e isso iria indevidamente reduzir a efetividade do Artigo 102 TFEU.³⁰⁰ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 58, tradução livre).

O requisito especialmente delicado de *Bronner*, como visto acima, é a *indispensabilidade*. Ainda no âmbito desse caso, dentre as questões submetidas à CEJ no reenvio prejudicial, a Corte Distrital Sueca indagou se, para a caracterização da compressão de margens, seria necessário “o bem ou serviço fornecido pela empresa dominante no mercado de atacado ser indispensável aos concorrentes”³⁰¹ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 12, tradução livre).

A CEJ respondeu negativamente à questão, com base no raciocínio de que, mesmo que um insumo não seja indispensável, ainda assim é possível que a compressão de margens gere efeitos anticompetitivos relevantes (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 72). Esse posicionamento foi reiterado pela CEJ em 2014, na decisão para o caso *Telefónica* (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2014, § 118).

Isso não significa que a indispensabilidade seja irrelevante à análise da compressão de margens. A “relação funcional entre os produtos de atacado e os produtos de varejo” é importante para a apuração dos efeitos da prática de compressão de margem na concorrência, passo necessário para a configuração do abuso de posição dominante. Assim, observa a CEJ que, embora não seja condição essencial, a indispensabilidade torna “provável” a existência de efeitos anticompetitivos, ao passo que, quando essa condição não é preenchida, a Corte pode analisar a ocorrência de efeitos anticompetitivos através de outros elementos que indiquem que a compressão de margens pode dificultar ou impedir a competitividade no mercado (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 69-72).

³⁰⁰ No original: “Moreover, if *Bronner* were to be interpreted otherwise, in the way advocated by TeliaSonera, that would, as submitted by the European Commission, amount to a requirement that before any conduct of a dominant undertaking in relation to its terms of trade could be regarded as abusive the conditions to be met to establish that there was a refusal to supply would in every case have to be satisfied, and that would unduly reduce the effectiveness of Article 102 TFEU”.

³⁰¹ No original: “(7) For a practice such as that described in question 1 to constitute abuse, must the good or service supplied by the dominant undertaking on the wholesale market be indispensable to competitors?”

5.3.2.3 A análise de efeitos concorrenciais na compressão de margens

Como visto acima, a configuração do abuso de posição dominante na teoria europeia não prescinde da análise de efeitos anticoncorrenciais, não obstante os contornos dessa análise sejam distintos daqueles sob os quais a análise estadunidense é fundada.

A compressão de margens, portanto, não deriva somente da diferença entre preços de atacado e varejo. É necessário que a prática tenha efeito exclusionário, elevando as barreiras à entrada e ocasionando um prejuízo à estrutura da concorrência através de práticas diferentes da concorrência pelo mérito.

A CEJ observou, no julgamento para o *Deutsche Telekom*, que a ilicitude da compressão de margens depende de que ela

tenha um efeito exclusionário em concorrentes que são pelo menos tão eficientes quanto a empresa dominante através da compressão de suas margens e é capaz de fazer a entrada no mercado mais difícil ou impossível para esses concorrentes, e assim fortalecendo sua posição dominante naquele mercado em detrimento dos interesses dos consumidores.³⁰² (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 253, tradução livre).

Como se depreende dessa dicção, não é necessária a eliminação de toda a concorrência (como originalmente estabelecido em *Bronner*), mas o prejuízo à *concorrência efetiva* através da elevação de barreiras à entrada ou a obstaculização do crescimento de concorrentes igualmente eficientes.

Essa análise de efeitos anticoncorrenciais, como a CEJ observou em *TeliaSonera*, passa, dentre outros elementos: (a) pela análise da relação funcional entre produtos de atacado e varejo – muito embora, como visto, não seja necessário que o insumo seja indispensável; e (b) pela extensão da margem comprimida, de modo que, se a margem é negativa, o prejuízo é provável e, se positiva, deve-se verificar que a prática pelo menos dificulta de modo substancial a concorrência no mercado, gerando *lucratividade reduzida* (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 60 et seq.).

É possível, contudo, que a empresa dominante comprove, em sede de defesa, a existência de *justificativas econômicas objetivas* para a conduta: tais justificativas podem

³⁰² No original: “As is already apparent from paragraphs 177 and 178 of the present judgment, a pricing practice such as that at issue in the judgment under appeal that is adopted by a dominant undertaking such as the appellant constitutes an abuse within the meaning of Article 82 EC if it has an exclusionary effect on competitors who are at least as efficient as the dominant undertaking itself by squeezing their margins and is capable of making market entry more difficult or impossible for those competitors, and thus of strengthening its dominant position on that market to the detriment of consumers’ interests”.

envolver eficiências, cujos benefícios ao consumidor contrabalançam os prejuízos exclusionários (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 76).

Isso não significa, como estabelece a decisão da CEJ para o caso *Post-Danmark* (2012), que a verificação dos efeitos diretos no bem-estar do consumidor, em curto prazo, seja *necessária* para a configuração na conduta, uma vez que o consumidor pode ser prejudicado indiretamente pelos danos à estrutura da concorrência (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2012, § 20).

A ausência de efeitos no bem-estar do consumidor em curto prazo, então, não quer dizer que a compressão de margens não faça com

*que consumidores sofram detrimento como resultado da limitação das escolhas disponíveis a eles e, assim, do prospecto de uma redução de preços de varejo em longo prazo como resultado da concorrência exercida por concorrentes que são pelo menos tão eficientes naquele mercado.*³⁰³ [Deutsche Telekom] (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 182, tradução livre).

Sob esse mesmo raciocínio, não se exige a verificação de efeitos concretos no mercado, bastando a verificação de prejuízos *potenciais* relacionados ao fechamento de mercado para concorrentes igualmente eficientes³⁰⁴.

Observe-se, ainda, que a apresentação de justificativas econômicas de eficiência pela empresa dominante só é possível quando a conduta for essencial para sua obtenção e “não elimina a concorrência efetiva, removendo todas ou a maioria das fontes existentes de concorrência real ou potencial”³⁰⁵ [*Post Danmark*] (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2012, § 42, tradução livre).

Isso é necessário, conforme destacado na decisão da Comissão Europeia para o caso *Telefónica* (confirmada pela CEJ), para que se garanta que as eficiências obtidas pela empresa

³⁰³ No original: “By further reducing the degree of competition existing on a market – the end-user access services market – already weakened precisely because of the presence of the appellant, thereby strengthening its dominant position on that market, the margin squeeze also has the effect that consumers suffer detriment as a result of the limitation of the choices available to them and, therefore, of the prospect of a longer-term reduction of retail prices as a result of competition exerted by competitors who are at least as efficient in that market (see, to that effect, *France Télécom v Commission*, paragraph 112)”.

³⁰⁴ Cf., por exemplo, a decisão para o caso *Telefónica* em 2014: “[...] para estabelecer que uma prática como a compressão de margens é abusiva, essa prática deve ter um efeito anticompetitivo no mercado, embora esse efeito não tenha que necessariamente ser concreto, sendo suficiente demonstrar que há um efeito anticompetitivo potencial que pode excluir concorrentes que são pelo menos tão eficientes quanto a empresa dominante” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2014, § 124, tradução livre).

³⁰⁵ No original: “In that last regard, it is for the dominant undertaking to show that the efficiency gains likely to result from the conduct under consideration counteract any likely negative effects on competition and consumer welfare in the affected markets, that those gains have been, or are likely to be, brought about as a result of that conduct, that such conduct is necessary for the achievement of those gains in efficiency and that it does not eliminate effective competition, by removing all or most existing sources of actual or potential competition”.

dominante sejam repassadas aos consumidores, o que só é possível quando ainda se verifica rivalidade no mercado.

O incentivo da parte da companhia dominante de repassar eficiências nos custos para os consumidores é frequentemente relacionado à existência de pressão competitiva por parte das empresas restantes no mercado e da entrada potencial. Uma defesa de eficiência deve ser rejeitada se os ganhos de eficiência em curto prazo (se houver) são contrabalançados por perdas em mais longo prazo derivando *inter alia* de gastos incorridos pela companhia dominante para manter ou reforçar sua posição dominante (rent seeking), má alocação de recursos, inovação reduzida e maiores preços. Isso é consistente com o fato de que a rivalidade entre as empresas é um motor essencial da eficiência econômica, incluindo eficiências dinâmicas na forma de inovação. Em última análise, à proteção da rivalidade e do processo competitivo é dada prioridade sobre possíveis ganhos de eficiência em curto prazo.³⁰⁶ (UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias, 2007, § 655, tradução livre).

Como visto no capítulo anterior, essa tendência jurisprudencial é compreendida à luz do comprometimento, por parte do direito europeu, com a proteção da concorrência como instituição, fundada no conceito de “igualdade de oportunidades”. Como afirma a CEJ no *Deutsche Telekom*, “a Corte de Justiça tem sustentado de modo consistente que um sistema de concorrência não-distorcida somente pode ser garantido se a igualdade de oportunidades entre os vários operadores econômicos é garantida” e, no caso do *margin squeeze*, essa igualdade de oportunidades só é garantida quando a empresa dominante “e seus concorrentes igualmente eficientes são colocados em pé de igualdade no mercado de varejo”³⁰⁷ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, §§ 230 e 233, tradução livre).

Desse conceito de “igualdade de oportunidades” é que deriva a importância da preservação da rivalidade e maior preocupação com o fechamento de mercado, para garantir eficiência em longo prazo, referidas acima. Um tal posicionamento é, sem dúvida, distinto do paradigma do bem-estar total vigente na jurisprudência estadunidense, com maior foco na eficiência em curto prazo (HAY; MCMAHON, 2012, p. 277).

³⁰⁶ No original: “The incentive on the part of the dominant company to pass cost efficiencies on to consumers is often related to the existence of competitive pressure from the remaining firms in the market and from potential entry. An efficiency defence must be rejected if the short-term efficiency gains (if any) are weighed by longer-term losses stemming *inter alia* from expenditures incurred by the dominant company to maintain or reinforce its position (rent seeking), misallocation of resources, reduced innovation and higher prices. This is consistent with the fact that rivalry between undertakings is an essential driver of economic efficiency, including dynamic efficiencies in the shape of innovation. Ultimately, the protection of rivalry and the competitive process is given priority over possible short-term efficiency gains”.

³⁰⁷ No original: “In the third place, in so far as the present complaint relates to the General Court’s findings as to equality of opportunity, it should be noted that the Court of Justice has consistently held that a system of undistorted competition can be guaranteed only if equality of opportunity is secured as between the various economic operators [...]. [...]the General Court did not err in law in ruling, in paragraphs 199 and 237 of the judgment under appeal, that equality of opportunity means that the appellant and its equally efficient competitors are placed on an equal footing in the retail market in end-user access services”.

Especificamente quanto à compressão de margens, essa abordagem é criticada por autores defensores do entendimento vigente no sistema estadunidense, sob a premissa de que a visão europeia subjuga o bem-estar dos consumidores à proteção dos concorrentes. Robert Bork, Gregory Sidak e outros economistas, por exemplo, em sede de *Amici Curiae* apresentado à Suprema Corte dos EUA para o caso *linkLine*, fazem a seguinte análise do posicionamento europeu sobre a compressão de margens:

A alternativa à maximização do bem-estar do consumidor é a visão de que o direito antitruste é simplesmente mais um instrumento de política industrial, e assim sua aplicação pode aceitavelmente comprometer o bem-estar do consumidor para avançar o bem-estar dos concorrentes. Outras nações evidentemente consideram essa proposição normativa apropriada, se desenvolvimentos recentes na União Europeia são uma indicação válida. Mais do que nunca antes, os Estados Unidos e a Europa parecem estar numa estrada bifurcada sobre se a lei de monopolização existe para proteger consumidores ou para garantir que um número específico de empresas irá popular lucrativamente um mercado.³⁰⁸ (BORK; SIDAK, 2009, p. 5, tradução livre).

O direito concorrencial europeu, contudo, não parece preocupado em meramente garantir a permanência de um número mínimo de empresas no mercado, ou impedir que a “concorrência pelo mérito” gere a exclusão de concorrentes a despeito de sua eficiência. Os desenvolvimentos jurisprudenciais acima evidenciados revelam uma tentativa de equilibrar, de um lado, a busca por eficiência empresarial e, de outro, a preservação da igualdade de oportunidades no mercado, tendo em vista a manutenção de uma estrutura competitiva em longo prazo. O teste do “concorrente igualmente eficiente”, bem como suas variações, visa a responder, justamente, a essa preocupação (MEISEL, 2012, p. 395).

5.3.2.4 A existência de propósito anticompetitivo e a relevância de contratos voluntários anteriores

No contexto do abuso de posição dominante europeu, importam os *efeitos* exclusionários da conduta empresarial, não sendo possível encontrar elementos subjetivos na dicção do artigo 102 do TFEU. Por essa razão é que a CEJ, na decisão para o caso *Hoffman La-Roche* (1979) observou que o abuso de posição dominante é “um conceito objetivo”

³⁰⁸ No original: “The alternative to consumer-welfare maximization is the view that antitrust law is simply one more tool of industrial policy, and thus its application may permissibly compromise consumer welfare to advance the welfare of competitors. Other nations evidently consider this normative proposition to be appropriate, if recent developments in the European Union are a valid indication. More than ever before, the United States and Europe appear to be at a fork in the road over whether the law of monopolization exists to protect consumers or to ensure that a specified number of firms will profitably populate a market”.

derivado dos efeitos da prática:

O conceito de abuso é um conceito objetivo, relacionado ao comportamento de uma empresa em posição dominante suscetível de influenciar a estrutura de um mercado em que, como resultado da própria presença da empresa em questão, o grau de concorrência é enfraquecido e que, por recurso a métodos diferentes daqueles que condicionam a concorrência normal em produtos ou serviços com base nas transações de operadores comerciais, tem o efeito de prejudicar a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o crescimento desta concorrência.³⁰⁹ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 1979, § 91, tradução livre).

No âmbito do caso *AstraZeneca* (2010), a Corte reiterou essa natureza objetiva observando que a “prova da natureza deliberada da conduta e da ma-fé da empresa em posição dominante não é exigida para propósitos de identificação de um abuso de posição dominante”³¹⁰ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010a, § 15, tradução livre). Deste modo, exceto em situações muito particulares³¹¹, a intenção não é elemento essencial à configuração do abuso de posição dominante³¹².

A existência de contratos voluntários anteriores não poderia, portanto, desempenhar no sistema europeu o papel central que assume no sistema estadunidense. Como visto nos tópicos anteriores, esse sistema exige, para caracterização da prática de monopolização sob a Seção 02 do Sherman Act, evidências de que a conduta empresarial não possui qualquer racionalidade econômica exceto pela intenção de monopolizar. Nesse contexto, na teoria da recusa de venda da jurisprudência dos EUA (onde se insere a teoria da compressão de preços), a existência de contratos voluntários anteriores é essencial, porque é de sua interrupção injustificada que deriva a comprovação da ausência de racionalidade econômica.

Para o sistema europeu, contudo, como observou a CEJ na decisão para o caso *TeliaSonera*, o que importa é a comprovação dos efeitos exclusionários da compressão em

³⁰⁹ No original: “The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition”.

³¹⁰ No original: “It follows from the objective nature of the concept of abuse that the misleading nature of representations made to public authorities must be assessed on the basis of objective factors and that proof of the deliberate nature of the conduct and of the bad faith of the undertaking in a dominant position is not required for the purposes of identifying an abuse of a dominant position”.

³¹¹ A jurisprudência sobre preço predatório (em especial na decisão para o caso *AKZO*) integra elementos de intencionalidade na qualificação da conduta, de modo excepcional (WHISH; BAILEY, 2012, p. 741).

³¹² A intencionalidade da conduta pode, no entanto, ser objeto de consideração no momento da fixação da multa em razão da violação do artigo 102. A Comissão Europeia, em orientação sobre os critérios para aplicação de multas publicado em 2006, estabelece em seu parágrafo 29 que uma circunstância atenuante para cálculo da multa ocorrerá quando “a empresa em causa prova que a infração foi cometida por negligência” (UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias, 2006, § 29).

operadores igualmente eficientes. Assim, sobre a existência de contratos *anteriores*, observou a CEJ que “se os operadores em questão são adquirentes existentes ou novos da empresa dominante não pode ser de relevância. Ademais, o fato de que os novos clientes em questão não estão ainda ativos no mercado em questão também não podem ser de relevância”³¹³ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, §§ 92-93, tradução livre).

Tampouco há relevância para a análise europeia o fato de os contratos anteriores serem *voluntários*.

Para a Suprema Corte dos EUA, como visto, se o fornecimento foi determinado por regulação, por exemplo, não se pode presumir que a interrupção das relações comerciais tenha sido injustificada, porque não se pode presumir que a empresa teria iniciado voluntariamente tais relações (ausente obrigação legal). Assim sendo, não há obrigação concorrencial de contratar se está presente uma obrigação regulatória de contratar: em outras palavras, o dever regulatório *exclui* a obrigação concorrencial de contratar e, por consequência, a possibilidade de configuração da compressão de preços.

De forma exatamente oposta à teoria estadunidense, na teoria da recusa de venda europeia a existência de obrigação regulatória de fornecimento é entendida como uma condição que exclui a necessidade de comprovação dos demais elementos estabelecidos em *Bronner* (como a indispensabilidade do insumo). A obrigação regulatória *substitui* a obrigação de contratar (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 82).

Já no caso da compressão de margens – que sequer exige a presença de obrigação de contratar, seja regulatória ou concorrencial – a presença ou ausência de dever regulatório só é relevante para identificação da autonomia da empresa dominante para prática da compressão de margens.

Por essa razão, na *presença* de dever regulatório, a CEJ observou também em *TeliaSonera* que o artigo 102 aplica-se somente a condutas praticadas por empresas dominantes sob sua própria iniciativa, não havendo ilicitude quando a conduta foi determinada por força de regulação, sem espaço de autonomia para a empresa ré (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 49).

Se há espaço de autonomia para a conduta exclusionária da empresa dominante, contudo, o artigo 102 permanece aplicável. É o caso, por exemplo, de quando os preços de atacado são regulados, mas os de varejo são de livre precificação, permanecendo a

³¹³ No original: “In that regard, as correctly maintained by the Commission, whether the operators concerned are existing or new customers of the dominant undertaking can be of no relevance. Moreover, the fact that the new clients concerned are not yet active on the market concerned can also be of no relevance”.

possibilidade de compressão de margens³¹⁴. Seguindo essa lógica, então, na *ausência* de dever regulatório, tem-se que a empresa dominante é livre para precificar e contratar, sendo, portanto, plenamente responsável pelos efeitos exclusionários causados em infringência ao artigo 102³¹⁵.

Como não se busca, então, a configuração de uma prática “sem sentido econômico” para qualificação de intenção de praticar o ilícito – e, sim, a produção dos efeitos proscritos pelo artigo 102 – a existência de contratos anteriores não possui relevância para a configuração do abuso. O mesmo se segue para a existência de contratos *voluntários* anteriores, uma vez que a presença ou ausência de dever regulatório só é relevante para análise da autonomia da empresa dominante para precificação.

É possível, contudo, que a existência de uma relação comercial anterior seja levada em consideração, no âmbito da análise dos efeitos anticoncorrenciais de determinado abuso de posição dominante já configurado. É o caso, por exemplo, em que a empresa contratante fez investimentos específicos para estruturação de uma relação de fornecimento interrompida ou prejudicada, o que agrava o prejuízo concorrencial (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 84).

5.3.2.5 O teste do “concorrente igualmente eficiente”

Como visto acima, a teoria europeia do abuso de posição dominante é incompatível com a aplicação de um *teste de sacrifício* (uma vez que não se exige caráter predatório), um *teste da ausência de sentido econômico* (uma vez que evidências subjetivas ou objetivas da intenção de monopolizar não são essenciais para a caracterização da conduta) ou um *teste do bem-estar do consumidor* (uma vez que o prejuízo ao bem-estar total não é o único efeito anticompetitivo levado em consideração).

É imperativo, contudo, o uso de algum teste de *identificação* da compressão de margens, ou seja, um teste que permita analisar a relação entre preços de varejo e de atacado, para verificação do impacto concorrencial da conduta da empresa dominante. Esse tipo de

³¹⁴ “O artigo 102 TFEU pode aplicar-se, contudo, se é demonstrado que a legislação nacional não impede as empresas de praticarem conduta autônoma que previne, restringe ou distorce a concorrência. A Corte estabeleceu que, não obstante tal legislação, se uma empresa dominante verticalmente integrada tem o escopo de ajustar mesmo seus preços de varejo sozinhos, a compressão de margens pode ser atribuível a ela com base somente nisso [...]” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, §§ 50-51, tradução livre).

³¹⁵ “Segue do supracitado que, a fortiori, onde uma empresa tem completa autonomia em sua escolha de conduta no mercado, o artigo 102 TFEU é aplicável a ela. A responsabilidade especial que uma empresa dominante tem de não permitir que sua conduta prejudique a concorrência genuína e não-distorcida no mercado interno refere-se especificamente à conduta, por comissão ou omissão, que a empresa decide por sua própria iniciativa adotar [...]” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, §§ 52-53, tradução livre).

teste, no contexto regulatório, é também conhecido como “teste de imputação” ou “regra de imputação” (GERADIN; O’DONOGHUE, 2005, p. 359).

O teste de imputação que encontrou amparo na jurisprudência europeia é o *teste do concorrente igualmente eficiente*. Em linhas gerais, uma prática será exclusionária quando tiver a aptidão de excluir um concorrente tão (ou mais) eficiente quanto a empresa dominante, elevando barreiras à entrada e restringindo o direito de escolha do consumidor através de práticas distintas da concorrência pelo mérito.

É essa a definição apresentada pela CEJ na decisão para o caso *Deutsche Telekom*, em que se lê:

[...] o artigo 82 EC proíbe uma empresa dominante de, inter alia, adotar práticas de precificação que tem um efeito exclusionário em seus concorrentes igualmente eficientes atuais ou potenciais, o que quer dizer práticas que são capazes de fazer a entrada no mercado muito difícil ou impossível para tais concorrentes, e de fazer mais difícil ou impossível para seus co-contratantes escolher entre várias fontes de oferta ou parceiros comerciais, deste modo fortalecendo sua posição dominante utilizando métodos diferentes daqueles que se encontram no escopo da concorrência pelo mérito. Desse ponto de vista, então, nem toda concorrência através de preços pode ser considerada legítima.³¹⁶ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 177, tradução livre).

O que é crucial para a compreensão desse teste é observar que o “concorrente igualmente eficiente” é um concorrente que possui *a mesma estrutura de custos da empresa dominante*. Em outras palavras, isso quer dizer que o que é levado em conta, para a aferição do caráter exclusionário das condutas das empresa dominante, são seus próprios custos – não os de seus competidores.

Assim, no caso específico da compressão de margens, serão levados em consideração os preços de atacado e varejo da própria empresa para a verificação da margem. Se ela é negativa ou insuficiente para cobrir os custos específicos para a divisão a jusante da empresa dominante, há a compressão de margens, já que a própria empresa dominante não conseguiria oferecer seus produtos finais se tivesse de adquirir os insumos sob os preços que cobra de seus concorrentes.

Observe-se, por exemplo, a dicção da Comissão em sua opinião para o caso *TeliaSonera*:

³¹⁶ No original: “It follows from this that Article 82 EC prohibits a dominant undertaking from, inter alia, adopting pricing practices which have an exclusionary effect on its equally efficient actual or potential competitors, that is to say practices which are capable of making market entry very difficult or impossible for such competitors, and of making it more difficult or impossible for its co-contractors to choose between various sources of supply or commercial partners, thereby strengthening its dominant position by using methods other than those which come within the scope of competition on the merits. From that point of view, therefore, not all competition by means of price can be regarded as legitimate”.

É evidente que há uma compressão de margens se a diferença entre os preços de varejo cobrados pela empresa dominante e os preços de atacado que cobra de seus concorrentes para produtos comparáveis é negativa, ou insuficiente para cobrir os custos específicos do produto da empresa dominante para o fornecimento de seus próprios produtos de varejo no mercado a jusante.³¹⁷ (UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias, 2010, § 12, tradução livre).

A adoção dos preços e custos da própria empresa para a verificação das margens foi confirmada pela CEJ no *Deutsche Telekom* (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 200). No *TeliaSonera*, igualmente, foi apresentado como “regra geral”, com a justificativa de que o recurso aos “critérios de precificação baseados nos custos incorridos pela própria empresa dominante” permitiria estabelecer se a empresa dominante sobreviveria no mercado de varejo, caso tivesse de adquirir os insumos pelos preços que ela própria cobra no atacado³¹⁸. Também no julgamento para o caso *Telefónica*, a Comissão e a CEJ basearam-se no teste do concorrente igualmente eficiente para aferir o abuso de posição dominante (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2014, § 124).

A racionalidade desse critério é a de que, se um concorrente tão eficiente quanto a própria empresa não poderia sobreviver no mercado, não é possível afirmar que a condenação do abuso de posição dominante protegeria firmas ineficientes da concorrência pelo mérito:

Se aquela empresa não teria sido capaz de oferecer seus serviços de varejo senão sob prejuízo, isso significaria que concorrentes que podem ser excluídos pela aplicação da prática de precificação em questão não poderiam ser considerados menos eficientes que a empresa dominante e, conseqüentemente, que o risco de sua exclusão foi devido a concorrência distorcida. Tal concorrência não seria baseada somente no respectivo mérito das empresas envolvidas.³¹⁹ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 43, tradução livre).

Outra função do teste, apontada pela CEJ, é garantir a segurança jurídica da empresa ré, que seria prejudicada caso a legalidade da conduta fosse dependente da estrutura de preços

³¹⁷ No original: “In the light of my Opinion and the General Court’s judgment in *Deutsche Telekom v Commission*, (14) it is clear that there is a margin squeeze if the difference between the retail prices charged by a dominant undertaking and the wholesale prices it charges its competitors for comparable products is negative, or insufficient to cover the product-specific costs to the dominant undertaking of providing its own retail products on the downstream market”.

³¹⁸ “Em particular, com relação a uma prática que causa a compressão de margens, o uso desse tipo de critério analítico permite estabelecer se aquela empresa teria sido suficientemente eficiente para oferecer seus serviços de varejo para usuários finais de outra forma senão sob prejuízo se ela tivesse primeiramente sido obrigada a pagar seus próprios preços de atacado para os serviços intermediários” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, §§ 41-42, tradução livre).

³¹⁹ No original: “If that undertaking would have been unable to offer its retail services otherwise than at a loss, that would mean that competitors who might be excluded by the application of the pricing practice in question could not be considered to be less efficient than the dominant undertaking and, consequently, that the risk of their exclusion was due to distorted competition. Such competition would not be based solely on the respective merits of the undertakings concerned”.

de um concorrente – que, idealmente, não é de conhecimento da empresa dominante. Sob essa metodologia, a empresa pode analisar a legalidade de sua conduta através da análise de seus próprios preços e custos, o que evita também riscos de colusão e incentivos à troca de informações sensíveis (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 202).

O teste do “concorrente igualmente eficiente” é de origem estadunidense, sendo possível encontrar propostas de sua implementação em contextos como o preço predatório e a venda casada (MANDORFF; SAHL, 2013, p. 3). Esse teste é, contudo, diferente do *teste Alcoa* acima apresentado, porque, embora o voto de Learned Hand também tenha feito referência aos custos da Alcoa, o teste europeu dispensa a referência a um “*preço justo*” ou a um “*lucro sustentável*” para os rivais da empresa (HAY; MCMAHON, 2012, p. 272).

É de se destacar, por fim, que a metodologia para aplicação do teste do concorrente igualmente eficiente deve contornar as dificuldades de apuração da estrutura de custos de uma empresa. Como visto, há a compressão quando a margem é negativa (o preço de atacado é maior que o preço de varejo), ou, embora não-negativa, seja insuficiente para a cobertura dos *custos específicos ao varejo do produto em questão*. Nesse último caso, será necessário, então, uma análise dos custos da divisão de varejo da empresa dominante, para apuração da insuficiência.

Em sua *Orientação*, a Comissão Europeia estipula que a medida de custos da divisão de varejo (a jusante) da empresa dominante será, via de regra, o Custo Médio Marginal em Longo Prazo (CMMLP, ou LRAIC – Long Run Average Incremental Cost), quando este está disponível ou pode ser estimado³²⁰.

Observa a Comissão, em contribuição a mesa-redonda da OCDE sobre compressão de margens, que essa medida³²¹ é adequada uma vez que “para aferir se os preços que a empresa dominante aplica ao longo do tempo são tais que podem fechar o mercado para concorrentes igualmente eficientes, os custos considerados devem incluir os custos totais que são adicionais ao fornecimento do produto/serviço” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2009, p. 259, tradução livre). Em seguida, a

³²⁰ “Nos casos de compressão das margens, a Comissão utiliza o CMMLP do departamento a jusante da empresa dominante integrada como indicador comparativo para determinar os custos de um concorrente com o mesmo grau de eficiência” (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 80).

³²¹ Segundo a OCDE, essa é uma medida de custos que inclui “todos aqueles custos que são adicionais ao fornecimento do produto ou serviço a jusante”, incluindo custos fixos. Considerando que há ativos utilizados em conjunto por mais de um serviço no varejo, a medida também busca levar isso em consideração: “Isso pode incluir uma parcela dos custos de quaisquer ativos comuns cuja capacidade é progressivamente adaptada à demanda variante em curto e médio prazo para os serviços que compartilham o ativo comum. Tipicamente, custos de capital são anualizados utilizando um custo de capital (tipicamente uma média ponderada do custo do débito e o custo do capital próprio), com o custo do capital próprio derivado de uma aplicação do Modelo de Precificação de Ativos de Capital” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2009, p. 11, tradução livre).

Comissão efetiva uma análise da lucratividade da divisão a jusante, para verificar sua compatibilidade com o princípio do concorrente igualmente eficiente³²².

Essa metodologia não é, contudo, isenta de complexidades que devem ser levadas em conta na aplicação de testes de compressão de margem a casos concretos³²³.

5.3.2.6 O teste do “concorrente razoavelmente eficiente”

Algumas críticas ao teste do concorrente igualmente eficiente dizem respeito ao fato de que, em certas situações – especialmente em setores recentemente liberalizados, com posições dominantes entrincheiradas por décadas de monopólio legal – seria necessário maior deferência aos rivais, que precisariam de maior tempo para a obtenção da escala e experiência necessárias para atingir idêntico nível de eficiência à empresa dominante.

Isso é reconhecido pela Comissão Europeia em sua *Orientação* quando, ao apresentar suas prioridades em relação à precificação exclusionária, observa a possibilidade de rivais menos eficientes exercerem uma pressão concorrencial importante em certas situações:

A Comissão normalmente só intervirá para evitar o encerramento anticoncorrencial do mercado quando o comportamento em causa tenha já impedido ou seja susceptível de impedir a concorrência desenvolvida por concorrentes, que são considerados tão eficientes como a empresa em posição dominante.

Não obstante, a Comissão reconhece que em determinadas circunstâncias um concorrente menos eficiente poderá igualmente exercer uma pressão que deverá ser tida em consideração quando se avalia se determinado comportamento baseado no preço leva ao encerramento anticoncorrencial do mercado. A Comissão terá uma perspectiva dinâmica desta pressão visto que, na ausência de prática abusiva, um tal concorrente poderá beneficiar de vantagens relacionadas com a procura, designadamente efeitos de rede e de aprendizagem, que terão tendência a melhorar a sua eficiência. (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, §§ 23-24, sem grifos no original).

³²² Isso é feito, segundo a Comissão, através de metodologias como a abordagem período-a-período, que “compara para cada ano (ou períodos mais curtos) as receitas e custos observados extraídos da contabilidade da empresa dominante em que gastos de investimento foram amortizados ao longo de períodos apropriados” e o Fluxo de Caixa Descontado, que “consiste em avaliar a lucratividade geral ao longo de um período adequado (geralmente vários anos) para levar em conta não só receitas presentes como também receitas futuras decorrentes de investimentos presentes”, utilizando-se o valor presente líquido para agregar a expectativa de fluxo de caixa futuro (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2009, p. 260, tradução livre). Cf. também Gohari (2012, p. 224-228), analisando as diferentes metodologias para apuração de custos, períodos de análise e nível de agregação de produtos.

³²³ Cf., por exemplo, Bergqvist e Townsend (2015), defendendo uma alteração metodológica para análise da compressão de margens diante da nova configuração convergente dos serviços de telecomunicação; Hay e McMahon (2012, § 273 et seq.), discutindo a aplicação da aplicação do teste em setores com efeitos de rede e consideráveis economias de escopo na apresentação de seus produtos em “pacote”; Faella e Pardolesi (2010, p. 279 e seguintes) discutindo a necessidade de adaptação do teste quando há custos consideráveis para fornecimento do insumo aos rivais; e Sidak (2007, p. 300 et seq.) também discutindo a questão das empresas multiproduto em mercados caracterizados por intensa inovação.

O teste do *concorrente razoavelmente eficiente*, então, busca corrigir o modelo do concorrente igualmente eficiente através da consideração de custos que um entrante teria de enfrentar justamente por não ser a empresa dominante.

Observam Gaudin e Saavedra (2014, p. 157) que esse teste é mais comumente aplicado no contexto regulatório, em que a compressão de margens é avaliada *ex ante* com a finalidade de promover a concorrência – de modo mais amplo que a mera repressão ao abuso de posição dominante exclusionário, processada em sede concorrencial³²⁴.

Os autores, mediante levantamento realizado junto às autoridades regulatórias nacionais europeias, observam que o teste é aplicado por diversas agências e endossado pela Comissão Europeia, e é comumente implementado através de (i) a criação de um operador hipotético, com correções; (ii) a utilização dos custos de operadores existentes; ou (iii) correções no teste do concorrente igualmente eficiente – utilizando-se ainda, então, da estrutura de custos da empresa dominante – para levar em consideração economias de escala, escopo e outras desvantagens que o entrante deve enfrentar (GAUDIN; SAAVEDRA, 2014, p. 159).

No contexto concorrencial, contudo, em que a análise da compressão de margens é implementada *ex post*, a implementação desse teste é objeto de severas críticas.

A Comissão Europeia, no caso *Telefónica*, manifestou-se pela possibilidade de implementação desse teste através da construção de um operador hipotético, embora tenha efetivamente aplicado o teste do concorrente igualmente eficiente³²⁵.

O teste também encontra amparo em algumas jurisdições nacionais europeias. Na mesa-redonda promovida pela OCDE sobre compressão de margens, as contribuições do Reino Unido e da Suécia relatam que a aplicação do teste do concorrente razoavelmente eficiente pode ser considerada diante de consideráveis economias de escala ou necessidades de ganhos de experiência, por exemplo, mas não relatam aplicação efetiva do teste (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2009, p. 215, 229).

As críticas à adoção desse teste apontam o risco de infringência ao princípio da segurança jurídica, uma vez que a empresa dominante precisaria conjecturar sobre a estrutura

³²⁴ No mesmo sentido, Cadman (2011, p. 24).

³²⁵ “Uma compressão de margens também pode ser demonstrada comprovando-se que a margem entre o preço de acesso cobrado aos concorrentes no mercado a montante e o preço que a divisão a jusante do operador dominante cobra no mercado a jusante é insuficiente para permitir que um provedor de serviços razoavelmente eficiente no mercado a jusante obtenha um lucro normal (“teste do concorrente razoavelmente eficiente hipotético)” (UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias, 2007, § 311, tradução livre).

de custos de seus concorrentes para conhecer a legalidade de sua própria conduta, o que teria também o condão de incentivar o fluxo de informações sensíveis entre os rivais e, assim, favorecer a colusão (HAY; MCMAHON, 2012, p. 272).

Além disso, defende-se que, embora as preocupações que justificam o teste poderiam ser abordadas no contexto de uma regulação *ex ante*, elas não são compatíveis com um controle concorrencial *ex post*, uma vez que a finalidade da ordem concorrencial europeia seria garantir a concorrência pelo mérito, o que não incorpora a proteção a agentes menos eficientes³²⁶.

É com base nessas razões – as preocupações de segurança jurídica e a crença de que a exclusão de concorrentes menos eficientes não é incompatível com a concorrência pelo mérito – que a jurisprudência europeia vem estabelecendo de forma consistente a adoção do critério do concorrente igualmente eficiente (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2012, §§ 21-22).

Isso não significa, contudo, que a estrutura de custos dos concorrentes seja completamente irrelevante para a análise europeia. A *Orientação* da Comissão Europeia, por exemplo, observa que “em determinados casos, o CMMLP de um concorrente a jusante não integrado pode ser utilizado como critério de referência, designadamente quando não é possível atribuir os custos incorridos pela empresa dominante a operações a jusante e a montante” (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 80, nota 9).

Igualmente, na decisão para o caso *TeliaSonera*, a CEJ – após observar que os custos da própria empresa dominante são o objeto da análise para a compressão de margens – observou que, excepcionalmente, os custos e preços de concorrentes podem ser úteis. Isso pode ocorrer quando há dificuldades de identificação dos custos da empresa dominante, ou quando se trata do

mero uso de uma infraestrutura cujo custo de produção já foi incorrido, de modo que o acesso a tal infraestrutura não mais representa um custo para a empresa dominante que é economicamente comparável ao custo que os concorrentes devem incorrer para ter acesso a ele [ou – de modo mais importante para a discussão aqui travada –

³²⁶ “Um teste do ‘provedor de serviço razoavelmente eficiente’ pode ser válido em uma estrutura regulatória. Reguladores podem achar justificado promover a entrada de operadores relativamente ineficientes no curto prazo, na expectativa de que eles se tornarão mais eficiente em longo prazo. No entanto, esse teste faz pouco sentido, por si só, na perspectiva de uma política de concorrência. Sob a legislação concorrencial, uma empresa dominante não é obrigada a precificar seus produtos para maximizar o bem-estar social em longo prazo. Nem é ela obrigada a precificar de forma artificialmente alta de modo a encorajar entrada (ineficiente) em seu mercado de modo a ampliar a competitividade de tal mercado em longo prazo. A responsabilidade da empresa dominante é limitada a competir pelo mérito. Concorrência pelo mérito é consistente com a exclusão de competidores menos eficientes, mas não é compatível com a exclusão de rivais igualmente eficientes” (GERADIN; O’DONOGHUE, 2005, p. 393, tradução livre).

quando] o fato de que o nível dos custos da empresa dominante é especificamente atribuível à situação concorrencialmente vantajosa em que sua posição dominante a coloca.³²⁷ (UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias, 2010, § 45, tradução livre).

Essa última condição – que reconhece que a própria estrutura de custos da empresa pode ser inatingível por um concorrente que não detém a mesma situação econômica no mercado relevante – parece dar margem ao afastamento do teste do concorrente igualmente eficiente, embora isso ainda não tenha ocorrido na jurisprudência posterior à decisão (BERGQVIST; TOWNSEND, 2015, p. 14; JONES, 2016, p. 142).

Deve-se observar, por fim, que uma outra linha de propostas relacionadas ao recurso à estrutura de custos dos concorrentes direciona-se à defesa da empresa dominante. Afirma-se que rivais podem ter custos distintos (produtos diferenciados), ou maior eficiência que a empresa verticalmente integrada, de modo que não seriam prejudicados pela compressão de margens. Faella e Pardolesi, analisando essas propostas, observam os mesmos problemas de insegurança jurídica e riscos de colusão do teste do concorrente razoavelmente eficiente, além do fato de que esse critério poderia permitir que a empresa dominante se apropriasse das reduções de custo feitas pelos rivais. Assim, para os autores, essa metodologia só poderia ser útil na etapa de análise de eficiências e efeitos anticompetitivos da compressão de margens (FAELLA; PARDOLESI, 2010, p. 277-279).

5.4 Efeitos de condenações errôneas nos incentivos ao investimento por empresas dominantes

Como discutido no capítulo anterior, uma das influências mais marcantes da Escola de Chicago na teoria do direito concorrencial é a formulação de uma teoria dos custos dos erros antitruste, que manifesta uma preferência genérica por falsos negativos (erros tipo I ou falsas absolvições) em lugar de falsos positivos (erros tipo II ou falsas condenações) (EASTERBROOK, 1984, p. 3).

Essa postura menos intervencionista, no caso da compressão de margens, seria um

³²⁷ No original: “That said, it cannot be ruled out that the costs and prices of competitors may be relevant to the examination of the pricing practice at issue in the main proceedings. That might in particular be the case where the cost structure of the dominant undertaking is not precisely identifiable for objective reasons, or where the service supplied to competitors consists in the mere use of an infrastructure the production cost of which has already been written off, so that access to such an infrastructure no longer represents a cost for the dominant undertaking which is economically comparable to the cost which its competitors have to incur to have access to it, or again where the particular market conditions of competition dictate it, by reason, for example, of the fact that the level of the dominant undertaking’s costs is specifically attributable to the competitively advantageous situation in which its dominant position places it”.

meio de, dentre outras razões, evitar que a atuação estatal “esfrie” a concorrência, uma vez que o risco de condenações errôneas desestimularia uma atitude agressiva dos concorrentes verticalmente integrados (CARLTON, 2008, p. 278; SIDAK, 2007, p. 307).

A Suprema Corte dos Estados Unidos da América, em suas decisões para os casos *Trinko* e *LinkLine*, também se baseou, em grande parte, no efeito negativo que falsos positivos teriam nos incentivos para a concorrência, investimento e inovação³²⁸.

O mesmo raciocínio foi utilizado em *linkLine* para justificar a subsunção dos preços de varejo aos parâmetros de preço predatório estabelecidos em *Brooke Group* (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III).

A jurisprudência europeia, igualmente, reafirma a necessidade de apurar os efeitos da intervenção concorrencial nos incentivos de investimento das empresas dominantes.

No caso da recusa de venda, por exemplo, o estabelecimento de requisitos como a *indispensabilidade* diz respeito à preocupação geral de se evitar falsos positivos e, assim, preservar os incentivos ao investimento e inovação no mercado relevante. Isso se aplica tanto para a empresa com posição dominante – que poderia ser desestimulada a investir em face de uma obrigação de compartilhamento aplicada de forma irrazoável – bem como para os demais concorrentes – que se poderiam beneficiar do investimento da empresa dominante como “caroneiros” (*free riders*) (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 75).

O que parece ser uma tendência notável, contudo, é a apuração desses incentivos em relação a cada caso específico, sem se apoiar em presunções generalizantes sobre o comportamento dos agentes econômicos.

Ainda quanto à recusa de venda, essa postura é exemplificada pela própria *Orientação* da Comissão Europeia, que estabelece não ser necessária a comprovação da *indispensabilidade* de um bem para a configuração de uma recusa de contratar quando “a posição da empresa dominante no mercado a montante foi desenvolvida ao abrigo da protecção de direitos especiais ou exclusivos ou foi financiada por recursos estatais” (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 82).

Assim, se a posição dominante é derivada, por exemplo, de um antigo monopólio legal (o que é comum em setores privatizados) ou de outra forma de financiamento estatal, não há investimento empresarial inovador a ser protegido e fica “evidente que a imposição da obrigação de fornecimento não terá, manifestamente, efeitos negativos sobre os incentivos do

³²⁸ Observou a Suprema Corte em *Trinko*: “Inferências errôneas e as falsas condenações ‘são especialmente custosas, porque elas esfriam a própria conduta que as leis antitruste são desenhadas para proteger’ [...]. O custo de falsos positivos aconselha contra uma expansão indevida da responsabilidade sob o §2” (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. 14, tradução livre).

proprietário do produto e/ou de outros operadores para investirem e inovarem a montante, seja de forma *ex ante* ou *ex post*” (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 82).

Também nos casos de compressão de margens, a CEJ e a Comissão levaram em consideração, cuidadosamente, os investimentos feitos pelas empresas dominantes, bem como a *origem* de seu poder econômico.

No caso *Deutsche Telekom*, o fato de a empresa ter usufruído de um monopólio legal antes da liberalização foi parte da justificativa para a razoabilidade da configuração do abuso:

Uma vez que o mercado de varejo para serviços de acesso para consumidores finais constitui um mercado em separado, e os serviços de acesso à rede local de assinantes no atacado são indispensáveis para permitir concorrentes que são pelo menos tão eficientes quanto o apelante para entrar em concorrência efetiva naquele mercado com uma empresa que, como no caso da apelante, **tem uma posição dominante amplamente como resultado do monopólio legal de que usufruiu antes da liberalização do setor de telecomunicações**, o estabelecimento de um sistema de concorrência não-distorcida requer que a empresa dominante não pode ser capaz – por meio de suas práticas de precificação no mercado de varejo – de impor em todos os seus concorrentes igualmente eficientes uma desvantagem competitiva [...].³²⁹ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010b, § 234, tradução livre, sem grifos no original).

No mesmo sentido, no caso *Telefónica*, a decisão da Comissão Europeia observou que os incentivos *ex ante* para investimento pela *Telefónica* não seriam ameaçados pela decisão, uma vez que “a infraestrutura da Telefónica é em grande margem o fruto de investimentos que foram empreendidos bem antes do advento da banda-larga na Espanha e que, assim, não tiveram relação com o fornecimento de serviços de banda larga” (UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias, 2007, § 304, tradução livre). Ademais, tais investimentos teriam sido

empreendidos em um contexto em que a Telefónica se estava beneficiando de direitos especial ou exclusivos que a protegiam da concorrência. O critério de investimento utilizado por um antigo monopólio à época teria levado ao

³²⁹ No original: “Since the retail market for end-user access services constitutes a separate market, and wholesale local loop access services are indispensable to enabling competitors who are at least as efficient as the appellant to enter into effective competition on that market with an undertaking which, as in the appellant’s case, has a dominant position largely as a result of the legal monopoly it enjoyed before the liberalisation of the telecommunications sector, the establishment of a system of undistorted competition requires that the dominant undertaking should not be able – by means of its pricing practices on that retail market – to impose on all its equally efficient competitors a competitive disadvantage such as to prevent or restrict their access to that market or the growth of their activities on it”.

investimento ser feito mesmo se ele teria um dever de fornecimento.³³⁰ (UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias, 2007, § 304, tradução livre).

Igualmente, no *TeliaSonera*, parte da análise da CEJ observou a importância de aplicação do artigo 102 no mercado relevante uma vez que “sua estrutura concorrencial ainda é altamente influenciada por sua estrutura monopolística anterior”³³¹ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 109, tradução livre).

Ainda sobre o *TeliaSonera*, é importante notar que, se, como visto no capítulo anterior, a teoria dos custos dos erros defende maior comedimento na intervenção antitruste em mercados de alta tecnologia, crescentes, com alto nível de investimentos e com grande dinamismo, a CEJ decidiu justamente pelo contrário. Para a CEJ, é justamente pelo fato de se tratarem de mercados com grande nível de dinamismo que a intervenção antitruste é ainda mais importante e deve ser tempestiva³³².

5.5 Os efeitos da proibição da compressão de margens no comportamento empresarial, diante da presença ou ausência de obrigação de contratar

Uma discussão conexa refere-se aos efeitos de condenações – mesmo que acertadas – no comportamento estratégico de empresas dominantes. Mais especificamente, busca-se efetuar projeções sobre os efeitos da proibição da compressão de margens nos incentivos de atuação da empresa verticalmente integrada, levando em conta a existência, ou não, de obrigação de contratar.

³³⁰ No original: “Telefónica’s ex ante incentive to invest in its infrastructure are not at stake in the present case. Indeed, it is of significance that Telefónica’s infrastructure is to a large extent the fruit of investments that were undertaken well before the advent of broadband in Spain and that thus bore no relation to the provision of broadband services (but for the provision of traditional fixed telephony services). Also, those original investments were undertaken in a context where Telefónica was benefiting from special or exclusive rights that shielded it from competition. The investment criteria used by the former monopoly at that time would have led to the investment being made even if there would have been a duty to supply”.

³³¹ No original: “That is therefore all the more true of a market, such as that of supplying high speed internet access services, which is closely linked to another market, such as the local loop access market in the telecommunications sector. Not only is that market in no way new or emerging, but its competitive structure is also still highly influenced by the former monopolistic structure. The possibility that undertakings may exploit their dominant position in that market in such a way as to impair the development of competition in a rapidly growing neighbouring market means that no derogation from the application of Article 102 TFEU can be tolerated”.

³³² “Particularmente em um mercado rapidamente crescente, o artigo 102 TFEU requer ação tão rápido quanto possível, para prevenir a formação e consolidação naquele mercado de uma estrutura competitiva distorcida pela estratégia abusiva de uma empresa que tem posição dominante naquele mercado ou em um mercado vizinho proximamente relacionado, isto é, se requer atuação antes que os efeitos anticompetitivos daquela estratégia sejam concretizados” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 108, tradução livre).

Quando a empresa dominante está sujeita a obrigação de contratar, destaca-se a teoria do “guarda-chuva de preços”, segundo a qual, diante da ameaça de condenação em razão da compressão de margens, a empresa dominante (com obrigação de contratar³³³), ao invés de reduzir os preços de atacado, iria evitar a margem negativa através da elevação de seus preços de varejo, protegendo seus concorrentes sob um “guarda-chuva” de preços e prejudicando o bem-estar do consumidor (CARLTON, 2008, p. 277). Outra possibilidade seria que a empresa se retirasse do mercado, caso incidisse sobre ela uma obrigação de contratar sob condições específicas (CARLTON, 2008, p. 278).

Deste modo, mesmo que reconhecidos os efeitos danosos da prática, a intervenção antitruste teria o risco potencial de agravar a situação³³⁴. Essa é uma das razões pelas quais alguns autores defendem que a conduta não seja considerada um ilícito antitruste, em atenção à finalidade da proteção do bem-estar do consumidor³³⁵.

A teoria do “guarda-chuva” de preços, embora não tenha sido objeto de análise extensa pelas decisões europeias analisadas, é relativizada por alguns autores. Choné, Komly e Meunier (2010), por exemplo, concordam com a teoria do guarda-chuva de preços mas observam, em referência a setores em que o preço do insumo de atacado é regulado de forma imperfeita (muito distante ou muito próxima ao custo marginal do insumo de atacado), a proibição da compressão de margens pode estimular a entrada de empresas eficientes e, assim, impedir a ocorrência do efeito guarda-chuva, reduzindo os preços.

O medo de uma compressão de margens pode induzir empresas eficientes a desistir da entrada. Como resultado, ausente a proibição da compressão, o operador verticalmente integrado pode usufruir de um monopólio sem implementar de fato uma compressão de margens; a entrada é dissuadida através da mera ameaça de uma compressão. Uma proibição à compressão elimina essa ameaça, fazendo assim a entrada eficiente mais lucrativa. Quando a regulação da taxa de acesso não é muito frouxa ou muito apertada, uma proibição na compressão aumenta o excedente do consumidor e o bem-estar total (CHONÉ; KOMLY; MEUNIER, 2010, p. 2, tradução livre).

³³³ Para a empresa que não possui obrigação de contratar, afirma-se que ela iria, simplesmente, recusar o fornecimento (Cf. discussão acerca dessa hipótese, elaborada acima).

³³⁴ No mesmo sentido, Jullien, Rey e Saavedra (2014) – embora, como se verá abaixo, demonstrem que o *margin squeeze* é uma estratégia racional para a empresa dominante que pode, em alguns casos, prejudicar o bem-estar do consumidor – observam que o risco do efeito guarda-chuva faz com que a desejabilidade de intervenção em casos de compressão de margem seja ambígua (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 24-26).

³³⁵ Robert Bork, J. Gregory Sidak e outros economistas estadunidenses, em *Amici Curiae* ao caso *linkLine* perante a Suprema Corte dos EUA, defendem essa posição: “Não é viável ou aconselhável usar a legislação antitruste para fazer uma empresa verticalmente integrada responsável por garantir a lucratividade de seus concorrentes no mercado a jusante. Tal regra criaria um incentivo poderoso para a empresa verticalmente integrada elevar seu preço de varejo para reduzir o risco de processos antitruste por concorrentes a jusante não-lucrativos. Esse resultado é antitético ao objetivo de bem-estar do consumidor que anima a lei antitruste Americana” (BORK; SIDAK, 2009, p. 14, tradução livre).

Por outro lado, também são analisados os incentivos da empresa dominante *ausente* obrigação de contratar, cenário cuja importância destacou-se após a decisão da CEJ em *Teliasonera* – que consolidou o entendimento de que a teoria da compressão de margens é autônoma em face da recusa de venda.

Para além da afirmação da racionalidade comum entre a recusa de venda e a compressão de margens, os argumentos contrários à autonomia conceitual da conduta giram em torno da seguinte noção: na ausência da obrigação de contratar, a empresa dominante, diante do risco de condenação errônea por compressão de margens (um falso positivo), não arriscaria fornecer o bem ou serviço a seus concorrentes³³⁶.

Na ausência de um dever de contratar, a Empresa 1 não teria nenhum dever de fornecer o Produto A como um insumo à Empresa 2, mas, se o fizesse, estaria sujeita a potencial responsabilidade se os preços que cobrasse para o Produto A e Produto B excluíssem a Empresa 2 do mercado para o Produto B. Por hipótese, a Empresa 1 pode excluir a Empresa 2 do mercado para o Produto B simplesmente recusando fornecer o Produto A de todo.³³⁷ (CARLTON, 2008, p. 276, tradução livre).

Como estabelecido pela Corte Europeia de Justiça, contudo, essa lógica faria com que a maioria das condutas unilaterais fosse necessariamente derivada da recusa de venda, sempre que a discussão girasse em torno de termos contratuais (como a venda casada), o que não é o caso – mesmo na jurisprudência estadunidense. Isso reduziria, consideravelmente, a efetividade do art. 102 do TFEU (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, § 58).

Além disso, a proibição da compressão de margens implica na imposição de um dever *negativo* à empresa (não praticar a compressão, caso decida voluntariamente contratar), o que é compatível com a teoria da “responsabilidade especial” da empresa dominante e, assim, menos intervencionista que a imposição de um dever *positivo* de contratar (MEISEL, 2012, p. 394). Assim, a proibição da compressão de margens sem imposição de dever de contratar

³³⁶ No mesmo sentido, observam Faella e Pardolesi: “Há razões válidas para acreditar que a recusa de venda e a compressão de preços representam dois lados da mesma moeda e devem ser tratados de modo consistente. Se uma recusa de venda infringe as regras concorrenciais, autoridades antitruste e cortes devem ser capazes de intervir no caso da compressão de preços para prevenir a elisão do dever de fornecer. Por outro lado, se a recusa de venda é lícita, não faz sentido proibir a compressão de preços, uma vez que a empresa dominante poderia obter o mesmo resultado simplesmente recusando fornecer o insumo aos rivais” (FAELLA; PARDOLESI, 2010, p. 270, tradução livre)

³³⁷ No original: “In the absence of a duty to deal, Firm 1 would have no duty to provide Product A as an input to Firm 2, but if it did so, it would be subject to potential liability if the prices that it charged for Product A and Product B excluded Firm 2 from the market for Product B. By hypotheses, Firm 1 can exclude Firm 2 from the market for Product B simply by refusing to provide Product A at all”.

configuraria uma intervenção menos prejudicial aos incentivos de investimento da empresa dominante³³⁸.

É pertinente, ademais, questionar: se há situações em que, ausente obrigação de contratar, a compressão de margens, mesmo assim, gera efeitos anticoncorrenciais relevantes – e se há a necessidade de requisitos comuns às duas condutas – por que razão a solução desse impasse deveria passar pela contração da teoria da compressão de margens, e não pela expansão da teoria da recusa de venda?³³⁹

Por fim – e em referência tanto aos cenários de presença quanto de ausência de obrigação de contratar – é importante rememorar uma das principais críticas à teoria dos custos dos erros, analisada no capítulo anterior: a carência de análises empíricas que suportem as presunções genéricas e universalizantes sobre o comportamento empresarial, subjacentes a tais teorias (DEVLIN; JACOBS, 2010b, p. 97).

Nessa linha, quanto à compressão de margens, Meisel (2012, p. 392) observa que – muito embora a compressão de margens tenha sido considerada uma teoria possível para responsabilização antitruste ao longo de mais de seis décadas nos EUA, entre *Alcoa* (1945) e *linkLine* (2010) – não há evidência empírica da ocorrência dos efeitos danosos acima alegados³⁴⁰.

É problemático, ainda, que essas projeções presumam que o principal objetivo de uma empresa dominante, nesse caso, seria eximir-se do risco de responsabilidade por compressão de margens. Evitar esse risco é considerado predominante em relação a todos os outros incentivos contrapostos a que está sujeita a empresa dominante – como auferir a lucratividade gerada pela venda do insumo no atacado para os concorrentes do varejo, mesmo ausente

³³⁸ “As autoridades antitruste devem atingir um alto padrão quando instruem uma empresa a ajudar seus rivais. Por outro lado, um dever de não adotar certo tipo de comportamento, um dever negativo, é mais em linha com os precedentes antitruste. A responsabilidade por compressão de margem não é tão invasiva na liberdade de um monopolista para usar sua propriedade como o desejar mas, ao invés, instrui o monopolista, quando escolheu contratar voluntariamente, a se abster de certo comportamento de precificação que pode ter efeitos anticompetitivos no bem-estar do consumidor. Uma vez que a empresa dominante decidiu contratar voluntariamente com concorrentes, preocupações sobre o efeito negativo nos incentivos de investimento ex ante da empresa dominante devem ser descontadas” (MEISEL, 2012, p. 394, tradução livre).

³³⁹ De fato, Bergqvist e Townsend (2015, p. 21) notam que, justamente na linha dessa ideia, a postura da Comissão Europeia tem sido a defesa de critérios menos rigorosos para as recusas presumidas de contratar do que os tradicionalmente adotados para recusas expressas de contratar.

³⁴⁰ Observa Meisel: “Dada a realidade da possibilidade de responsabilidade por compressão de preços desde *Alcoa* até *linkLine*, esperar-se-ia observar dados empíricos, ou pelo menos histórias anedóticas, abordando os efeitos prejudiciais no impedimento de redução dos preços de varejo ou integração vertical eficiente. No entanto, tais dados não existem. [...] Aferir a probabilidade de que a empresa dominante irá agir para evitar a responsabilidade pela compressão de margens é uma empreitada empírica que não pode ser deduzida de generalidades teóricas. Evidência concreta de que a ameaça de responsabilidade por compressão de margens instigou as empresas dominantes a aumentarem preços ou se absterem de integração vertical eficiente não foi obtida” (MEISEL, 2012, p. 392, tradução livre).

obrigação de contratar – o que não é necessariamente verdade em todos os casos (MEISEL, 2012, p. 394).

Por todas essas razões, parece ser preferível uma análise desses incentivos e potenciais consequências da intervenção antitruste em cada caso concreto, ao invés de se estabelecer regras genéricas que neguem qualquer possibilidade de intervenção.

5.6 A relação entre antitruste e regulação sob a perspectiva da conduta da compressão de margens

Outra fronteira evidente nos debates acerca da compressão de margens é baseada na perspectiva institucional que divide os horizontes de atuação dos órgãos de defesa da concorrência, de um lado, e das agências de regulação setorial, de outro.

No sistema estadunidense, as discussões sobre concorrência e regulação giram em torno da identificação de *imunidades implícitas* na relação entre o *Sherman Act* (que é uma lei federal) e os demais regimes regulatórios também estabelecidos por força de lei (no âmbito federal e estadual).

No âmbito estadual, a análise é efetuada sob a *State Action Doctrine*, que parte do princípio federalista de que o Congresso, ao formular a legislação federal antitruste, não teve o objetivo de constranger a ação estadual. Assim sendo, há imunidade antitruste implícita para regimes regulatórios estaduais sempre que eles sejam considerados “claramente articulados” e “ativamente supervisionados” (CASTRO, 2010).

No âmbito federal, como regra, busca-se identificar se o regime regulatório foi estabelecido de modo “pervasivo”: se é possível identificar que houve intenção do Congresso dos EUA em excluir a incidência do *Sherman Act*, o setor estaria imune da intervenção antitruste.

Observa Hovenkamp, contudo, que a jurisprudência mais recente da Suprema Corte tem-se direcionado a uma avaliação mais detida dos setores regulados, levando em consideração o efetivo controle empreendido pela agência reguladora, em cada caso específico (HOVENKAMP, 2011, p. 273). A avaliação, mesmo assim, é direcionada no sentido de identificação de imunidades implícitas à legislação antitruste³⁴¹.

³⁴¹ “Em resumo, se um regime regulatório é ‘pervasivo’ não é nem de perto tão importante quanto é a resposta a questões como (1) se a conduta sendo questionada estava dentro da jurisdição da agência; (2) se ela foi de fato apresentada à agência para exame; (3) se a agência apropriadamente examinou as consequências anticoncorrenciais potenciais; (4) se a aplicação da legislação antitruste nessa instância particular criaria determinações inconsistentes ou frustraria a operação do processo regulatório; e (5) se a agência tem conhecimento técnico especial não geralmente disponível a tribunais antitruste para avaliar uma pretensão específica” (HOVENKAMP, 2011, p. 773, tradução livre).

É possível identificar, não obstante, nos casos mais relevantes para o presente trabalho, que é geralmente entendido pela Suprema Corte que a presença de uma agência regulatória reduz significativamente o risco de prejuízo ao bem-estar do consumidor, tornando-se redundante a aplicação do Sherman Act.

No caso *Trinko*, por exemplo, a legislação pertinente ao setor de telecomunicações expressamente afirmava que nenhum aspecto de suas disposições deveria ser interpretado para o fim de modificar ou impedir a aplicação da legislação antitruste. Ainda assim, a aplicação a decisão da Suprema Corte, analisando os contornos da regulação, concluiu pela sua suficiência para prevenção do dano ao bem-estar social no caso específico:

Quando existe uma estrutura regulatória desenhada para deter e remediar dano anticompetitivo, o benefício adicional à concorrência oferecido pela aplicação da lei antitruste tenderá a ser pequeno, e será menos plausível que as leis antitruste contemplam tal escrutínio adicional.³⁴² (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. 3, tradução livre).

Também se discute a viabilidade da intervenção em sede de uma possível divisão de papéis entre antitruste e regulação. As agências regulatórias teriam melhor capacidade de lidar com a enorme complexidade das questões técnicas e econômicas daquele setor, o que seria difícil para uma agência antitruste.

Alegações de violações aos deveres do §251(c)(3) são difíceis para serem avaliadas por cortes antitruste, não só porque são altamente técnicas, mas também porque tendem a ser extremamente numerosas, dado a incessante, complexa e constantemente variável interação de LECs competitivas e incumbentes ao implementar as obrigações de compartilhamento e interconexão.³⁴³ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. 14, tradução livre).

Ademais, como mencionado acima, os remédios antitruste em casos como a recusa de venda e compressão de margens exigiriam que a corte antitruste agisse como um “planejador central”, ajustando preços e outros termos da relação comercial a cada alteração nas condições econômicas do mercado³⁴⁴.

³⁴² No original: “When there exists a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny”.

³⁴³ No original: “Allegations of violations of §251(c)(3) duties are difficult for antitrust courts to evaluate, not only because they are highly technical, but also because they are likely to be extremely numerous, given the incessant, complex, and constantly changing interaction of competitive and incumbent LECs implementing the sharing and interconnection obligations”.

³⁴⁴ Esse elemento da decisão em *Trinko* foi também utilizado como fundamento para a decisão em *linkLine* (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2009, p. III).

Compartilhamento compulsório também requer que cortes antitruste atuem como planejadores centrais, identificando o preço, quantidade e outros termos de contratação adequados – um papel para o qual são inadequadas.³⁴⁵ (UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court, 2004, p. 8, tradução livre).

Outro argumento comum é que a função de promover a competitividade em determinados setores econômicos, através de adoção de medidas contra a compressão, poderia ser legitimamente desempenhada por uma agência reguladora, mas não por um órgão de defesa da concorrência.

A meta dos órgãos de defesa da concorrência seria, tão-somente, a garantia do bem-estar do consumidor em curto prazo (BERGQVIST; TOWNSEND, 2015, p. 20), através da manutenção da “concorrência normal”, sem as preocupações tipicamente regulatórias – relacionadas à ampliação da competitividade, parâmetros mínimos de qualidade, universalização do serviço e outras – que justificariam uma postura mais intervencionista das agências reguladoras quanto à obrigação de compartilhamento e garantia de entrada viável para rivais (AUF’MKOLK, 2012, p. 153). Assim, sob essa visão, enquanto o órgão de defesa da concorrência visa à *proteção* da concorrência, a agência reguladora direciona-se à *promoção* da concorrência em setores ocupados previamente por monopólios legais³⁴⁶ (CADMAN, 2011, p. 25).

Bork e Sidak afirmam, com base nessa ideia, que “a compressão de preços é uma tarefa regulatória, não uma causa de ação antitruste” (BORK; SIDAK, 2009, p. 14, tradução livre)³⁴⁷.

Na jurisprudência da Corte Europeia de Justiça, contudo, o que se identifica é uma relação de *complementaridade* entre concorrência e regulação. Desse modo, não há imunidade antitruste implícita para setores regulados, via de regra. O abuso de posição dominante somente é descaracterizado quando a conduta anticoncorrencial é *exigida* pela regulação que incide sobre a empresa dominante.

³⁴⁵ No original: “Enforced sharing also requires antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity, and other terms of dealing — a role for which they are ill-suited”.

³⁴⁶ No mesmo sentido, observam Faella e Pardolesi: “A aplicação das regras de concorrência da CE aos mais relevantes casos de compressão de margens europeus – ie os casos Deutsche Telekom e Telefónica – foi amplamente influenciada por critérios e considerações regulatórios, que afetaram a resolução de algumas questões críticas levantadas pela avaliação da prática. Essa abordagem pode levar a inconsistências no sistema antitruste. Enquanto agências reguladoras podem usufruir de certo nível de discricção na definição das medidas direcionadas à promoção da entrada e crescimento de concorrentes menores, a intervenção antitruste na compressão de preços deve ser sujeita a limites e critérios consistentes com outras teorias de responsabilidade antitruste” (FAELLA; PARDOLESI, 2010, p. 267, tradução livre).

³⁴⁷ No mesmo sentido, referindo-se não só às compressões de preço, como também às recusas de venda como uma preocupação intrinsecamente regulatória, cf. Orbach e Avraham (2012, p. 18).

De acordo com a jurisprudência da Corte de Justiça, é somente se a conduta anticompetitiva é exigida das empresas por legislação nacional, ou se essa última cria uma estrutura legal que por si só elimina a possibilidade de atividade competitiva de sua parte, que os Artigos 81 EC e 82 EC não se aplicam. Nessa situação, a restrição da concorrência não é atribuível, como essas provisões implicitamente requerem, a conduta autônoma das empresas. Os Artigos 81 EC e 82 EC aplicam-se, contudo, se se verifica que deixa aberta a possibilidade de a concorrência ser impedida, restrita ou distorcida pela conduta autônoma das empresas [...].³⁴⁸ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010b, § 80, tradução livre)

Observam Whish e Bailey (2012, p. 138) que, na jurisprudência da CEJ, essa defesa em razão de *compulsão estatal* só incide quando não há qualquer espaço de autonomia para a empresa dominante, não incidindo em situações em que a regulação meramente encoraja ou facilita a prática danosa.

Como já apresentado acima, esse posicionamento foi especialmente decisivo para os casos de compressão de margens em que, embora o preço de atacado fosse regulado, a empresa tinha a liberdade de fixação dos preços de varejo, estando sob o escopo de sua autonomia, portanto, a fixação da margem ilícita³⁴⁹.

A concepção da relação entre concorrência e regulação é dependente do contexto constitucional de cada jurisdição. As propostas de separação de funções e de reconhecimento de imunidade antitruste, acima mencionadas, são dificilmente compatíveis com jurisdições em que se reconhece a livre concorrência como princípio constitucional, como se verá adiante.

5.7 Compressão de margens e bem-estar do consumidor: racionalidade econômica da prática

Outra importante frente de debates acerca da prática diz respeito à necessidade de ela tornar-se uma preocupação antitruste: seria lucrativo para uma empresa verticalmente integrada a compressão da margem de seus concorrentes?

³⁴⁸ No original: “According to the case-law of the Court of Justice, it is only if anti-competitive conduct is required of undertakings by national legislation, or if the latter creates a legal framework which itself eliminates any possibility of competitive activity on their part, that Articles 81 EC and 82 EC do not apply. In such a situation, the restriction of competition is not attributable, as those provisions implicitly require, to the autonomous conduct of the undertakings. Articles 81 EC and 82 EC may apply, however, if it is found that the national legislation leaves open the possibility of competition which may be prevented, restricted or distorted by the autonomous conduct of undertakings (Joined Cases C-359/95 P and C-379/95 P Commission and France v Ladbroke Racing [1997] ECR I-6265, paragraphs 33 and 34 and the case-law cited)”.

³⁴⁹ É o que estabeleceu a Corte Europeia de Justiça: “Ademais, na medida em que o apelante defende que a adequação do teste de *margin squeeze* depende do nível dos preços de atacado para acesso a serviços de rede local fixados pela autoridade reguladora nacional, deve ser observado que [...] a natureza abusiva para o propósito do Artigo 82 EC da prática de precificação do apelante em questão naquele julgamento deriva do caráter não-equitativo da margem – resultando em uma compressão de margens de seus concorrentes igualmente eficientes – entre os preços de atacado em questão e seus preços de varejo para serviços de acesso para usuários finais” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2010, § 167, tradução livre).

A racionalidade econômica da compressão de margens é posta em dúvida com o recurso à teoria do “lucro único de monopólio” originária da Escola de Chicago (“*single monopoly profit*”). Em linhas gerais, essa teoria observa – com relação a um monopolista verticalmente integrado que controla um insumo no mercado a montante – que a fonte dos lucros de monopólio é apenas uma (os consumidores finais). Portanto, se um agente econômico já controla um item da cadeia vertical de produção, é capaz de – exercendo seu poder de precificação do insumo no atacado – de absorver toda a renda de monopólio, capturando os ganhos dos rivais a jusante. Assim sendo, o monopolista não precisa “alavancar” seu poder de mercado e excluir os rivais a jusante (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 13).

Com base nessa teoria, defende-se que não há incentivo econômico para que uma empresa verticalmente integrada não-regulada empreenda a compressão de margens, já que poderia, simplesmente, elevar o preço do insumo que controla e, daí, extrair as rendas de monopólio existentes na cadeia de produção³⁵⁰.

Defende-se, ainda, que, embora teoricamente fosse possível conceber hipóteses em que a teoria do único lucro de monopólio não se aplica³⁵¹, tais situações seriam complicadas e com resultados ambíguos para o bem-estar total do consumidor (CARLTON, 2008, p. 275).

Com base nessas (dentre outras) razões, sugere-se que a compressão de margens não deve ser considerada uma teoria de ilícito anticoncorrencial, uma vez que uma empresa dominante não tem incentivos para realizar a “alavancagem” de seu poder de mercado a jusante.

A validade da teoria do “único lucro de monopólio” para a compressão de margens, contudo, é objeto de discussão por outros autores, especialmente com base nas teorias Pós-

³⁵⁰ Observa Sidak: “A teoria da compressão de preços não é limitada a indústrias reguladas. De acordo com Aspen Skiing, um dever de contratar pode originar-se de um curso prévio de contratações de um monopolista com um concorrente a jusante. De início, é importante questionar se a teoria faz qualquer sentido econômico. Se uma empresa não-regulada, verticalmente integrada é uma monopolista no fornecimento de um insumo gargalo, e se os concorrentes a jusante usam esse insumo em proporção fixas para a produção do produto de varejo, então a ‘teoria do único lucro de monopólio’ implica que a empresa verticalmente integrada não tem incentivo para tentar a compressão de preços. Ela pode extrair toda a renda de monopólio disponível elevando o preço do insumo gargalo. Ela não precisa manipular a margem entre aquele preço e o preço de varejo” (SIDAK, 2007, p. 298, tradução livre).

³⁵¹ Carlton (2008, p. 274-275) analisa o exemplo de quando a empresa autônoma, rival no varejo da empresa verticalmente integrada, comercializa um produto diferenciado, com taxa de lucro superior ao normal: se a empresa verticalmente integrada não consegue extrair as rendas de monopólio adequadamente nesse caso, pode ser interessante a exclusão do rival autônomo no varejo, o que pode prejudicar os consumidores do produto diferenciado (caso o produto diferenciado seja retirado do mercado, ou passe a ser produzido com menos eficiência pela empresa verticalmente integrada). Também nesse caso, para o autor, os resultados seriam ambíguos porque a empresa verticalmente integrada poderia oferecer o produto diferenciado a um preço menor, já que conta com as reduções de custo da integração vertical.

Chicago de fechamento de mercado (“*foreclosure*”).

A literatura econômica Pós-Chicago, embora não necessariamente refute a ideia do “único lucro de monopólio”, verifica que sua validade é dependente de da presença de pressupostos muito estritos – como um mercado de varejo em concorrência perfeita e uma complementaridade perfeita entre insumos e produtos – não sendo, necessariamente, extensível a outras situações (CROCIONI; VELJANOVSKI, 2003, p. 36).

Nesse sentido, para Bergqvist e Townsend (2015, p. 8), alguns elementos, como a presença de economias de escala e escopo, efeitos de rede e a existência de regulação de preço, podem tornar economicamente lucrativo o fechamento de mercado através da compressão de margens.

Igualmente, Meisel (2012, p. 393) analisa que, diante do fato de que a empresa atua em dois mercados verticalmente relacionados, ela precisa balancear seus incentivos entre (i) a lucratividade obtida pela venda do insumo de atacado aos seus rivais e (ii) aquela obtida caso utilize seu insumo para produzir seus próprios produtos de varejo. O incentivo para compressão de margens, então, para o autor, seria dependente de variáveis como a lucratividade relativa do mercado a montante, a probabilidade de capturar os clientes dos concorrente de varejo, a diferenciação dos produtos, a eficiência dos rivais autônomos no varejo e existência de insumos alternativos, dentre outros (MEISEL, 2012, p. 393).

Sob um foco diferente, além disso, as teorias contemporâneas de fechamento de mercado teorizam – com relação à empresa não-regulada, verticalmente integrada, com monopólio a montante – que a adoção da compressão de margens, embora não vise à “alavancagem” do monopólio para o mercado a jusante, pode objetivar proteger ou otimizar a exploração da posição dominante no próprio mercado a montante³⁵² (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 14).

Jullien, Rey e Saavedra (2014, p. 15) analisam que o fechamento vertical de mercado por uma empresa não-regulada (ou sob fraca regulação) poderia ocorrer sob três lógicas principais.

A primeira seria o fato de que a exclusão de rivais a jusante permitiria a otimização do

³⁵² Embora esses autores identifiquem que é possível identificar racionalidade econômica na adoção da compressão de margens, o mesmo trabalho apresenta reservas quanto à viabilidade de uma proibição da prática. Isso será analisado no tópico seguinte.

exercício de poder de mercado pelo monopolista a montante³⁵³. Assim, no caso da compressão de margens, após fornecer seu insumo a uma empresa no varejo, a empresa a montante tem incentivos para oferecer seu produto a outras empresas a jusante (concorrentes da primeira empresa) sob condições que, se antevistas pela primeira empresa, desvalorizariam o primeiro contrato (uma vez que ela enfrentará concorrência, portanto a expectativa de retorno com relação ao insumo diminui). Essa situação prejudica a lucratividade da empresa dominante, que irá preferir menos concorrentes no mercado de varejo³⁵⁴.

Para evitar essa dissipação de lucros, então, pode ser racional que a empresa restrinja a concorrência no mercado de varejo (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 16).

A segunda lógica seria a proteção do mercado núcleo (a posição dominante no mercado a montante), quando a entrada no mercado de varejo facilita a entrada no atacado, através da adoção de práticas que obriguem os rivais a entrarem simultaneamente nos dois mercados, ou impedindo que os concorrentes avancem na “escada de investimentos” em mercados em que a entrada deve-se dar passo-a-passo (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 18).

A terceira lógica seria a adoção da compressão de margens como prática exploratória ao invés de exclusionária. O monopolista a montante pode elevar os preços para se apropriar do valor criado no varejo, gerando a escassez artificial (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 19). Dessa situação se depreende uma peculiaridade importante da racionalidade econômica da compressão de margens: o *trade-off* a ser considerado pela empresa verticalmente integrada, entre a renda obtida pelas vendas de atacado (fornecimento de insumo aos concorrentes a jusante – lógica exploratória) e a renda obtida pelas vendas de varejo (que

³⁵³ Os autores apresentam o exemplo do contrato de franquia: “É improvável que franqueados, por exemplo, paguem muito aos franqueadores se eles não têm a garantia de que concorrentes não irão instalar-se às suas portas; franqueadores então gostariam de prometer limitar o número de franqueados. Há, entretanto, um problema de comprometimento: já tendo negociado com alguns franqueados, o franqueador é tentado a aceitar franqueados adicionais; mas isso deprecia o valor dos primeiros franqueados, o que, se antecipado, reduz o lucro ex ante do franqueador” (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 15, tradução livre).

³⁵⁴ “[...] mais genericamente, o proprietário do gargalo gostaria de se comprometer a certo volume de acesso, para limitar a concorrência e a dissipação de lucros, mas pode ser tentado a permitir mais acesso quando contratando bilateralmente com cada concorrente; como resultado, a concorrência no mercado a jusante ‘penetra’ no mercado do gargalo e dissipa os lucros da empresa dominante” (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 15, tradução livre).

umentam quando há exclusão de concorrentes – lógica exclusionária)³⁵⁵.

Já para a empresa sob estrita regulação dos preços de acesso, a lógica apontada por Jullien, Rey e Saavedra (2014, p. 29) seria a da predação, embora esses autores entendam que os testes de predação comuns não levam em consideração a integração vertical e necessitariam, portanto, de correções (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 29).

É necessário ter clareza, acima de tudo, que a avaliação do impacto de condutas exclusionárias – e de sua proibição – é um exercício teórico que depende, antes de tudo, do entendimento acerca da finalidade do antitruste, o que é derivado de uma escolha, sobretudo, política. Boa parte das discussões aqui apresentadas partem do pressuposto de que a finalidade do antitruste é o bem estar total (*total welfare*) e, portanto, sua transferibilidade a outras jurisdições merece cautela – vide, por exemplo, o posicionamento europeu apresentado acima.

Mesmo, contudo, que se assuma como objetivo do antitruste o bem-estar total, é possível concluir que a existência das divergências em questão é suficiente para que sejam rejeitadas propostas no sentido de abolir totalmente a possibilidade de condenação da compressão de margens.

5.8 A compressão de margens e o direito concorrencial brasileiro

Os contornos da política pública de defesa da concorrência brasileira impõem o reconhecimento da compressão de margens enquanto conduta ilícita autônoma.

Uma das características mais notáveis, no sistema jurídico brasileiro, é a estipulação expressa de um objetivo de proteção da estrutura da concorrência e da igualdade de oportunidades no mercado, tanto em nível constitucional quanto legislativo. Se considerado isoladamente o conteúdo da *expressão* legislativa, observe-se, o ordenamento jurídico brasileiro vai muito além do que se encontra disposto nas fontes legislativas ou constitucionais dos sistemas estadunidense e europeu.

³⁵⁵ “De fato, a característica chave na distinção da precificação de atacado por uma empresa verticalmente integrada e um produtor a montante não-integrado é que, no primeiro caso, elevar os preços de atacado reduz a competitividade dos concorrentes a jusante, e então permitindo que a subsidiária integrada eleve suas vendas às custas dos rivais. De acordo com a lógica de elevação dos custos de rivais [...], um aumento da margem de atacado que reduz a receita de atacado (em razão da menor demanda) pode ser lucrativa se reduz a pressão competitiva na atividade a jusante e, conseqüentemente, amplia o lucro da unidade a montante. Quando esse é o caso, os preços de acesso podem ser excessivamente altos e mesmo expulsar concorrentes. Parece então que a base para as preocupações de compressão de margens (mesmo em uma estrutura estática) é dupla: ela pode derivar de preocupações com preço excessivo (e, assim, um abuso exploratório) ou da preocupação de práticas de elevação dos custos dos rivais” (JULLIEN; REY; SAAVEDRA, 2014, p. 19-20, tradução livre).

A primeira evidência disso é o fato de que, distintamente do sistema estadunidense, a proteção da livre concorrência é princípio constitucional (CR/88, Art. 170, IV) dirigido a toda e qualquer produção de atos legislativos e administrativos – o que, como se verá, tem importantes repercussões na situação do debate acerca da fronteira entre antitruste e regulação.

Também, como visto, a Constituição da República impõe balizas impassíveis de serem desconsideradas em qualquer discussão acerca das finalidades do antitruste. O princípio da livre concorrência encontra-se inserido em uma ordem econômica integralmente subordinada à finalidade de “assegurar a todos a existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CR/88, Art. 170, *caput*), sob um objetivo fundamental da República de, dentre outros, a eliminação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (CR/88, Art. 3º, III). A Constituição vai além e abriga o objetivo de *repressão ao abuso de poder econômico*, proscrevendo a *dominação de mercados*, a *eliminação da concorrência* e – de forma ainda mais politicamente expressiva – o *aumento arbitrário de lucros* (CR/88, Art. 173, § 4º).

A segunda evidência importante são as escolhas legislativas no tocante ao tratamento de práticas anticoncorrenciais unilaterais, segundo as quais optou-se pela fórmula do *abuso de posição dominante*, em âmbito administrativo, ao invés do instituto criminal da *monopolização*.

Essas escolhas foram, recentemente, reafirmadas pela promulgação da Lei Federal nº 12.529/2011, que – tal como o faz a Constituição – em nenhum momento subordina a legalidade de condutas empresariais à redução do bem-estar total ou da eficiência alocativa, mas sim a seus efeitos (atuais ou potenciais e *independentemente de culpa*) de limitação, falseamento ou qualquer forma de prejuízo à livre concorrência e livre iniciativa (Art. 36, I), dominação de mercados (Art. 36, II), aumento arbitrário de lucros (Art. 36, III) e abuso de posição dominante (Art. 36, IV).

Eventual dominação de mercado, prossegue o artigo, só é justificada quando estritamente resultado de concorrência *pelo mérito*, “resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores” (Art. 36, §1º).

Não fossem suficientes a análise da linguagem constitucional e legislativa de salvaguarda de uma concepção *ontológica* de concorrência³⁵⁶ para evidenciar a compatibilidade da teoria da compressão de margens com o ordenamento pátrio, observe-se

³⁵⁶ Referimo-nos, aqui, à discussão apresentada no capítulo anterior.

ainda que o rol exemplificativo de condutas potencialmente anticoncorrenciais do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, expressamente, inclui as práticas de “limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado” (art. 36, § 3º, III), “criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços” (art. 36, § 3º, IV) e “impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição” (art. 36, § 3º, V).

Essas disposições são ainda mais específicas do que, por exemplo, as que baseiam a teoria da compressão de margens no sistema europeu, em que a prática é analisada sob a proibição geral de imposição de preços ou condições não-equitativas do Artigo 102 (a) do TFEU.

É com base nelas³⁵⁷, inclusive, que a contribuição do Brasil à mesa-redonda da OCDE sobre compressão de margens observa que “a compressão de margens é uma forma distinta de abuso nessa jurisdição, embora ela possa manifestar-se junto de outras condutas indesejadas como o preço predatório”³⁵⁸ (FORGIONI, 2012, p. 261, tradução livre). Essa afirmação é acertada.

5.8.1 Peculiaridades do transplante dos testes europeu e estadunidense para a aferição da ilicitude da compressão de margens nos países em desenvolvimento

Os tópicos anteriores analisaram os contornos essenciais, fundamentos e limitações dos testes estadunidense e europeu para verificação da ilicitude de práticas exclusionárias unilaterais, e sua aplicação para a teoria da compressão de margens.

O transplante³⁵⁹ desses testes entre jurisdições depende, em primeiro lugar, de uma análise de sua compatibilidade com as escolhas já consagradas pelo ordenamento jurídico do país destinatário. É necessário, em segundo, avaliar se a realidade econômica e contexto institucional do país destinatário não apresenta peculiaridades que demandem modificação ou negação da aplicabilidade do teste proposto (BERKOWITZ; PISTOR; RICHARD, 2003, p. 166).

³⁵⁷ A contribuição do Brasil faça referência aos dispositivos do rol exemplificativo do artigo 21 da Lei 8.884/94, cuja redação não foi alterada pela nova lei.

³⁵⁸ No âmbito da doutrina pátria, Forgioni define a compressão de preços – que traduz como “preços opressivos” – como uma estratégia de elevação dos custos dos rivais, de caráter predatório, embora “não baseada no preço do produto em si, como no caso do price cutting” (FORGIONI, 2012, p. 294) em razão da desnecessidade de guerra de preços para posterior recuperação dos sacrifícios.

³⁵⁹ Como discutido no capítulo anterior, um “transplante legal” é um processo de adoção, por um sistema jurídico nacional, de uma estrutura legislativa ou princípios jurídicos substantivos ou procedimentais já adotados em um país estrangeiro (MARQUIS, 2015, p. 157).

Viu-se que, no sistema estadunidense, a compressão de margens só é passível de ser considerada uma recusa presumida de obrigação de contratar no atacado. O teste para configuração da obrigação concorrencial de contratar – desenvolvido sob o ilícito de “monopolização” da Seção 02 do *Sherman Act* – busca configurar a *intenção* de monopolizar, que é caracterizada através da terminação injustificada de contrato voluntário anterior. Essa terminação seria injustificada quando não tivesse qualquer racionalidade econômica, exceto pela intenção de excluir concorrentes do mercado relevante. O teste é, por essa razão, denominado por Werden (2005) de teste da ausência de sentido econômico (“*no economic sense test*”).

A importação de precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos como *Trinko* e *linkLine*, então, teria de superar como primeiro obstáculo o regime de *responsabilidade objetiva* estipulado pela legislação concorrencial brasileira. O art. 36 da Lei nº 12.529/2011 é claro em estabelecer que a ilicitude das práticas anticoncorrenciais é estruturada em torno de seus efeitos, “independentemente de culpa”. Conciliar tal dicção legal com a construção jurisprudencial da Suprema Corte dos EUA não seria tarefa fácil.

No que concerne, ademais, a relação entre antitruste e regulação, como já tivemos oportunidade de observar em trabalho anterior, discussões como a estadunidense – em que se debate cuidadosamente a intenção do Congresso em permitir ou afastar a aplicação da lei de defesa da concorrência a determinados setores econômicos – não são transplantáveis a jurisdições em que a Constituição já estabelece que a livre concorrência é um princípio constitucional, dirigido de forma inafastável a toda e qualquer produção normativa infraconstitucional (CASTRO, 2010).

O teste do concorrente igualmente eficiente, por sua vez, é baseado na ideia de que é ilícito para uma empresa dominante “[...] adotar práticas de precificação que possuem um efeito exclusionário em concorrentes considerados tão eficientes quanto si e fortalecer sua posição dominante através de métodos distintos daqueles que são parte da concorrência pelo mérito”³⁶⁰ (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2012, § 24, tradução livre).

Essa dicção parece compatível com uma legislação concorrencial que proscree a distorção da concorrência através de práticas com o efeito de, por exemplo, “dominar mercado relevante de bens e serviços” e “exercer de forma abusiva posição dominante” (Lei Federal nº 12.529/2011, art. 36, II e IV), salvo quando tais efeitos são obtidos pelo mérito ou,

³⁶⁰ No original: “Thus, article 82 EC prohibits a dominant undertaking from, among other things, adopting pricing practices that have an exclusionary effect on competitors considered to be as efficient as it is itself and strengthening its dominant position by using methods other than those that are part of competition on the merits”.

nos termos do §1º do Art. 36, ocorrem através de “processo natural fundado na maior eficiência do agente econômico em relação a seus competidores”.

Com efeito, o CADE, em uma de suas decisões mais emblemáticas em relação a restrições exclusionárias verticais, o caso *AMBEV – Tô Contigo*, utilizou-se desse conceito de forma próxima à aqui discutida – embora em sua variante utilizada na teoria dos descontos de fidelidade. O Voto do Relator para o caso destacou a necessidade de aferir os efeitos da prática restritiva da empresa ré no fechamento de mercado para concorrentes “tão ou mais eficientes”.

De fato, é mais relevante avaliar se há e quais seriam as obrigações contrapartidas embutidas ao ponto de venda e se mecanismos econômicos endógenos induzem a sua participação e a exclusão de concorrentes tão ou mais eficientes que a Representada (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2009, § 118).

Com base nessa ideia é que o Voto, em seguida, verificou que os efeitos exclusionários da prática apresentavam restrições para concorrentes mais eficientes que a Representada, concluindo pela ilicitude³⁶¹.

De modo geral, observa-se que a experiência brasileira com restrições verticais vem confirmando, ademais, uma consistente preocupação com a manutenção da *estrutura da concorrência* (condições de entrada, concorrentes atuais e potenciais, etc.) (AZEVEDO, 2010, p. 9)³⁶².

Não se está a defender aqui, contudo, que um transplante completo e irrefletido do teste europeu seja necessariamente adequado ao país. Levando-se em consideração a realidade econômica do Brasil, na condição de país em desenvolvimento, apresentada no capítulo anterior, é possível que o teste do concorrente *razoavelmente eficiente* seja uma opção de política pública adequada em algumas situações. Sahl e Mandorff, com base na teoria dos custos dos erros, descrevem o risco de que o teste do concorrente igualmente eficiente seja muito permissivo em algumas situações, o que também já foi mencionado acima:

³⁶¹ “Em suma, percebe-se que estão presentes no caso em tela as condições propícias para que as empresas utilizem contratos de exclusividade ou de share como forma de exclusão, impedimento à entrada ou limitação do acesso de rivais mais eficientes” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2009, § 263).

³⁶² Observa Paulo Furquim de Azevedo que, inclusive, a jurisprudência nacional tem sido bastante consistente nesse sentido: “Quanto à análise de mérito, é interessante notar que, embora o tratamento conferido às restrições verticais seja marcado pela controvérsia e pela oscilação em seu enforcement na jurisdição norte-americana, é notável a consistência da relativamente curta experiência brasileira. Seu foco, via de regra, é a hipótese de fechamento de mercado, de elevação do custo de rivais ou, mais genericamente, de limitação à capacidade de outras empresas concorrerem por custos, por diferenciação ou inovação” (AZEVEDO, 2010, p. 9).

A crítica mais fundamental ao teste do concorrente igualmente eficiente em termos de sub-dissuasão e falsos negativos é que a eficiência econômica, assim como o bem-estar do consumidor, em algumas circunstâncias pode beneficiar também da existência de concorrentes menos eficientes; mesmo num sentido estático pela moderação que rivais ineficientes podem exercer na precificação da empresa dominante, ou em um sentido dinâmico em que novos rivais tem o potencial, mas precisam de tempo, para alcançar eficiência suficiente.³⁶³ (MANDORFF; SAHL, 2013, p. 14, tradução livre).

O risco desses falsos negativos pode ser ainda maior em países pobres e em desenvolvimento, como visto no capítulo anterior (GAL; FOX, 2015, p. 336).

Embora mereça ser levado em consideração a importância da previsibilidade, pela empresa dominante, do teste a ser aplicado para aferição da legalidade de suas condutas, isso não impede, a princípio, a aplicação do teste do concorrente razoavelmente eficiente *ex ante* – no contexto da regulação e da avaliação concorrencial de impactos regulatórios (advocacia da concorrência), bem como no âmbito do controle de estruturas, para a análise dos efeitos potenciais de determinada integração vertical. No caso da análise *ex post* da compressão de margens, a princípio, pode ser mais adequada a aplicação do teste do concorrente igualmente eficiente.

5.8.2 O CADE e a compressão de margens

A jurisprudência do CADE sobre compressão de margens é esparsa e não apresenta uma conceituação coerente sobre o tema. Por essa razão, levando em consideração a amostra obtida, não é possível concluir que a prática decisória brasileira tenha optado por qualquer uma das teorias acerca da compressão de margens. A seguir, serão apresentados alguns votos que mencionaram a prática, tão-somente quanto à *definição* de compressão de margens apresentada, sem efetuar qualquer juízo sobre o mérito dos casos – já que, em sua maioria, tais casos não tratavam exclusivamente da conduta em questão.

a) *Processos Administrativos nº 53.500.001821/2002, 53.500.001823/2002 e 53500.001824/2002*

No âmbito dos Processos Administrativos nº 53.500.001821/2002, 53.500.001823/2002 e 53500.001824/2002, decididos conjuntamente, discutiu-se a existência de compressão de margens, discriminação de preços e subsídios cruzados na cobrança das

³⁶³ No original: “The most fundamental critique of the equally efficient competitor test in terms of underdeterrence and false negatives is that economic efficiency, as well as consumer welfare, in some circumstances can benefit also from the existence of less efficient competitors; either in a static sense by the restraint that inefficient rivals may exert on the dominant firm’s pricing, or in a dynamic sense where new rivals have the potential, but need time, to reach sufficient efficiency”.

tarifas de interconexão para acesso à rede local (TU-RL) cobrada pelas concessionárias controladoras de redes locais de telefonia (Telesp, Telemar e Brasil Telecom, representadas) às concorrentes (Embratel e Intelig, representantes).

O Voto baseou sua análise do *price squeeze* nos testes de *imputação de preços* apresentado no trabalho “*Imputation rules and the regulation of anti-competitive behaviour in telecommunications*” (1999), dos autores australianos Stephen King e Rodney Maddock.

Segundo o voto, o artigo dos autores em questão apresentaria dois testes sequenciais para a identificação da compressão de margens: um teste de imputação de receita (“*revenue imputation test*”), que seria implementado através de uma comparação da receita da empresa com seus custos totais, e um teste de imputação marginal (“*marginal imputation test*”), implementado pela comparação do preço de varejo e os custos marginais da ré.

Os autores identificam duas formas de avaliar condutas de *price squeeze* tomando-se como base o preço final cobrado pela empresa que supostamente estaria praticando a conduta anticompetitiva. A primeira delas é a partir da receita (*revenue imputation test*), em que **a receita da firma que estaria praticando a conduta é comparada a seus custos totais**. A segunda análise é do ponto de vista marginal e baseia-se no preço unitário (*marginal imputation test*), **comparando o preço final do produto com o custo marginal da empresa**. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2005, p. 13, sem grifos no original).

Tal entendimento do voto sobre a imputação da compressão de margens, claramente, aponta a necessidade de *sacrifício* e, portanto, de caráter *predatório* da conduta de compressão de margens.

Pelo exame proposto por King e Maddock, a empresa estaria praticando *price squeeze* se a receita obtida por meio do preço final do produto não fosse capaz de cobrir seus custos totais, inclusive os custos do insumo no qual a empresa está praticando a conduta mencionada. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2005, p. 13).

O voto observou que a análise da Secretaria Especial de Acompanhamento Econômico (SEAE) teria realizado somente o “*marginal imputation test*”, considerado preliminar, sem ter realizado o “*revenue imputation test*”³⁶⁴. Em seguida, com base em dados apresentados pela

³⁶⁴ “Por isso, mais relevante que uma comparação de preço e custo unitário é a comparação entre o custo total e a receita total da empresa, como descrito por King e Maddock. Esses autores consideram o *marginal imputation test*, como um teste preliminar e, se por meio deste concluir-se que há indícios de conduta anticompetitiva, o *revenue imputation test* deve ser realizado. A Seae, portanto, realizou apenas parte do teste proposto. Para analisar a receita a partir do preço final cobrado dos consumidores, seria necessário conhecer a demanda pelas chamadas de longa distância por horário e por degrau geográfico. Obviamente, tal análise é demasiadamente custosa. Além disso, tal exame torna-se desnecessário, visto que a Anatel já concluiu que as receitas das empresas são rentáveis” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2005, p. 15).

Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), conclui que “a análise conduzida pela Seae não demonstra que os preços finais cobrados pelas Representada não são capazes de cobrir os custos incorridos por elas” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2005, p. 15) rejeitando a acusação de compressão de preços por essa razão.

Como visto, o teste de imputação majoritariamente aplicado na União Europeia é o “teste do concorrente igualmente eficiente” – que, em linhas gerais, analisa a margem entre os preços de atacado e varejo da própria empresa – sendo possível identificar também, no contexto regulatório, o “teste do concorrente razoavelmente eficiente”. Nenhum desses testes está conectado, como se evidenciou acima, a uma teoria de predação. O modelo de testes de imputação descrito no Voto não é compatível com o teste do concorrente igualmente eficiente ou mesmo com os testes tradicionalmente aceitos de predação (que, como visto, conectam elementos de *sacrifício* à posterior *recuperação* das perdas para configuração do prejuízo ao bem-estar do consumidor).

Merece destaque, ainda, que os mesmos autores citados pelo voto, no artigo “*Imputation Rules and a Vertical Margin Squeeze*” publicado em 2002, conceituam os testes em questão de modo bastante distinto.

O Voto definiu a “regra de imputação da receita” (*revenue imputation rule*) como uma análise em que “a receita da firma que estaria praticando a conduta é comparada a seus custos totais” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2005, p. 13).

Para o artigo dos autores publicado em 2002, contudo, o que se compara é a receita de cada produto final com o custo de sua produção, sendo este calculado como se a empresa tivesse de comprar o acesso ao insumo sob as mesmas condições de seus rivais no varejo. Confira-se:

Uma regra de imputação da receita requer que para cada produto final vendido pela empresa integrada, a receita que a firma obtém da venda daquele produto não é menor que o custo de produzir aquele produto, calculada como se a empresa integrada estava adquirindo o acesso sob o(s) mesmo(s) preço(s) que seus concorrentes não-integrados a jusante.³⁶⁵ (KING; MADDOCK, 2002, p. 11, tradução livre).

Em seguida, o voto definiu a “regra da precificação marginal” (*marginal pricing rule*) como uma análise feita “comparando o preço final do produto com o custo marginal da

³⁶⁵ No original: “A revenue imputation rule requires that for any final product sold by the integrated firm, the revenue that the firm earns from the sale of that product is no less than the cost of producing that product calculated as if the integrated firm was buying access at the same price(s) as its non-integrated downstream competitors”.

empresa” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2005, p. 13).

No artigo publicado em 2002, a definição desse teste também é marcadamente distinta, por comparar o preço marginal de venda do produto com o custo marginal daquele produto, calculado como se a empresa tivesse de comprar o acesso ao insumo sob as mesmas condições de seus rivais no varejo.

Uma regra de imputação marginal requer que para cada produto final vendido pela empresa integrada, o preço (marginal) sob o qual a empresa vende aquele produto não é menor que o custo marginal daquele produto calculado como se a empresa integrada estivesse comprando o acesso pelo(s) mesmo(s) preço(s) que seus concorrentes não-integrados no varejo,³⁶⁶ (KING; MADDOCK, 2002, p. 11, tradução livre).

De fato, fica evidente que a metodologia apresentada pelo trabalho de 2002 é nada menos que um aprofundamento do teste do concorrente igualmente eficiente da União Europeia, que também se utiliza dos preços e custos produto-específicos da própria empresa dominante para averiguar se sua operação seria lucrativa, caso tivesse de adquirir os insumos pelos preços que cobra de seus concorrentes³⁶⁷. Os próprios autores, com efeito, conectam suas propostas à teoria do concorrente igualmente eficiente³⁶⁸.

Acreditamos que uma análise sob os princípios do concorrente igualmente eficiente seria mais valiosa, uma vez que, como visto acima, os efeitos exclusionários da compressão de margens não requerem que os preços de varejo sejam necessariamente predatórios, no sentido clássico.

Ainda assim, caso o CADE tivesse entendido por uma análise da compressão de margens como uma prática predatória no varejo, os testes definidos pelo Voto poderiam ser considerados incompletos, por empreenderem uma análise de custos estática, sem avaliação da possibilidade de recuperação dos prejuízos pela empresa predadora.

³⁶⁶ No original: “A marginal imputation rules requires that for any final product sold by the integrated firm, the (marginal) price at which the firm sells that product is no less than the marginal cost of that product calculated as if the integrated firm was buying access at the same price(s) as its non-integrated downstream competitors”.

³⁶⁷ Reprise-se, aqui, a decisão da CEJ para o caso *TeliaSonera*, já mencionada acima: “Em particular, com relação a uma prática que causa a compressão de margens, o uso desse tipo de critério analítico permite estabelecer se aquela empresa teria sido suficientemente eficiente para oferecer seus serviços de varejo para usuários finais de outra forma senão sob prejuízo se ela tivesse primeiramente sido obrigada a pagar seus próprios preços de atacado para os serviços intermediários” (UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça, 2011, §§ 41-42, tradução livre).

³⁶⁸ “Uma regra de imputação pode detectar uma compressão de margens. A regra avalia a política de precificação da empresa integrada como se enfrentasse os mesmos custos de acesso que seus concorrentes não-integrados no varejo. Como resultado, a regra detecta quando preços são inviáveis para (igualmente eficientes) concorrentes de varejo” (KING; MADDOCK, 2002, p. 14, tradução livre).

b) *Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17*

O caso trata de representação da Secretaria de Direito Econômico (SDE) em face das empresas Terminal para Contêineres da Margem Direita (TECONDI), Santos Libra Terminais S/A - TERMINAL 37, Usiminas (Rio Cubatão Logística Portuária Ltda) e Santos Brasil – TECON, em razão da cobrança de tarifas na armazenagem de contêineres em alguns terminais portuários.

No voto para o caso, definiu-se a compressão de margens como uma situação em que uma empresa comercializa o acesso a uma infraestrutura essencial, no atacado, a um preço superior ao “custo marginal verdadeiro”.

O price-squeeze caracteriza-se como uma estratégia anti-competitiva, adotada por uma firma integrada, que torna-se factível quando há qualquer divergência entre preços e custos de acesso. A possibilidade para o price-squeeze surge quando (i) uma firma integrada fornece um ‘insumo essencial’ para seus competidores não-integrados e quando (ii) o preço marginal de acesso a esse recurso, cobrado pela firma integrada, é estabelecido num nível acima do custo marginal verdadeiro.

Estas condições serão fácil e simultaneamente encontradas sempre que uma firma com poder de monopólio no mercado de origem ache lucrativo estabelecer preços de acesso ao insumo essencial em um nível de preços acima do verdadeiro custo de fornecê-lo. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2004, p. 3.875).

Observa-se, então, que, no caso concreto, a compressão de margens foi definida como uma forma de *preço exploratório*, analisada exclusivamente em referência ao preço de atacado. A conduta é classicamente definida, contudo, diante da interação entre preços de atacado e varejo.

c) *Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91*

O caso, envolvendo empresas de telecomunicação³⁶⁹, tratou do efeito exclusionário dos preços públicos cobrados para terminação de chamadas na rede móvel (Valor de Remuneração de Uso da Rede Móvel – VU-M). O voto definiu a compressão de margens como uma variante dos preços excessivos exclusionários.

De acordo com a representação e com a SDE, as ora Representadas estariam se utilizando de um valor de VU-M manifestamente excessivo e discriminatório, o que levaria à prática de **preços abusivos com o fim de exclusão de concorrente (*price squeeze*)**. (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2013, § 107).

³⁶⁹ Figuram como Representantes as empresas Global Village Telecom Ltda., Intelig Telecomunicações Ltda., Transit do Brasil Ltda. E Easytone Telecomunicações Ltda, e, como Representadas, as empresas Americel S.A, Claro S.A., Tim Brasil Serviços e Participações S.A., TNL PCS S.A e Vivo S.A.

Concluiu-se em seguida que, uma vez que tais preços foram, na prática, fixados pela ANATEL, não houve conduta autônoma das Representadas que pudesse configurar abuso³⁷⁰.

Em seguida, o voto ainda analisou cuidadosamente a relação entre custos e preços do VU-M, para evidenciar que não haveria obrigação de cobrança de preços idênticos aos custos, além de falhas nos *benchmarks* escolhidos para comparações pelas Representantes. Não haveria, portanto, caráter excessivo nos preços, o que seria essencial para a configuração da compressão de margens³⁷¹.

Por essa razão, mesmo que tivesse havido autonomia na conduta da empresa verticalmente integrada, a compressão de margens estaria descaracterizada em razão da ausência de comprovação de caráter excessivo do preço de atacado.

A definição apresentada pelo voto – que analisa tão-somente os preços de atacado da empresa verticalmente integrada – difere da definição genérica da compressão de margens (em que o efeito exclusionário deriva da relação entre preços de atacado e de varejo). A decisão também se afasta da noção europeia de autonomia da compressão de margens (segundo a qual não é necessário que os preços de atacado sejam, por si, excessivos).

Ao mesmo tempo, diferentemente do voto, a jurisprudência estadunidense não reconhece a noção de obrigação antitruste de contratar (de onde poderia derivar eventual acusação de compressão de margens) se há obrigação regulatória no mesmo sentido.

Por fim, observe-se que, na jurisprudência europeia, a noção de *compulsão regulatória* com relação aos preços de atacado não exclui – se há livre precificação no varejo – a autonomia da empresa verticalmente integrada para controlar a *margem* entre os preços, não a eximindo de possibilidade de condenação por abuso de posição dominante.

³⁷⁰ “Pressuposto essencial da prática de price squeeze, no caso concreto, seria o de que as Representadas teriam liberdade para fixar o preço do insumo que se considera essencial para as Representantes: o acesso à rede móveis no mercado de terminação de chamadas. Ocorre que, como ficou amplamente comprovado no processo, inclusive com afirmações da própria ANATEL, não houve nenhum momento em que as Representadas fixaram o valor do VU-M” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2013, §§ 115-116).

³⁷¹ “Esse aspecto é de fundamental importância para o deslinde da controvérsia porque, afastada a premissa de que o VU-M precisa corresponder ao custo do uso da rede, fica ainda mais difícil comprovar a acusação de price squeeze, cuja prática dependeria da comprovação de algumas premissas: (i) a de que o VU-M teria por finalidade remunerar o custo do uso da rede móvel na terminação de chamadas e (ii) que os valores do VU-M ora questionados são superiores aos custos de remuneração de uso da rede” (CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, 2013, § 143).

5.9 Considerações finais

Da “fronteira transatlântica” do antitruste contemporâneo, revelada pela análise comparada da jurisprudência estadunidense e europeia sobre a conduta da compressão de margens, é possível derivar algumas conclusões importantes.

A primeira delas é o fato de que a jurisprudência antitruste de determinado país – mesmo a processada sob a análise econômica nos EUA – não representa a aplicação de um modelo econômico “puro”. O modelo da eficiência econômica, no caso da compressão de margens no direito estadunidense, é implementado em conjunto com um feixe de instituições jurídicas, dentre as quais a questão da intencionalidade – importante também em razão do caráter criminal do *Sherman Act* – bem como a relevância de contratos anteriores e a visão sobre a relação mutuamente exclusiva entre concorrência e regulação.

No âmbito desse feixe de instituições, é ainda mais importante a *ideologia* adotada por determinado ordenamento jurídico. É dessa ideologia que deriva o entendimento sobre a finalidade do direito concorrencial que, por sua vez, é o que informa os pressupostos aos testes econômicos formulados para caracterização da ilicitude da compressão de margens.

Por essa razão é que, enquanto o teste estadunidense é vinculado à identificação de redução do bem-estar do consumidor, o teste europeu busca identificar prejuízos à rivalidade que sejam capazes de prejudicar a estrutura da concorrência no mercado – sem necessidade, portanto, de identificação de dano imediato ao bem-estar do consumidor.

É preciosa, para o direito brasileiro, a observação de que, sequer entre os países desenvolvidos, a teoria concorrencial obteve uniformização no entendimento de suas finalidades. Questiona-se, portanto, a possibilidade de que a intensificação do recurso à teoria econômica, pelo direito concorrencial, tornaria esse campo “tecnocrático” e “universal”, ao excluir qualquer diferença ideológica ou “politização” da análise. A persistência da fronteira transatlântica é derivada do fato de que a implementação do direito concorrencial é inseparável das opções políticas consagradas por cada ordenamento jurídico e, portanto, não necessariamente universais.

Tais diferenças não desqualificam qualquer das análises aqui comparadas: ambas são “econômicas”, no sentido de que se utilizam, rigorosamente, da teoria econômica para a identificação dos efeitos das práticas em cada mercado relevante. *Sua diferença, repita-se, é derivada do fato de que a análise econômica, em cada um dos casos, é implementada em função de uma diferente visão de mundo – consubstanciada no ordenamento jurídico de cada país – sobre o papel da empresa e dos mercados na ordem econômica, bem como sobre o*

papel do Estado diante de tais fenômenos.

É essa a observação que deve orientar o transplante de jurisprudência estrangeira para fundamentação de decisões administrativas brasileiras. O recurso à ideologia constitucionalmente adotada – dentre outras peculiaridades do ordenamento jurídico pátrio – bem como a observação da realidade econômica do Brasil, país em desenvolvimento, é essencial para apuração da compatibilidade de teorias estrangeiras com o ordenamento pátrio.

Outra questão evidenciada pelo estudo de caso é a improcedência do argumento de que valores diferentes da eficiência econômica impedem a administrabilidade do direito concorrencial: o teste do concorrente igualmente eficiente, orientado à preservação da rivalidade no direito concorrencial europeu, é tão administrável – ou seja, apto à implementação previsível e célere, dentre outras qualidades – quanto seu contraparte estadunidense. Ambos precisam manejar, outrossim, os mesmos problemas relacionados à implementação de qualquer teste econômico – os “limites da Economia” analisados ao longo do Capítulo 3.

O pequeno volume de decisões do CADE mencionando a conduta da compressão de margens impede que se conclua que a comunidade jurídica brasileira tenha incorporado ou rejeitado quaisquer das variantes da teoria acima discutidas – europeia ou estadunidense. Tampouco é possível concluir que a jurisprudência brasileira tenha formulado uma teoria própria, uma vez que não há consistência entre as definições adotadas pelas decisões em questão.

No entanto, como se afirmou acima, é compatível com o direito concorrencial brasileiro a teoria da compressão de margens como um ilícito antitruste autônomo. A ilicitude da conduta seria derivada da interação entre os preços de atacado e varejo – independentemente do caráter exploratório ou predatório de cada um desses preços, analisados individualmente – desde que se evidencie sua aptidão ao fechamento de mercado para um concorrente igual ou razoavelmente eficiente.

Adotar essa visão, como ponto de partida, revela o foco na preservação da rivalidade, para proteção à estrutura da concorrência, é melhor ajustado à finalidade do direito concorrencial brasileiro, que é, em última análise, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (CR/88, art. 170, *caput*). Tal ideologia constitucionalmente adotada pelo ordenamento brasileiro, como visto no capítulo anterior, é mais compatível com a vertente teórica que busca orientar o direito concorrencial dos países em desenvolvimento à promoção do desenvolvimento inclusivo, com garantia da mobilidade social e da igualdade de oportunidades de acesso ao mercado.

Uma última nota, contudo, é de que a adoção da experiência europeia como *ponto de partida* não deve servir para restringir a jurisprudência brasileira. Considerando-se a condição brasileira de jurisdição antitruste cada vez mais expressiva no contexto internacional, é necessário que nossa autoridade antitruste esteja permanentemente aberta à construção de conhecimento local, quando isso contribua com a construção de decisões melhor adaptadas ao contexto de desenvolvimento brasileiro.

6 CONCLUSÃO

O tratamento jurídico do fenômeno do poder econômico privado constitui um dos temas de maior importância para a deliberação constitucional de qualquer nação. O tema tangencia um dos aspectos basilares de qualquer ordem jurídica, qual seja, o estatuto do direito de propriedade privada e de sua função social, no âmbito de uma ordem econômica constitucionalmente fundada.

Delimitar a medida em que é, ou não, aceitável a concentração de poder econômico, bem como os contornos de seu uso e abuso, é uma decisão eminentemente política, envolvendo uma série de grupos de interesse contrapostos: o empresário, o rival, o consumidor, o trabalhador e, de modo geral, a coletividade. Tal decisão passa por estabelecer quais, dentre todos esses pólos, constituem interesses legítimos a serem tutelados pelo Direito, questão que, em última análise, é respondida em função do entendimento sobre o papel do Estado e da empresa na ordem econômica, em prol de objetivos econômicos constitucionalmente fixados.

O direito da concorrência é, então, sempre integrado a uma *ideologia*, termo que – embora de uso pejorativo em alguns contextos – foi aqui definido como a visão de mundo que atribui valores e definições aos papéis sociais e às metas coletivas que se deve atingir. O direito da concorrência é elemento essencial à visão que se busque formular sobre a organização do capitalismo, tema que constitui um dos maiores pontos de debate político e teórico ao longo da história, debate que, a julgar pelas repercussões acadêmicas da crise financeira de 2008, está longe de alcançar seu fim.

Para além dos interesses de consumidores circunscritos a um determinado mercado, interessa-nos o aspecto dos interesses da *coletividade* – titular dos bens tutelados pela legislação concorrencial, segundo o parágrafo único do art. 1º da Lei Federal nº 12.529/2011 – nos contornos de uma política econômica antitruste. Os interesses da coletividade transcendem preços baixos em curto prazo, podendo incluir também aspectos como a justiça distributiva, o desenvolvimento econômico em longo prazo, a garantia de acesso aos mercados, a proteção do meio ambiente e o conteúdo e direção do crescimento econômico, dentre outros.

As declarações legislativas de princípios nas legislações de países em desenvolvimento revelam como os valores econômicos caros a determinada *coletividade*, em face do fenômeno concorrencial, podem ir além de preços baixos em curto prazo para incluir também questões mais amplas.

O reconhecimento de um passado histórico em que a participação econômica de grupos de cidadãos na ordem econômica foi prejudicada, seja pela desigualdade jurídica e econômica, seja pela ausência de qualquer legislação concorrencial efetiva ao longo de décadas, aliada a uma política econômica concentradora e benéfica a empresários conectados com um Estado forte, pode orientar opções políticas coletivas distintas quanto à finalidade do direito concorrencial.

A grande perplexidade na discussão das finalidades do direito concorrencial é, portanto, que esse seu caráter de *decisão jurídico-política fundamental* é perdido em um debate técnico que trata os modelos econômicos como algo soberano e imparcial, ou meras ferramentas “neutras”, no sentido de desconectadas de qualquer decisão política prévia. Nessa visão, que celebra a “tecnocracia” no antitruste, os modelos econômicos parecem pairar, em sua pureza, acima de todo o desenrolar histórico dos entendimentos sobre o papel do Estado e da empresa no capitalismo ao longo da história, e ao redor dos mais de 100 (cem) países que já possuem algum tipo de legislação concorrencial.

Em última análise, o discurso da universalidade do direito da concorrência da Escola de Chicago é o discurso da universalidade de uma visão específica sobre o modo de produção capitalista.

A “revolução” instaurada pelo pensamento de Chicago é, antes de tudo, linguística. Em primeiro, o sentido corriqueiro de concorrência enquanto *rivalidade* (processo) foi substituído pela concorrência enquanto *eficiência econômica estática* (resultado), e, em segundo, o conceito de *bem-estar do consumidor* foi identificado ao de *bem-estar total* – ao arrepio da constatação de que esses termos não se identificam e, muitas vezes, o bem-estar total é maximizado às custas da redução do bem-estar do consumidor.

As promessas dessa virada linguística não se concretizaram. A concorrência-efeito elege apenas determinados resultados em detrimento de outros, o que coloca em questão sua neutralidade política e, em última análise, sua contribuição para o desenvolvimento econômico. A análise econômica é sempre precedida de uma definição política das funções que devem, ou não, ser maximizadas, em função de determinadas finalidades consideradas legítimas, o que se funda em uma ideologia peculiar a cada sistema jurídico.

É característica da ideologia neoliberal a exclusão de valores distintos da maximização da riqueza, qualificados, pejorativamente, como “políticos”, de certa forma inferiores por serem “impraticáveis” ou “incalculáveis”, da avaliação da intervenção estatal na economia, concentrando-se apenas em valores relacionados à maximização da riqueza total.

A busca pela concretização dos outros valores é sempre relegada a uma ação estatal

posterior, em outra esfera, o que desconsidera que o direito da concorrência, mesmo que articulado em torno da eficiência alocativa, já apresenta dramáticas repercussões à efetividade desses valores, queira ou não o aplicador da lei. Relegar a busca desses outros objetivos a um Direito *por vir* ignora, então, que o Direito da Concorrência atual não consegue verdadeiramente excluir tais valores de sua análise – no seu melhor, consegue apenas *ocultá-los* – representando, portanto, a política econômica por excelência para seu manejo.

O direito da concorrência de Chicago, então, preocupa-se somente com o valor da maximização da riqueza, ou do bem-estar total – uma construção tão corajosa que, ao contrário do próprio modelo econômico a que faz referência, equivale a maximização do bem-estar *total* com a maximização do bem-estar *do consumidor*. Cria-se uma identidade falsa entre os conceitos, já que, em muitas ocasiões, a maximização do bem-estar total pode ser feita através do sacrifício do bem-estar do consumidor. A opção política pela exclusão de considerações distributivas revelou-se mais como *invisibilização* das repercussões distributivas sempre presentes na aplicação do antitruste.

O foco na eficiência estática excluiu preocupações com o processo de inovação tecnológica, e o recurso a argumentos de apropriabilidade – para justificar a postura leniente quanto à exclusão de rivais – desconsidera o importante papel da rivalidade e diversidade como estímulo à atividade inventiva e garantia de sua sustentabilidade em longo prazo. Outros valores, econômicos ou “não-econômicos”, são também excluídos, blindando-se – à moda do pensamento neoliberal – as relações de mercado de qualquer demanda diferente da maximização da riqueza.

Em qualquer dos casos – a questão distributiva e dinâmica, dentre outras – o que se evidencia, ironicamente, é que o antitruste baseado em *efeitos* desconectou-se dos seus impactos no desenvolvimento econômico, ignorando o papel da distribuição e da inovação na obtenção de tais resultados. Essa escolha de determinados valores, em detrimento de outros, é uma opção política que nem todas as nações podem escolher seguir.

De fato, diversos países em desenvolvimento, como o Brasil, portanto, serão beneficiados por uma política econômica de defesa da concorrência que foque na abertura dos mercados, como meio de garantia de mobilidade e oportunidade econômica. Essa afirmação é reforçada pelos recentes trabalhos acadêmicos que apontam a desigualdade econômica como um dos maiores obstáculos ao desenvolvimento econômico.

Considerando que o Brasil não tem tradição na implementação da política econômica concorrencial – e haja vista a extensa experiência internacional na matéria – algumas análises jurídico-teóricas da concorrência iniciam-se no “vácuo”, desconectadas da realidade

econômica e jurídica do país. Em especial, essas análises tendem a subestimar o peso de nossa declaração constitucional de princípios, que atrela toda a política econômica infraconstitucional à concretização da justiça social, com objetivo de redução das desigualdades econômicas características da realidade brasileira.

Essas decisões políticas constitucionais tendem a ser ignoradas pelo fato de que não “cabem” em determinado modelo econômico importado de outra jurisdição. Sob essa lógica, o modelo é que define quais valores econômicos devem, ou não, ser incluídos na análise antitruste, sem qualquer deferência aos valores constitucionalmente adotados. É necessário, portanto, reverter essa lógica: cabe ao Direito – à “ideologia constitucionalmente adotada” – definir quais valores, “econômicos” ou não, devem ser reconhecidos à concentração empresarial e suas repercussões.

A interpretação das finalidades do direito concorrencial não pode desprezar, contudo, a declaração constitucional de que a finalidade da ordem econômica é a garantia a todos de uma “vida digna, conforme os ditames da justiça social” (CR/88, Art. 170), em uma República que tem como um dos objetivos fundamentais a “redução das desigualdades sociais e regionais” (CR/88, Art. 3º), dentre outras disposições pertinentes.

A promoção do desenvolvimento econômico sob o marco da justiça social requer mais do que medidas atenuantes das desigualdades na distribuição dos resultados do processo econômico. É necessário, também, igualdade distribuição das oportunidades para participação em tal processo. O direito da concorrência, sob esse ponto de vista, não se preocupa somente com o *status* dos cidadãos como consumidores, mas também como potenciais *atores* econômicos.

Em outro giro, a promessa de Chicago de maior administrabilidade, previsibilidade e objetividade na aplicação da lei – promovendo juízos “técnicos” em vez de “ideológicos” – tampouco mostrou-se verdadeira.

Os limites do conhecimento econômico deixam, ainda hoje, grande lacuna para a atividade de interpretação, que pode ser mediada por premissas sobre o comportamento dos mercados originárias da ideologia do aplicador. É igualmente importante, contudo, que a atividade interpretativa do direito concorrencial respeite a ideologia constitucionalmente adotada.

Nessa esteira, a recepção acrítica de precedentes estrangeiros, por parte dos operadores do direito concorrencial, é um dos fenômenos mais problemáticos para a convergência internacional do antitruste, pano de fundo do presente trabalho.

O argumento acima mencionado – de que os comandos legais que não se inserem facilmente no modelo econômico estrangeiro são considerados “ineficazes” ou “inaplicáveis”

– desconsidera o pluralismo de teorias jurídico-econômicas possíveis, sendo possível identificar abordagens alternativas perfeitamente válidas.

Essas afirmações não se prestam, portanto, a questionar o valor da Economia enquanto ciência, mas evidenciar que nenhum único item de jurisprudência antitruste estrangeira representa a aplicação de um modelo econômico “puro”. A jurisprudência antitruste representa a integração de formulações econômicas a uma estrutura jurídico-institucional, embebida em decisões políticas prévias consolidadas por determinado ordenamento jurídico e, portanto, não necessariamente universais.

A “fronteira transatlântica” entre o direito concorrencial dos Estados Unidos e da União Europeia é uma chave adequada para a compreensão da existência de visões alternativas à preocupação com o bem-estar do consumidor que são igualmente administráveis.

As decisões sobre a conduta da “compressão de margens” constituem uma amostra adequada para estudo da fronteira transatlântica, haja vista seu caráter recente e o fato de que tangenciam muitas das questões mais controversas no antitruste contemporâneo.

A jurisprudência europeia – especialmente nos pontos em que se aproxima da visão de mundo ordoliberal sobre o valor da proteção da rivalidade e da estrutura da concorrência – representa a alternativa melhor consolidada, atualmente, à visão da Escola de Chicago. Não é à toa que Bork e outros teóricos herdeiros do pensamento de Chicago destinam, no *amicus curiae* apresentado à Suprema Corte dos EUA no caso *linkLine*, palavras duras à jurisprudência europeia, acusando-a de proteger concorrentes, ao invés da concorrência, e tratar o antitruste como só mais um mecanismo de política industrial.

O que a abordagem europeia protege, contudo, é a concorrência enquanto *instituição* (ou sob uma perspectiva ontológica, para repetir a expressão de Drexler), sendo os interesses de consumidores e rivais tutelados só indiretamente, na medida em que a concorrência – enquanto infraestrutura da organização econômica – é preservada. Essa perspectiva é bastante diferente, portanto, de se “proteger concorrentes” ou tutelar a ineficiência empresarial: o que se está protegendo é a concorrência, como bem evidencia a prática da implementação do teste do concorrente igualmente eficiente. Essa abordagem ontológica, igualmente, não representa um formalismo ou um sistema de proibições *per se*, pois sua implementação é alinhada à visão de que a proteção da rivalidade irá assegurar desenvolvimento econômico em longo prazo, com cuidadosa atenção aos efeitos econômicos específicos de cada prática no mercado relevante. Trata-se, portanto, de uma análise igualmente *econômica*, embora estruturada sob outras premissas.

No âmbito do presente trabalho, apresentar os contornos e complexidades da aplicação do teste do concorrente igualmente eficiente foi importante, portanto, para evidenciar que valores como a preservação da rivalidade são igualmente *administráveis*, ou seja, aptos a serem implementados no âmbito de casos concretos, sem prejuízo a valores como a segurança jurídica ou a celeridade processual.

Muito embora o estudo da jurisprudência brasileira sobre a prática da compressão de margens tenha obtido resultados limitados – sendo impossível afirmar que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica, nesses casos, alinhou-se à experiência europeia ou estadunidense – sua apresentação, nesse texto, justifica-se especialmente pelo que não se encontrou: a falha em identificar uma linha coerente no tratamento da compressão de margens pelo CADE evidencia o quão turbulento é o processo de transplante da jurisprudência estrangeira às decisões administrativas brasileiras.

As críticas ao processo de isomorfismo (ou transplante) não representam uma negação de sua importância. Note-se, inclusive, que a experiência europeia é considerada um importante *ponto de partida* para o tratamento brasileiro da prática da compressão de margens. O que se buscou evidenciar, contudo, é que a experiência estrangeira deve constituir, justamente, isso: sempre um *ponto de partida*, nunca uma fonte de *autoridade* apta a modular a eficácia da legislação brasileira.

No percurso da presente tese, portanto, as seguintes conclusões podem ser destacadas:

- A teoria da neutralidade política do critério de eficiência econômica, conforme definido pela Escola de Chicago, não se mostra verdadeira. A teoria antitruste de Chicago – como qualquer outra – é formada através da conjugação de modelos econômicos a quadros ideológicos mais amplos, em que se torna presente uma ideologia, entendida como visão de mundo acerca dos objetivos da organização social pelo Estado, do papel da empresa e do modo de funcionamento ideal dos mercados.
- O critério da eficiência econômica é construído sob uma visão de mundo, ou ideologia, que define quais valores econômicos são inseridos na análise de custos e benefícios da concentração empresarial e das práticas concorrenciais em geral, definindo, por exclusão, valores igualmente econômicos que não devem ser objeto de preocupação da política econômica.
- Dentre os valores econômicos excluídos, destacam-se as questões distributivas e dinâmicas. Esses valores excluídos, contudo, são importantes para o

desenvolvimento econômico das nações, em longo prazo.

- Dentre as propostas de incorporação de valores distributivos e dinâmicos à análise antitruste, as teorias econômicas centradas na promoção da rivalidade, com visão mais restrita quanto às práticas exclusionárias, destacam-se.
- Tendo em vista os limites do conhecimento econômico, diante de casos concretos, a interpretação do direito concorrencial será mediada por categorias conceituais conectadas com uma *ideologia*, como a força de autocorreção dos mercados, papel da empresa e do Estado na ordem econômica, mérito da posição dominante, aptidão regulatória estatal, dentre outras. Essa operação hermenêutica também deve legitimar-se perante as opções ideológicas pré-fixadas pelo legislador constituinte.
- Através da teoria dos custos dos erros, a ideologia da Escola de Chicago busca utilizar-se dos limites da Economia para impôr novos limites ao antitruste. Os pressupostos dessa teoria, contudo, podem não ser verdadeiros em todos os contextos em que o direito concorrencial é chamado a operar.
- Dessa maneira, modelos econômicos “puros” jamais poderão comandar o processo de convergência internacional do direito concorrencial. Qualquer política econômica encontra-se inserida em distintos contextos institucionais, jurídicos e econômicos, que comandam a adaptação da teoria econômica. Dentre os contextos institucionais, é notável a ideologia constitucionalmente adotada, que, em última análise, deverá definir quais os valores econômicos e “não-econômicos” a serem considerados relevantes para a regulação da concorrência nos mercados.
- Os países em desenvolvimento, diante das iniciativas de convergência da legislação antitruste internacional, devem aderir a um regime de divergência informada, segundo o qual o diálogo e a cooperação internacional buscam subsidiar decisões informadas de adesão ou rejeição de experiências estrangeiras.
- Os argumentos relacionados à incorporação de preocupações dinâmicas e distributivas através da promoção da rivalidade são ainda mais persuasivos quando se trata dos países em desenvolvimento.
- A ideologia constitucional brasileira estipula que a finalidade do direito concorrencial é reprimir “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Essa dicção sugere uma preocupação maior com a rivalidade do que com a maximização da riqueza.
- Ademais, a ideologia constitucional é a de que qualquer política econômica

infraconstitucional deve-se comprometer à finalidade de “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da Justiça Social” (Art. 170, *caput*), sendo objetivo da República promover o desenvolvimento econômico ao mesmo tempo em que reduz as desigualdades sociais e regionais. Essas declarações revelam um compromisso com o desenvolvimento econômico – em vez de mero crescimento econômico por si considerado – em que se busca também reduzir não só as desigualdades no resultado, como também se garante a igualdade de oportunidades.

- As características econômicas dos mercados de países em desenvolvimento, como o Brasil, evidenciam que alguns elementos da teoria econômica da Escola de Chicago podem não ser verdadeiros. Destacam-se: a presença de posições dominantes entrincheiradas, muitas vezes obtidas por meio de processos de liberalização de monopólios estatais sem preocupação com a concorrência posterior, ou por meio de décadas de estratégias econômicas praticadas ao longo de décadas de dominância de uma política econômica descomprometida com a defesa da concorrência; elevada desigualdade social; estruturas regulatórias inefetivas; grandes incentivos para *rent seeking* e captura regulatória; elevadas barreiras à entrada e ao acesso de capital; dentre outros.
- Ao presumir a capacidade de autocorreção do mercado, preocupando-se apenas com práticas que gerem danos imediatos ao consumidor ou ao bem-estar agregado, um direito concorrencial exclusivamente voltado à eficiência alocativa pode não oferecer os melhores resultados para as expectativas dos países em desenvolvimento.
- É pertinente, então, a teoria de que o direito concorrencial oriente-se à “geração da concorrência”, e não somente à sua “proteção”.
- Também se revela aplicável a teoria de que o direito da concorrência deve buscar um desenvolvimento inclusivo, que se preocupa com a garantia de oportunidade de acesso aos mercados e mobilidade, enxergando o fenômeno concorrencial não só na perspectiva do cidadão enquanto consumidor, mas também na condição de produtor.
- É pertinente a proposta de que a finalidade do direito concorrencial, por inspiração da teoria ordoliberal europeia, deve-se voltar à proteção da rivalidade, entendida como preservação do processo competitivo e garantia do direito de igualdade de oportunidades. Essa visão não significa a proteção de concorrentes a qualquer custo, mas a proteção da *instituição* da concorrência, em um conceito *ontológico*.

- A finalidade de proteção da rivalidade inspira um renovado foco nos abusos de posição dominante nos países em desenvolvimento, em que a ilicitude não é necessariamente apurada a partir da constatação de dano direto aos consumidores, mas do dano ao processo competitivo.
- A proteção ao processo competitivo não deve ser feita por si só, mas na medida em que seja apta a promover o desenvolvimento econômico inclusivo.
- Um foco na rivalidade não prejudica a administrabilidade da política econômica antitruste. Como demonstrado, na análise da jurisprudência estadunidense e europeia acerca da teoria da “compressão de margens”, o fato de a análise concorrencial europeia incorporar preocupações com a rivalidade não a torna mais arbitrária, incerta ou subjetiva que a aplicação do próprio critério de eficiência econômica.
- A jurisprudência do CADE quanto à compressão de margens não permite a verificação da adesão à visão estadunidense ou europeia sobre o tema.
- À vista da ideologia constitucional e das disposições legislativas pertinentes – bem como à condição de país em desenvolvimento do Brasil – a adoção de um foco de proteção à rivalidade na análise da compressão de margens seria a mais adequada.
- A análise da compressão de margens no Brasil, embora se beneficie do ponto de partida da experiência europeia, não precisa ficar restrita a seus contornos. É possível, por exemplo, que a adoção do teste do “concorrente razoavelmente eficiente” seja superior ao teste do “concorrente igualmente eficiente”, em determinados contextos.

REFERÊNCIAS

ABBOTT, Kenneth W.; SNIDAL, Duncan. Hard and soft law in international governance. *Legalization and World Politics*, Cambridge, v. 54, n. 3, p. 421-456, 2009.

ADAM, Michael; ALDER, Simon. Abuse of dominance and its effects on economic development. In: LIPIMILE, George; QAQAYA, Hassan (Org.). *The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development*. Geneva: United Nations Conference on Trade and Development, 2008. p. 571-629. Disponível em: <http://unctad.org/en/Docs/ditccpl20082_en.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2016.

ADAMS, Walter; BROCK, James W. Antitrust, ideology, and the arabesques of economic theory. *University of Colorado Law Review*, Boulder, v. 66, n. 2, p. 257-327, 1995.

AGHION, Philippe; CAROLI, Eve. Inequality and economic growth: the perspective of the new growth theories. *Journal of Economic Literature*, Nashville, v. 37, n. 4, p. 1.615-1.660, 1999. Disponível em: <<http://econpapers.repec.org/RePEc:aea:jeclit:v:37:y:1999:i:4:p:1615-1660>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

AMANN, Edmund; BAER, Werner. Neoliberalismo e concentração de mercado no Brasil: A emergência de uma contradição?*. *Econômica*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 2, p. 269-289, 2006.

ANDRADE, José Maria Arruda de. *Economicização do direito concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR 6023: informação e documentação - referências - elaboração*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 10520: informação e documentação - apresentação de citações em documentos*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. *NBR 14724: informação e documentação: trabalhos acadêmicos: apresentação*. Rio de Janeiro, 2011.

ATKINSON, Anthony B. *Inequality. What can be done?* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

AUF'MKOLK, Hendrik. The “feedback effect” of applying EU competition law to regulated industries: doctrinal contamination in the case of margin squeeze. *Journal of European Competition Law and Practice*, Oxford, v. 3, n. 2, p. 149-162, 2012.

AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. Using the consumer choice approach to antitrust law. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 1, n. 1, p. 175-264, 2007. Disponível em: <http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/antil74§ion=9>. Acesso em: 02 jan. 2016.

AZEVEDO, Paulo Furquim de. Restrições verticais e defesa da concorrência: a experiência brasileira. *Textos para Discussão*, São Paulo, n. 264, 37 p., jul. 2010.

BAKER, C. Edwin. The ideology of the economic analysis of law. *Philosophy and Public Affairs*, Hoboken, v. 5, n. 1, p. 3-48, 1975.

BAKER, Jonathan B. Beyond Schumpeter vs. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 74, n. 3, p. 575-602, 2007.

_____. Economics and politics: perspectives on the goals and future of antitrust. *Fordham Law Review*, New York, v. 81, p. 2.175-2.196, 2013a.

_____. Exclusion as a core competition concern. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 78, p. 527-589, 2013b.

_____. Taking the error out of “error cost” analysis: what’s wrong with antitrust’s right. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 80, n. 1, 2015.

_____; SALOP, Steven C. Antitrust, competition policy, and inequality. *The Georgetown Law Journal Online*, Washington, v. 104, n. 1, 2015.

BAKHOU, Mor. A dual language in modern competition law? Efficiency approach versus development approach and implications for developing countries. *World Competition*, Alphen aan den Rijn, v. 34, n. 3, p. 495-522, 2011.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; OLIVEIRA, Ludmila Mara Monteiro de; MAGALHÃES, Tarcísio Diniz. Liberalismo, desigualdade e direito tributário. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, v. 110, p. 217-272, 2015.

BEBCHUK, Lucian A. The pursuit of a bigger pie: can everyone expect a bigger slice? *Hofstra Law Review*, Hempstead, v. 8, p. 671-708, 1980.

BERGQVIST, Christian; TOWNSEND, John. Enforcing margin squeeze ex post across converging telecommunications markets. *Konkurrensverket Working Paper series in Law and Economics*, Estocolmo, n. 10, 31 p., 2015. Disponível em:

<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/workingpaper/working_paper_2015-2.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2016.

BERKOWITZ, Daniel; PISTOR, Katharina; RICHARD, Jean Francois. Economic development, legality, and the transplant effect. *European Economic Review*, Amsterdã, v. 47, n. 1, p. 165-195, 2003.

BIGLAISER, Glen; DEROUEN, Karl. The expansion of neoliberal economic reforms in Latin America. *International Studies Quarterly*, Hoboken, v. 48, n. 3, p. 561-578, 2004.

BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. The rule of reason and the goals of antitrust: an economic approach. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 78, n. 2, p. 471-504, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2039337&download=yes>. Acesso em: 04 jan. 2016.

_____. Welfare standards in U.S. and E.U. antitrust enforcement. *Fordham Law Review*, New York, v. 81, p. 2.497-2.541, 2013.

BORK, Robert H. *The antitrust paradox*. New York: The Free Press, 1978.

_____. The goals of antitrust policy. *American Economic Review*, Nashville, v. 57, n. 2, p. 242-253, 1967.

_____; SIDA, J Gregory. *Brief of Amici Curiae Professors and Scholars in Law and Economics in Support of the Petitioners - Pacific Bell Telephone Company d/b/a AT&T California, et al., Petitioners, v. Linkline Communications, Inc., et al., Respondents*. Washington, 2009. Disponível em: <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/publishing/preview/publiced_preview_briefs_pdfs_07_08_07_512_PetitionerAmCuLawEcoProfsScholars.authcheckdam.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BRASIL. Presidência da República. Observatório da Equidade. *Indicadores de equidade do Sistema Tributário Nacional*. Brasília: Presidência da República, Observatório da Equidade, 2009. (Relatório de Observação, n. 1). Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/0906_Indicadores_de_Equidade_Sistema_TN_Relatorio_Observacao_01.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BRAVO, Laura Ferrari; SICILIANI, Paolo. Exclusionary pricing and consumers harm: the european commission's practice in the DSL, market. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 3, n. 2, p. 243-279, 2007.

BRODLEY, Joseph F. The economic goals of antitrust: efficiency, consumer welfare and technological progress. *New York University Law Review*, New York, v. 62, p. 1.020, Nov. 1987.

BRUNELL, Richard M. Appropriability in antitrust: how much is enough? *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 69, p. 1-42, 2001.

BRUSICK, Philippe; EVENETT, Simon J. Should developing countries worry about abuse of dominant power? *Wisconsin Law Review*, Madison, v. 1, p. 269-294, 2008.

BUCH-HANSEN, Hubert; WIGGER, Angela. The politics of european competition regulation. *RIPE Series in Global Political Economy*, Abingdon, n. 32, p. xvi, 2011.

BUDZINSKI, Oliver. International antitrust institutions. *Ilmenau Economics Discussion Papers*, Ilmenau, v. 17, n. 72, p. 01-39, 2012.

_____. Monoculture versus diversity in competition economics. *Marburg Papers on Economics*, Marburg, n. 08, p. 01-34, 2007. Disponível em: <http://www.wiwi.uni-marburg.de/Lehrstuehle/VWL/MAKRO/gelbe_reihe/liste.htm>. Acesso em: 04 jan. 2016.

_____. *The governance of global competition: competence allocation in international competition policy*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008.

_____; BEIGI, Maryan H. A. Generating instead of protecting competition. In: GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 223-247.

BUSH, Darren. Too big to bail: the role of antitrust in distressed industries. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 77, n. 1, p. 277-312, 2011.

CADMAN, Richard. Margin squeeze: defining a reasonably efficient operator. *Intermedia*, London, v. 39, n. 1, p. 24-28, 2011. Disponível em: <www.iicom.org>. Acesso em: 09 jan. 2016.

CARLTON, Dennis W. Should “price squeeze” be a recognized form of anticompetitive conduct? *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 4, n. 2, p. 271-278, 17 set. 2008. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhn012>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

_____; PERLOFF, Jeffrey M. *Modern industrial organization*. 3th ed. Boston: Addison-Wesley, 1999.

CARVALHO, Laura; REZAI, Armon. *Personal income inequality and aggregate demand*. 2014. Disponível em: <http://www.boeckler.de/pdf/v_2013_10_24_carvalho_rezai.pdf>. Acesso em: 06 jan. 2016.

CASS, Ronald A.; HYLTON, Keith N. Antitrust intent. *Boston University School of Law Working Paper Series, Public Law & Legal Theory*, Boston, n. 00-02, p. 01-96, 2000. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/paper.taf?abstract_id=239324>. Acesso em: 02 jan. 2016.

CASTRO, Bruno Braz de. *Análise da compatibilidade da “state action doctrine” com o sistema jurídico-constitucional brasileiro*. 2009. 110 f. Monografia (Graduação em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2009.

_____. Os limites jurídicos entre a legislação federal de defesa da concorrência e a ordenação econômica formulada por Estado ou Município: a contribuição da *State Action Doctrine*. *Revista do IBRAC*, São Paulo, p. 92-124, jan./jun. 2010.

_____. *Preços exploratórios: mera “ficção científica” ou desafio real ao direito concorrencial brasileiro?* 2012. 98 f. Dissertação (Mestrado em Direito Econômico) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2012.

CAVANAGH, Edward D. Antitrust Law and Economy Theory: Finding a Balance. *Loyola University Chicago Law Journal*, Chicago, v. 45, p. 123-171, 2013. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2253309>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

CHENG, Thomas K. Convergence and its discontents: a reconsideration of the merits of convergence of global competition law. *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 12, n. 2, p. 433-490, 2012. Disponível em: <http://sbiproxy.uqac.ca/login?url=http://search.proquest.com/docview/933146734?accountid=14722%5Cnhttp://openurl.quebec.ca:9003/uqac?url_ver=Z39.88-2004&rft_val_fmt=info:ofi/fmt:kev:mtx:journal&genre=article&sid=ProQ:ProQ:abiglobal&atitle=Convergence+and>. Acesso em: 02 jan. 2016.

CHONÉ, Philippe; KOMLY, Bruno; MEUNIER, Valérie. *Margin squeeze, entry, and “umbrella effect”*. 2010. Disponível em: <http://www.webmeets.com/files/papers/EARIE/2010/107/squeeze_vm.pdf>. Acesso em: 02 jan. 2016.

CHU, Johan S. G. *Durable dominance: dominant entrenchment through open competition* 2013. 106 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) - University of Michigan, Ann Arbor, 2013. Disponível em: <https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/110376/johanchu_1.pdf?sequence=1>. Acesso em: 05 jan. 2016.

COMISSÃO EUROPEIA. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82º do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. *Jornal Oficial da União Europeia*, Luxemburgo, n. C 45, p. 7-20, 2009. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)>. Acesso em: 05 jan. 2016.

CONNOR, John M. *Latin America and the control of international cartels*. São Paulo: [s.n.], 2008. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/269811374_Latin_America_and_the_Control_of_International_Cartels>. Acesso em: 05 jan. 2016.

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. *Processo Administrativo nº 08012.007443/1999-17: Voto do Conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado*. Brasília, 2004. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

_____. *Processos Administrativos nº 53.500.001821/2002, 53.500.001823/2002 e 53500.001824/2002: Voto do Conselheiro Relator Roberto Augusto Castellanos Pfeiffer*. Brasília, 2005. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

_____. *Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10: Voto do Conselheiro Fernando Magalhães Furlan*. Brasília, 2009. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

_____. *Processo Administrativo nº 08012.008501/2007-91: Voto da Conselheira Ana Frazão*. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

CONSIDERA, Claudio Monteiro; CORRÊA, Paulo. The political economy of anti-trust in Brazil: from price control to competition policy. *SEAE/MF Documento de Trabalho*, Brasília, n. 11, 2002. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2002/DocTrab11.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

CRANE, Daniel A. Chicago, post-Chicago, and neo-Chicago. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 76, n. 4, p. 1.911-1.933, 2009.

_____. Technocracy and antitrust. *Texas Law Review*, Austin, v. 86, p. 01-69, 2008. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1030632>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

CROCIONI, Pietro; VELJANOVSKI, Cento. Price squeezes, foreclosure and competition law: principles and guidelines. *Journal of Network Industries*, Alphen aan den Rijn, v. 4, n. 1, p. 28-60, 2003.

DABLA-NORRIS, Era et al. Causes and consequences of income inequality: a global perspective. *IMF Staff Discussion Note*, Washington, n. SDN/15/13, 2015. Disponível em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2015/sdn1513.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

DAVIES, William. Economics and the “nonsense” of law: the case of the Chicago antitrust revolution. *Economy and Society*, Abingdon, v. 39, n. 1, p. 64-83, 2010.

DERZI, Misabel de Abreu Machado. Guerra fiscal, Bolsa Família e silêncio (relações, efeitos e regressividade). *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 16, n. 108, p. 39-64, 2014.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. Antitrust divergence and the limits of economics. *Northwestern University Law Review*, Evanston, v. 104, n. 1, p. 253-292, 2010a.

_____. Antitrust error. *William & Mary Law Review*, Williamsburg, v. 52, n. 1, 2010b.

DJELIC, Marie-Laure; KLEINER, Thibaut. The international competition network: moving towards transnational governance. In: DJELIC, Marie-Laure; SAHLIN-ANDERSSON, Kerstin (Org.). *Transnational governance: institutional dynamics of regulation*. Cambridge, MA: Cambridge University Press, 2006. p. 287-307.

DO, Kim Them. Developing countries and the possible future WTO framework on competition law and policy: another look at a current controversy. *ZWER*, Colônia, v. 2, p. 133-159, 2010.

DREXL, Josef. Competition law as part of the European constitution. In: BOGDANDY, Armin Von; BAST, Jürgen (Org.). *Principles of European constitutional law*. Oxford, UK: Hart Publishing, 2009. p. 659-698.

_____. Consumer welfare and consumer harm: adjusting competition law and policies to the needs of developing jurisdictions. In: GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 265-295.

_____. International competition policy after Cancún: placing a Singapore issue on the WTO Development agenda. *World Competition*, Alphen aan den Rijn, v. 27, n. 3, p. 419-457, 2004.

_____. On the (a)political character of the economic approach to competition law. In: DREXL, Josef; KERBER, Wolfgang; PODSZUN, Rupprecht (Org.). *Competition policy and the economic approach*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2011. p. 312-336.

_____. Real knowledge is to know the extent of one's own ignorance: on the consumer harm approach in innovation-related competition cases. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 76, n. 3, p. 677-708, 2010.

DUTZ, Mark; KHEMANI, R. Shyam. *Challenges in South Asia competition law and policy: challenges in South Asia*. Washington, DC: The World Bank, 2007.

DWORKIN, Ronald M. Is wealth a value? *The Journal of Legal Studies*, Chicago, v. 9, n. 2, p. 191, 1980.

EASTERBROOK, Frank H. Allocating antitrust decisionmaking tasks. *Georgetown Law Journal*, Washington, v. 76, n. 2, p. 305, 1987.

EASTERBROOK, Frank H. The limits of antitrust. *Texas Law Review*, Austin, v. 63, n. 1, p. 01-40, 1984.

_____. Workable antitrust policy. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 84, n. 8, p. 1.696, 1986.

EASTERLY, William. Inequality does cause underdevelopment: insights from a new instrument. *Journal of Development Economics*, Amsterdã, v. 84, n. 2, p. 755-776, 2007.

ELHAUGE, Einer. Essay - horizontal shareholding. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 129, p. 1.267-1.317, 2016.

ENGERMAN, Stanley; SOKOLOFF, Kenneth. Factor endowments, inequality, and paths of development among new world economies. *NBER Working Paper 9259*, Cambridge, 2002.

EVANS, David S. Why different jurisdictions do not (and should not) adopt the same antitrust rules. *Chicago Journal of International Law*, Chicago, v. 10, n. 1, p. 161-187, 2009.

_____; PADILLA, Atilano Jorge. Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: a neo-Chicago approach. *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 72, n. 1, p. 73-98, 2005.

EVANS, Phil. *In search of the marginal consumer: the fipra study*. Brussels: FIPRA, 2008.

EVENETT, Simon J. Competition law and the economic characteristics of developing countries. In: GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 15-30.

EZRACHI, Ariel; GILO, David. Are excessive prices really self-correcting? *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 5, n. 2, p. 249-268, 2009.

FAELLA, Gianluca; PARDOLESI, Roberto. Squeezing price squeeze under EC antitrust law. *European Competition Journal*, Abingdon, v. 6, n. 1, p. 255-284, 2010.

FARBER, Daniel A; MCDONNELL, Brett H. Why (and how) fairness matters at the IP/antitrust interface. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 87, n. 6, p. 1.817, 2003.

FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L. The economics of welfare standards in antitrust. *Competition Policy International*, v. 2, n. 2, p. 03-27, 2006.

FENNELL, Lee Anne; MCADAMS, Richard H. The distributive deficit in law and economics. *Minnesota Law Review*, Minneapolis, v. 100, p. 1.055, 2016. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2544519>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

FIKENTSCHER, Wolfgang. The Draft International Antitrust Code (DIAC) in the context of international technological integration - the institutional and jurisdictional architecture. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 72, n. 2, p. 533-543, 1996.

FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. Antitrust's democracy deficit. *Fordham Law Review*, New York, v. 81, p. 2.543-2.574, 2013.

FLEURBAEY, Marc. Equal opportunity or equal social outcome? *Economics and Philosophy*, Cambridge, v. 11, n. 1, p. 25, 1995.

FOER, Albert A. On the inefficiencies of efficiency as the single-minded goal of antitrust. *AAI Working Paper*, Washington, n. 14-2, p. 01-40, 2014.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito econômico*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOX, Eleanor M. Against goals. *Fordham Law Review*, New York, v. 81, p. 2.157-2.161, 2013.

_____. Antitrust and regulatory federalism: races up, down, and sideways. *New York University Law Review*, New York, v. 75, n. 6, p. 1.781-1.807, 2000.

_____. Competition, development and regional integration: in search of a competition law fit for developing countries. *NYU Law & Economics Research Paper Series*, New York, n. 11-4, p. -1-25, 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1761619>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

_____. Economic development, poverty, and antitrust: the other path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, Los Angeles, v. 13, p. 211, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1002637>>. Acesso em: 11 jan. 2016.

_____. Linked-in: antitrust and the virtues of a virtual network. *NYU Law & Economics Research Paper Series*, New York, n. 09-27, p. 01-25, 2009.

_____. Monopolization, abuse of dominance, and the indeterminacy of economics: the U.S./E.U. Divide. *Utah Law Review*, Salt Lake City, n. 3, p. 725-740, 2006.

_____; TREBILCOCK, Michael J. The design of competition law institutions and the global convergence of process norms: The GAL competition project (working paper). *NYU Law & Economics Research Paper Series*, New York, n. 12-20, p. 01-80, 2012.

GAL, Michal S. Monopoly pricing as an antitrust offense in the US and the EC: two systems of belief about monopoly? *The Antitrust Bulletin*, Thousand Oaks, v. 49, p. 343-384, 2004.

_____; FOX, Eleanor M. Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience. In: GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 296-356.

_____; PADILLA, Atilano Jorge. The follower phenomenon: implications for the design of monopolization rules in a global economy. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 76, n. 3, p. 899-928, 2010.

GAUDIN, Germain; SAAVEDRA, Claudia. Ex ante margin squeeze tests in the telecommunications industry: what is a reasonably efficient operator? *Telecommunications Policy*, Amsterdã, v. 38, n. 2, p. 157-172, 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1016/j.telpol.2013.08.005>>. Acesso em: 07 jan. 2016.

GERADIN, Damien; O'DONOGHUE, Robert. The concurrent application of competition law and regulation: the case of margin squeeze abuses in the telecommunications sector. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 1, n. 2, p. 355-425, jun. 2005. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhi009>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

GERBER, David J. Competition law and the institutional embeddedness of economics. In: DREXL, Josef; IDOT, Laurence; MONEGER, Joel (Org.). *Economic theory and competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008. p. 20-44.

_____. Constitutionalizing the economy: German neo-liberalism, competition law and the “new” Europe. *The American Journal of Comparative Law*, Ann Arbor, v. 42, n. 1, p. 25-84, 1994.

_____. Global competition law convergence: potential roles for economics. *Chicago-Kent College of Law Research Paper*, Chicago, n. 5, p. 01-26, 2014.

GERLA, Harry S. Restoring rivalry as a central concept in antitrust law. *Nebraska Law Review*, Lincoln, v. 75, n. 2, p. 209-254, 1996.

GLEESON, Niamh Christina. Has margin squeeze abuse in EU competition law developed because of the liberalisation of the network industries in the EU. *European Networks Law and Regulation Quarterly*, Berlin, v. 1, p. 15-26, 2013.

GOHARI, Ramin Silvan. Margin squeeze in the telecommunications sector: a more economics-based approach. *World Competition*, Alphen aan den Rijn, v. 35, n. 2, p. 205-232, 2012.

GORMSEN, Liza Lovdahl. *A principled approach to abuse of dominance in european competition law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

_____. The conflict between economic freedom and consumer welfare in the modernisation of Article 82 EC. *European Competition Journal*, Abingdon, v. 3, n. 2, p. 329-344, 2007. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/full/10.5235/ecj.v3n2.329>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2010.

GREWAL, David Singh; PURDY, Jediah. Introduction: law and neoliberalism. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 77, n. 4, p. 1-23, 2014.

GROUP OF 77. *Charter of Algiers*. 1967. Disponível em: <<http://www.g77.org/doc/algier~1.htm>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

GRULLON, Gustavo; LARKIN, Yelena; MICHAELY, Roni. *Are U.S. industries becoming more concentrated?* 2016. Disponível em: <http://www.cicfconf.org/sites/default/files/paper_388.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

HABERMAS, Jürgen. *The lure of technocracy*. Cambridge, MA: Polity Press, 2015. v. 1.

HAIGHT, G. W. The new international economic order and the the charter of economic rights and duties of states. *The International Lawyer*, Chicago, v. 9, n. 4, p. 591-604, 1975.

HALE, Thomas; HELD, David. Gridlock and innovation in global governance: the partial transnational solution. *Global Policy*, Durham, v. 3, n. 2, p. 169-181, 2012.

HARVEY, David. *A brief history of neoliberalism*. New York, NY: Oxford University Press, 2007.

HAY, George A.; MCMAHON, Kathryn. The diverging approach to price squeezes in the United States and Europe. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 8, n. 2, p. 259-296, 2012.

HAZEL, Diane R. Competition in context: the limitations of using competition law as a vehicle for social policy in the developing world. *Houston Journal of International Law*, Houston, v. 37, n. 2, p. 275-352, 2015.

HEIMLER, Alberto; MEHTA, Kirtikumar. Monopolization in developing countries. *Social Science Research Network*, p. 1-20, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2335653>. Acesso em: 20 jan. 2016.

HEYER, Kenneth. A world of uncertainty: economics and the globalization of antitrust. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 72, p. 75, 2005.

HORTON, Thomas J. Unraveling the Chicago / Harvard antitrust double helix: applying evolutionary theory to guard competitors and revive antitrust jury trials. *Baltimore Law Review*, Baltimore, v. 41, p. 615-670, 2012.

HORWITZ, Morton J. Law and economics: science or politics? *Hofstra Law Review*, Hempstead, v. 8, n. 4, p. 905-912, 1980. Disponível em: <http://heinonlinebackup.com/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/hoflr8§ion=39>. Acesso em: 02 jan. 2016.

HOVENKAMP, Herbert J. Antitrust policy after Chicago. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 84, p. 213-284, 1985.

_____. Antitrust policy after Chicago. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 84, n. 2, p. 213-284, 1985.

_____. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 4th ed. St. Paul, MN: West, 2011.

_____. Implementing antitrust's welfare goals. *Fordham Law Review*, New York, v. 81, n. 5, p. 2.471-2.496, 2013.

HOVENKAMP, Herbert J. The monopolization offense. *Ohio State Law Journal*, Columbus, v. 61, p. 1-9, 2000.

HYLTON, Keith N.; LIN, Haizhen. Optimal antitrust enforcement, dynamic competition, and changing economic conditions. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 77, n. 1, p. 247-276, 2010.

INDIG, Tamar; GAL, Michal S. Lifting the veil: rethinking the classification of developing economies for competition law and policy. In: GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 51-82.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *FMI World Economic Outlook (WEO) - recovery strengthens, remains uneven*. 2014. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/01/>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

JACOBS, Michael S. An essay on the normative foundations of antitrust economics. *North Carolina Law Review*, Chapel Hill, v. 74, n. 1, p. 219, 1995.

JONES, Alison. Distinguishing legitimate price competition from unlawful exclusionary behaviour: Reconciling and rationalising the case-law. In: PAIS, Sofia Oliveira (Org.). *Competition law challenges in the next decade*. Bern: [s.n.], 2016. p. 123-158. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2614413>. Acesso em: 03 jan. 2016.

JULLIEN, Bruno; REY, Patrick; SAAVEDRA, Claudia. The economics of margin squeeze. *CEPR Discussion Paper*, London, n. 9905, p. 01-44, 2014. Disponível em: <http://www.cepr.org/active/publications/discussion_papers/dp.php?dpno=9905>. Acesso em: 10 jan. 2016.

KALDOR, Nicholas. Welfare propositions of economics and interpersonal comparisons of utility. *The Economic Journal*, Hoboken, v. 49, n. 195, p. 549-552, 1939.

KAPLOW, Louis. Antitrust, law & economics, and the courts. *Law and Contemporary Problems*, Durham, v. 50, n. 4, p. 181, 1987. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/1191460?origin=crossref>>. Acesso em: 16 jan. 2016.

_____. On the choice of welfare standards in competition law. In: ZIMMER, Daniel (Org.). *The goals of competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012. p. 03-27.

KATZ, Michael L.; SHELANSKI, Howard A. Merger analysis and the treatment of uncertainty: should we expect better? *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 74, n. 3, p. 537-574, 2007.

KENNEDY, Duncan. Law-and-economics from the perspective of critical legal studies. *The New Palgrave Dictionary of Economics and The Law*, London, n. 1, p. 465-474, 1998.

KERBER, Wolfgang. Competition, innovation and maintaining diversity through competition law. In: DREXL, Josef; KERBER, Wolfgang; PODSZUN, Rupprecht (Org.). *Competition policy and the economic approach*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2011. p. 01-37. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1543725>. Acesso em: 10 jan. 2016.

KERBER, Wolfgang. Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law. In: DREXL, Josef; IDOT, Laurence; MONEGER, Joel (Org.). *Economic theory and competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008. p. 01-25. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1075265>. Acesso em: 15 jan. 2016.

KHAN, Lina; VAHEESAN, Sandeep. Market power and inequality: the antitrust counterrevolution and its discontents. *Harvard Law & Policy Review*, Cambridge, v. 11, p. 01-71, 2016. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2769132>. Acesso em: 15 jan. 2016.

KING, Stephen P.; MADDOCK, Rodney. Imputation rules and a vertical price squeeze. *Australian Business and Law Review*, Pyrmont, v. 30, n. 1, p. 43-60, 2002. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/229025941_Imputation_rules_and_a_vertical_price_squeeze>. Acesso em: 10 jan. 2016.

KINGSTON, Suzanne. *Greening EU competition law and policy*. New York, NY: Cambridge University Press, 2011.

KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. The fundamental goal of antitrust: protecting consumers, not increasing efficiency. *Notre Dame Law Review*, New York, v. 84, n. 1982, p. 191-243, 2008. Disponível em: <http://www3.nd.edu/~ndlrev/archive_public/84ndlr1/Kirkwood_Lande.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

KOVACIC, William E. Institutional foundations for economic legal reform transition economies: the case of competition policy and antitrust enforcement. *Chicago-Kent Law Review*, Chicago, v. 77, p. 265-315, 2001.

_____. The United States and its future influence on global competition policy. *George Mason Law Review*, Arlington, v. 22, n. 5, p. 1157-1204, 2015.

_____; SHAPIRO, Carl. Antitrust policy: a century of economic and legal thinking. *Journal of Economic Perspectives*, Nashville, v. 14, n. 1, p. 43-60, 2000.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Microeconomics*. 3th ed. New York, NY: Worth Publishers, 2013.

KWOKA, John. Does merger control work? A retrospective on U.S. enforcement actions and merger outcomes. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 78, n. 3, p. 619-650, 2013. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1954849>. Acesso em: 02 jan. 2016.

LANDE, Robert H. A traditional and textualist analysis of the goals of antitrust: efficiency, preventing theft from consumers, and consumer choice. *Fordham Law Review*, New York, v. 81, p. 2.349-2.403, 2013.

LAO, Marina. “Aspen skiing” and “trinko”: antitrust intent and “sacrifice”. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 73, p. 171-208, 2005.

LAO, Marina. Ideology matters in the antitrust debate. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 79, n. 2, p. 649, 2014.

LEARY, Thomas B. The elusive goal of convergence and the inevitability of uncertainty. *The Antitrust Source*, Chicago, Dec. 2006. Disponível em: <www.antitrustsource.com>. Acesso em: 03 jan. 2016.

LEVENSTEIN, Margaret; SUSLOW, Valerie Y. Contemporary international cartels and developing countries: economic effects and implications for competition policy. *The Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 71, n. 3, p. 801-852, 2004.

LEWIS, David. *Chilling competition*. 2008. Disponível em: <<http://www.comptrib.co.za/assets/Uploads/Speeches/lewis13.pdf>>. Acesso em: 03 jan. 2016.

LIANOS, Ioannis. Some reflections on the question of the goals of EU competition law. *CLES Working Paper Series*, London, n. 3, p. 01-65, 2013. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2235875>. Acesso em: 03 jan. 2016.

_____; MATEUS, Abel; RASLAN, Azza. Is there a tension between development economics and competition? In: SOKOL, D. Daniel; CHENG, Thomas K.; LIANOS, Ioannis (Org.). *Competition law and development*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2013. p. 35-51.

MAKAEW, Tanakorn. Waves of international mergers and acquisitions. *SSRN Electronic Journal*, 2012. Disponível em: <<http://www.ssrn.com/abstract=1786989>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

MANDORFF, Martin; SAHL, Johan. The role of the “equally efficient competitor” in the assessment of abuse of dominance. *Konkurrensverket Working Paper Series in Law and Economics*, Estocolmo, n. 1, 2013. Disponível em: <<http://www.konkurrensverket.se/en/publications-and-decisions/the-role-of-the-equally-efficient-competitor-in-the-assessment-of-abuse-of-dominance/>>. Acesso em: 04 jan. 2016.

MANKIW, N. Gregory. *Principles of economics*. 7th ed. Stamford, CT: Cengage Learning, 2014.

MARCOS, Francisco. *Do developing countries need competition laws and policy?* Madrid, 2006. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=930562>. Acesso em: 01 jan. 2016.

MARKHAM JUNIOR, Jesse W. W. Lessons for competition law from the economic crisis: the prospect for antitrust responses to the “too-big-to-fail” phenomenon. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, New York, v. 16, n. 2, p. 261-322, 2011.

MARKOVITS, Richard S. Why Kaplow and Shavell’s “double-distortion argument” articles are wrong. *George Mason Law Review*, Arlington, v. 13, n. 3, p. 514-613, 2005.

MARQUIS, Mel. Idea merchants and paradigm peddlers in global antitrust. *Global Business & Development Law Journal*, Sacramento, v. 28, p. 155-208, 2015.

MARTIN, Alice; KERSLEY, Helen; GREENHAM, Tony. *Inequality and financialisation: a dangerous mix*. 2014. Disponível em: <<http://www.neweconomics.org/publications/entry/inequality-and-financialisation>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

MEISEL, John B. The law and economics of margin squeezes in the US versus the EU. *European Competition Journal*, Abingdon, v. 8, n. 2, p. 383-402, ago. 2012. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/full/10.5235/ECJ.8.2.383>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

MIROWSKI, Philip. *The political movement that dared not speak its own name: the neoliberal thought collective under erasure*. 2014. Disponível em: <<http://ineteconomics.org/ideas-papers/research-papers/the-political-movement-that-dared-not-speak-its-own-name-the-neoliberal-thought-collective-under-erasure>>. Acesso em: 01 jan. 2016.

MITSCHKE, Andreas. *The influence of national competition policy on the international competitiveness of nations: a contribution to the debate on international competition rules*. Heidelberg: Physica-Verlag HD, 2008.

MOGUILLANSKY, Graciela; VERÓNICA, Silva. Creando condiciones para el desarrollo productivo: políticas de competencia. *Comercio Internacional*, Santiago de Chile, n. 48, 2004. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/20504/lcl2198e.pdf>>. Acesso em: 09 jan. 2016.

MOTTA, Massimo. *Competition policy: theory and practice*. New York, NY: Cambridge University Press, 2004.

MURIS, Timothy J. Improving the economic foundations of competition policy. *George Mason Law Review*, Arlington, v. 12, n. 1, 1992, p. 1, 2003.

NIELSEN, Lyng. How to classify countries based on their level of development. *Social Indicators Research*, Berlin, v. 114, n. 3, p. 1.087-1.107, 2013.

OESTERLE, Dale A. United Nations conference on restrictive business practices. *Cornell International Law Journal*, Ithaca, v. 14, n. 1, 1981. Disponível em: <<http://scholarship.law.cornell.edu/cilj/vol14/iss1/1>>. Acesso em: 22 jan. 2016.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de; CASTRO, Bruno Braz de. Proteção do consumidor de crédito: uma abordagem a partir da economia comportamental. *Revista de Direito de Consumidor*, São Paulo, v. 93, p. 231-249, 2014.

OLIVEIRA, Gesner; KONICHI, Cinthia. Aspects of brazilian competition policy. *Textos para Discussão*, São Paulo, n. 150, 2006.

ORBACH, Barak. A state of inaction: regulatory preferences, rent, and income inequality. *Theoretical Inquiries of Law*, Tel Aviv, v. 16, n. 1, p. 45-68, 2015.

_____. The antitrust consumer welfare paradox. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 7, n. 1, p. 133-164, 2010.

ORBACH, Barak; AVRAHIM, Raphael. Refusals to deal, essentials facilities, and price squeezes. *Arizona Legal Studies Discussion Paper*, Tucson, n. 12-24, 2012. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2121672>. Acesso em: 22 jan. 2016.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. Dynamic efficiencies in merger analysis - DAF/COMP(2007)41. *OECD Policy Roundtables Discussion Papers*, Paris, June 2007.

_____. *Focus on inequality and growth*, Paris, Dec. 2014.

_____. Implementing competition policy in developing countries. In: ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT. *Promoting pro-poor growth: policy guidance for donors*. Paris: OECD, 2007. p. 85-92. Disponível em: <http://www.oecd-ilibrary.org/development/promoting-pro-poor-growth/implementing-competition-policy-in-developing-countries_9789264024786-9-en>. Acesso em: 04 jan. 2016.

_____. *Policy roundtables: margin squeeze - DAF/COMP(2009)36*. 2009. Disponível em: <www.oecd.org/regreform/sectors/46048803.pdf>. Acesso em: 04 jan. 2016.

OSTI, Cristoforo. Antitrust: a heimlich manoeuvre. *European Competition Journal*, Abingdon, v. 11, n. 1, p. 221-264, 2015.

PEÑA, Julian. Competition policies in Latin America, post-Washington consensus. In: MARSDEN, Philip (Org.). *Handbook of research in trans-atlantic antitrust*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006. p. 732-758.

PETRECOLLA, Diego et al. Economic structure and competition policy application in Latin American countries. In: GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 83-113.

PIKETTY, Thomas. *Capital in the twenty-first century*. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

PITOFISKY, Robert. The political content of antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 127, p. 1.051-1.075, 1979.

POLI, Eleonora. *Antitrust institutions and policies in the globalising economy*. New York, NY: Palgrave Macmillan, 2015.

PORTER, Michael. Competition and antitrust: toward a productivity-based approach to evaluating mergers and joint ventures. *The Antitrust Bulletin*, Thousand Oaks, v. 46, p. 919, 2001.

POSNER, Richard A. The Chicago school of antitrust analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, v. 127, p. 925-948, 1979.

_____. *The economics of justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981.

PRASAD, Naren. *Policies for redistribution: the use of taxes and social transfers*. Discussion Paper Series, n° DP/194/2008. Geneva: ILO, 2008. Disponível em: <www.oit.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---inst/documents/publication/wcms_193159.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

PRIEST, George L. Competition law and development: the absolutist view. In: SOKOL, D. Daniel; CHENG, Thomas K.; LIANOS, Ioannis (Org.). *Competition law and development*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2013. p. 79-89.

RAWLS, John. *A theory of justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999. v. 1.

REEVES, Amanda P.; STUCKE, Maurice E. Behavioral antitrust. *Indiana Law Journal*, Bloomington, v. 86, p. 1.527-1.586, June 2011.

REPUBLIC OF SOUTH AFRICA. *Competition Act n. 89*. Lynnwood Ridge: Competition Commission of South Africa, 1998. Disponível em: <<http://www.compcom.co.za/wp-content/uploads/2014/09/pocket-act-august-20141.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

RODRIK, Dani. *Economics rules: the rights and wrongs of the dismal science*. New York, NY: W. W. Norton & Company, 2015.

_____. Goodbye Washington consensus, Hello Washington confusion? A review of the World Bank's economic growth in the 1990s: learning from a decade of reform. *Journal of Economic Literature*, Nashville, v. XLIV, p. 973-987, Dec. 2006. Disponível em: <<http://eds.b.ebscohost.com/uplib.idm.oclc.org/ehost/pdfviewer/pdfviewer?sid=19504601-b08c-4975-8bc0-be517c357367@sessionmgr104&vid=1&hid=119>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

ROSCH, Thomas J. Behavioral economics: observations regarding issues that lie ahead. In: VIENNA COMPETITION CONFERENCE, Vienna, 2010. Disponível em: <https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/behavioral-economics-observations-regarding-issues-lie-ahead/100609viennaremarks.pdf>. Acesso em: 08 jan. 2016.

RUBINFELD, Daniel L. On the foundations of antitrust law and economics. In: PITOFISKY, Robert (Org.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. New York, NY: Oxford University Press, 2008. p. 51-74.

RUTHERFORD, Donald. *Routledge dictionary of economics*. Londres, UK: Routledge, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A legal theory of economic power: implications for social and economic development*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.

SALOP, Steven C. Question: what is the real and proper antitrust welfare standard-answer: the true consumer welfare standard. *Loyola Consumer Law Review*, Chicago, v. 22, n. 3, p. 336-353, 2010.

SANTOS, Bruno Carazza dos. *Interesses econômicos, representação política e produção legislativa no Brasil sob a ótica do financiamento de campanhas eleitorais*. 2016. 218 f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2016.

SCHERER, Frederic M. Conservative economics and antitrust: a variety of influences. In: PITOFISKY, Robert (Org.). *How the Chicago School overshot the mark: the effect of conservative economic analysis on U.S. antitrust*. New York, NY: Oxford University Press, 2008. p. 30-39.

SCHUMPETER, Joseph A. *History of economic analysis*. New York, NY: Routledge, 1954.

SEDLACEK, Tomas. *Economics of good and evil: the quest for economic meaning from Gilgamesh to Wall Street*. New York, NY: Oxford University Press, 2011.

SEN, Amartya. *Development as freedom*. 4th ed. New York, NY: Alfred A. Knopf, 1999.

SHAPIRO, Carl. Competition and innovation did arrow hit the bull's eye? In: LERNER, Josh; STERN, Scott (Org.). *The rate and direction of inventive activity revisited*. Chicago, IL: University of Chicago Press, 2012. p. 361-404. Disponível em: <<http://www.nber.org/books/lern11-1>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

SIDAK, J. Gregory. Abolishing the price squeeze as a theory of antitrust liability. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 4, n. 2, p. 279-309, 17 set. 2007. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhn018>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____; TEECE, David J. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 5, n. 4, p. 581-631, 2009. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhp024>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____; TEECE, David J. Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law and Economics*, Oxford, v. 5, n. 4, p. 581-631, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVEIRA, Paulo Burnier da; OLIVEIRA, Giovanna Bakaj Rezende. A segunda década da Rede Internacional da Concorrência: os desafios da promoção da convergência na diversidade. *Revista de Defesa da Concorrência*, Brasília, n. 1, p. 4-15, maio 2013.

SINGH, Ajit. *Multilateral competition policy and economic development: a developing country perspective on the European Community proposals*. UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy, 2004.

SINGH, Poonam. Convergence in emerging markets: the case of abuse of dominant position in competition policy. *Journal of Interdisciplinary Economics*, Thousand Oaks, v. 25, n. 1-2, p. 41-67, 2013. Disponível em: <<http://jie.sagepub.com/lookup/doi/10.1177/0260107914524661>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

SLAUGHTER, Anne-Marie. *A new world order*. Princeton, NJ: Princeton University Press, 2004a. Disponível em: <<http://books.google.com/books?id=WzG5qJM0AekC&pgis=1>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

_____. Sovereignty and power in a networked world order. *Stanford Journal of International Law*, Stanford, v. 40, p. 283-328, 2004b.

SOKOL, D. Daniel. Monopolists without borders: the institutional challenge of international antitrust in a global gilded age. *Berkeley Business Law Journal*, Berkeley, v. 4, n. 1, p. 37-122, 2007.

_____; CHENG, Thomas K.; LIANOS, Ioannis (Org.). *Competition law and development*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2013.

_____; STEPHAN, Andreas. Prioritizing cartel enforcement in developing world competition agencies. In: SOKOL, D. Daniel; CHENG, Thomas K.; LIANOS, Ioannis (Org.). *Competition law and development*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2013. p. 137-154.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Direito econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

_____. *Primeiras linhas de direito econômico*. São Paulo: LTr, 2005.

STEWART, Taimoon. The fate of competition policy in Cancun: politics or substance? *Legal Issues of Economic Integration*, Alphen aan den Rijn, v. 31, n. 1, p. 7-11, 2004.

STIGLITZ, Joseph E. *The price of inequality*. New York, NY: W. W. Norton & Company, 2012.

_____. *Inequality and economic growth*. 2013. 18 p. Disponível em: <[http://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/Inequality and Economic Growth.pdf](http://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/Inequality%20and%20Economic%20Growth.pdf)>. Acesso em: 22 jan. 2016.

STREECK, Wolfgang. *Buying time: the delayed crisis of democratic capitalism*. Londres, UK: Verso, 2014.

STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust's goals. *Boston College Law Review*, Newton, v. 53, n. 2, p. 551-630, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. Willingness to pay versus welfare. *Harvard Law & Policy Review*, Cambridge, v. 1, p. 303-330, 2007.

SVETIEV, Yane. Competition law and development policy: subordination, self-sufficiency or integration. *European Yearbook of International Economic Law*, Cham, v. 4, p. 223-252, 2013.

TAPIA, Javier. Increasing deterrence in Latin American competition law enforcement regimes. In: WHISH, Richard; TOWNLEY, Christopher (Org.). *New competition jurisdictions: shaping policies and building institutions*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012. p. 139-166.

_____; ROBERTS, Simon. Abuse of dominance in developing countries: a view from the south, with an eye on telecommunications. In: GAL, Michal S. et al. (Org.). *The economic characteristics of developing jurisdictions: their implications for competition law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. p. 357-378.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth, and happiness*. New Haven, CT: Yale University Press, 2008.

TIMM, Luciano Benetti. Jurisdiction, cooperation, comity, and competition policy in Brazilian international antitrust law. In: GUZMAN, Andrew (Org.). *Cooperation, comity, and competition policy*. Oxford, UK: Oxford University Press, 2011. p. 63-82.

TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. *The Antitrust Bulletin*, Thousand Oaks, v. 57, n. 2, p. 207-258, 2012.

TOR, Avishalom. The fable of entry: bounded rationality, market discipline and legal policy. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 101, p. 484-568, 2002.

TOWNLEY, Christopher. *Article 81 EC And Public Policy*. Oxford, NY: Hart Publishing, 2009.

UNIÃO EUROPEIA. Comissão das Comunidades Europeias. *Case COMP/38.784 - Wanadoo España vs. Telefónica - commission decision*. 2007. Disponível em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38784/38784_311_10.pdf>. Acesso em: 01 jan. 2016.

_____. Comissão das Comunidades Europeias. *Konkurrensverket vs. TeliaSonera AB - Case C-52/09 - opinion of advocate General Mazak*. 2010. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=78688&pageIndex=0&doclang=en&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=244523#Footref14>>. Acesso em: 01 jan. 2016.

_____. *Tratado sobre o funcionamento da União Europeia*: versão consolidada após Tratado de Lisboa. Bruxelas: Serviço de Publicações da União Europeia, 2010. Disponível em: <https://infoeuropa.euocid.pt/opac/?func=service&doc_library=CIE01&doc_number=000045566&line_number=2&func_code=WEB-FULL&service_type=MEDIA>. Acesso em: 01 jan. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *AstraZeneca AB and AstraZeneca plc vs. European Commission - Case 321/05*. Luxemburgo, 2010a. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%253A62005TJ0321>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Comissão das Comunidades Europeias vs. United Brands Company e United Brands Continental BV - Processo 27/76*. Luxemburgo, 1978. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:61976CJ0027&from=EN>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Commission of European Communities vs. NV Nederlandsche Banden-Industrie Michellin e República Francesa - Caso 322/81*. Luxemburgo, 1983. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&jur=C,T,F&num=322/81&td=ALL>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Deutsche Telekom AG v European Commission - Caso 280/08*. Luxemburgo, 2010b. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-280/08>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities - Case 6-72*. Luxemburgo, 1973. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61972CJ0006>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *GlaxoSmithKline Services Unlimited v. Commission - Casos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P*. Luxemburgo, 2009. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77866&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=701871>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities. - Caso 85/76*. Luxemburgo, 1979. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%253A61976CJ0085>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Konkurrensverket contra TeliaSonera Sverige AB, C-52/09 - acórdão*. Bruxelas, 2011. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d5a311059dbe3e4db691e0f84bbafaf5f6.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxuSchj0?text=&docid=81796&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1397364>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Microsoft Corp. v Commission of the European Communities. - Caso T-201/04*. Luxemburgo, 2007. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=T-201/04>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Oscar Bronner GmbH & Co. KG v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG and Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG. - Caso C-7/97*. Luxemburgo, 1998. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-7/97>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça. *Post Danmark A/S vs. Konkurrencerådet - Caso 209/10*. Luxemburgo, 2012. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=121061&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=704520>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Tribunal de Justiça. *Telefónica SA and Telefónica de España SAU v European Commission - Caso 295/12*. Luxemburgo, 2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-295/12>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND DEVELOPMENT. *Model law on competition*. Geneva: United Nations, 2000a. Disponível em: <<http://unctad.org/en/docs/tdrbpconf5d7.en.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. *The United Nations set of principles and rules on competition*. Geneva: United Nations, 2000b. Disponível em: <<http://unctad.org/en/docs/tdrbpconf10r2.en.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

UNITED NATIONS CONFERENCE ON TRADE AND EMPLOYMENT. Interim Commission for the International Trade Organization. *Havana charter for an international trade organization*. Havana, 1948. Disponível em: <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf>. Acesso em: 07 jan. 2016.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human development report 2015: work for human development*. New York, NY: United Nations Development Programme, 2015. Disponível em: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

UNITED NATIONS. *World economic situation prospects*. New York, NY: United Nations, 2014. Disponível em: <http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/wesp2014.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Department of Justice. Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*. Washington, DC, 2010. Disponível em: <<https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. First Circuit of the United States Courts of Appeal. *Town of Concord, Massachusetts, et al., Plaintiffs v. Boston Edison Company*. Washington, DC, 1990. Disponível em: <<http://openjurist.org/915/f2d/17/town-of-concord-massachusetts-v-boston-edison-company>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. *International competition policy advisory committee to the attorney general and assistant attorney general for antitrust: final report*. Washington, DC: Department de Justice, 2000. Disponível em: <<https://www.justice.gov/atr/final-report>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Second Circuit of the United States Courts of Appeal. *United States v. Aluminum Co. of America et al.* Washington, DC, 1945. Disponível em: <<http://myweb.clemson.edu/~maloney/424/alcoa.pdf>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Supreme Court. *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.* Washington, DC, 1985. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/case.html>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Supreme Court. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.* Washington, DC, 1993. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/509/209/case.html>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Supreme Court. *Leegin Creative Leather Products, Inc. V.PSKS, Inc.* Washington, DC, 2007. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/551/877/>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Supreme Court. *Matsushita v. Zenith Ratio Corp.* Washington, DC, 1986. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/475/574/>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Supreme Court. *Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc.* Washington, DC, 2009. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/555/438/opinion.html>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Supreme Court. *United States v. Colgate & Co.* Washington, DC, 1919. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/250/300/case.html>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

UNITED STATES OF AMERICA. Supreme Court. *United States v. Grinnell Corp.* Washington, DC, 1966. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/384/563/case.html>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. Supreme Court. *Verizon Communications Inc., Petitioner v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP.* Washington, DC, 2004. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/opinion.html>>. Acesso em: 05 jan. 2016.

_____. White House. Council of Economic Advisers. *Benefits of competition and indicators of market power.* Washington, DC, 2016. Disponível em: <https://www.whitehouse.gov/sites/default/files/page/files/20160414_cea_competition_issue_brief.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

UTTON, Michael A. *International competition policy: mantaining open markets in the global economy.* Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006.

VAN HORN, Rob. Reinventing monopoly and the role of corporations: the roots of Chicago law and economics. In: MIROWSKI, Philip; PLEHWE, Dieter (Org.). *The road from Mont Pelerin.* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2009. p. 139-180.

VATIERO, Massimiliano. Dominant market position and ordoliberalism. *International Review of Economics*, Milão, v. 62, n. 4, p. 291-306, 2015.

VAZ, Isabel. Nova legislação antitruste brasileira: aspectos regulamentares e institucionais. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 31, n. 124, p. 51-74, 1994.

VICKERS, John. Competition law and economics: a mid-atlantic viewpoint. *European Competition Journal*, Oxford, v. 3, n. 1, p. 1-15, 2007.

WAKED, Dina I. Antitrust goals in developing countries: policy alternatives and normative choices. *Seattle University Law Review*, Seattle, v. 38, p. 945-1.006, 2015.

WALLER, Spencer Weber. The law and economics virus. *Cardozo Law Review*, New York, v. 31, n. 2, p. 367-403, 2010.

WERDEN, Gregory J. The no economic sense test for exclusionary conduct. *Journal of Corporation Law*, Iowa City, v. 31, n. 1, p. 293, 2005.

WESSEL, Ramses A. *Decisions of international institutions: explaining the informality turn in international institutional law.* 2014. 18 p. Disponível em: <<http://doc.utwente.nl/92110/1/wesselconf12.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law.* 7th ed. New York, NY: Oxford University Press, 2012.

WIGGER, Angela. The political role of transnational experts in shaping EU competition policy: towards a pan-european system of private enforcement. *Legisprudence*, Oxford, v. III, n. 3, p. 251-275, 2009.

WILLIAMSON, John. A short history of the Washington consensus. *Law and Business Review of The Americas*, Dallas, v. 15, p. 07-23, 2009.

WILLIAMSON, Oliver E. Allocative efficiency and the limits of antitrust. *American Economic Review*, Pittsburgh, v. 59, n. 2, p. 105-118, 1969.

WOOLCOCK, Stephen. The Singapore issues in Cancún: A failed negotiation ploy or a litmus test for global governance? *Intereconomics*, Hamburg, v. 38, n. 5, p. 249-255, 2003.

WORLD BANK. Commission on Growth and Development. *The growth report: strategies for sustained growth and inclusive development*. Washington, DC: The World Bank, 2008. Disponível em: <http://siteresources.worldbank.org/EXTPREMNET/Resources/489960-1338997241035/Growth_Commission_Final_Report.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2016.

WRIGHT, Joshua D. Abandoning antitrust's Chicago obsession: the case for evidence-based antitrust. *Antitrust Law Journal*, Washington, v. 78, p. 301-331, 2011.

WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*, Washington, v. 78, n. 2, p. 313-328, 2012. Disponível em: <<http://search.proquest.com.library.capella.edu/docview/1115569803/fulltext?accountid=27965>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

WURMNEST, Wolfgang. The reform of Article 82 EC in the light of the “economic approach”. In: MACKENRODT, Mark-Oliver; CONDE GALLEGO, Beatriz; ENCHELMAIER, Stefan (Org.). *Abuse of dominant position: new interpretation, new enforcement mechanisms?* Berlim: Springer, 2008. p. vii, 204.

ZANITELLI, Leandro Martins. Democracia de cidadãos proprietários e variedades de capitalismo. *Revista Estudos Institucionais*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 1, p. 298-332, 2016.

ZERBE, Richard O. *Economic efficiency in law and economics*. 2001. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=eoh&AN=0594064&lang=fr&site=eohost-live>>. Acesso em: 10 jan. 2016.