



Universidade de Brasília – UnB

Faculdade de Direito

FRANCISCO SCHERTEL MENDES

**O CONTROLE DE CONDUTAS NO DIREITO
CONCORRENCIAL BRASILEIRO: CARACTERÍSTICAS E
ESPECIFICIDADES**

Brasília

2012

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO

**O CONTROLE DE CONDUTAS NO DIREITO
CONCORRENCIAL BRASILEIRO: CARACTERÍSTICAS E
ESPECIFICIDADES**

Autor: Francisco Schertel Mendes

Orientador: Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Globalização, Transformações do Direito e Ordem Econômica”.

Brasília, 08 de maio de 2013.

FOLHA DE APROVAÇÃO

FRANCISCO SCHERTEL MENDES

O Controle de Condutas no Direito Concorrencial Brasileiro: Características e Especificidades

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre, no Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, linha de pesquisa “Globalização, Transformações do Direito e Ordem Econômica”.

_____ em 08 de maio de 2013.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira
(Orientador – Presidente)

Prof. Dra. Ana Frazão
(Membro)

Prof. Dr. Carlos Ragazzo
(Membro)

Prof. Dr. Marcus Faro de Castro
(Suplente)

*“Não façam muitas pragmáticas, e, se as fizerem, procura
que sejam boas, e sobretudo que se guardem e se
cumpram; que as pragmáticas que se não
guardam é o mesmo que se não existissem”*

Carta de Dom Quixote de La Mancha a Sancho Pança,
Governador da Ilha de Barataria

Para André, Henrique, Luis, Paulo Octávio e Raphael,
por transformarem a vida em algo tão divertido.

Agradecimentos

O presente trabalho não poderia ter sido realizado sem o inestimável apoio e colaboração de diferentes pessoas.

Primeiramente, devo enorme agradecimento ao Prof. Dr. Márcio Nunes Iorio Aranha Oliveira, que em seu trabalho de orientação demonstrou uma paciência e generosidade sobrenaturais com o método de trabalho confuso e não-linear deste autor. A metodologia e o direcionamento por ele fornecidos foram essenciais para que esta dissertação saísse do mundo das ideias e se tornasse um produto palpável.

Também agradeço aos companheiros e amigos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – Marcelo Nunes, Kenys Machado, Vladimir Gorayeb, Diogo Andrade, Alexandre Henriksen, Eduardo Frade, Letícia Versiani, Ana Carolina Engel, Ticiania Lima, Mariana Rosa, Tatiana Britto, Patrícia Semensato, Tainá Leandro, Paulo Burnier, Fernando Oliveira, Gilvandro Vasconcelos e outros – responsáveis pela criação de um ambiente de trabalho extraordinário, sem o qual esta dissertação não poderia ter sido escrita. À Deborah Caixeta, serei sempre grato pelo apoio em momentos difíceis, assim como pela amizade em tempos calmos. Agradeço, ainda, a Olavo Chinaglia, Ana Frazão e a Vinícius de Carvalho, que contribuíram enormemente e de diferentes maneiras para a formação do autor. A Paulo Furquim de Azevedo sou grato, dentre outras coisas, pelo primeiro apoio para o ingresso num programa de mestrado. A Carlos Ragazzo devo muitas ideias e aprendizados em várias esferas, proporcionados pela porta sempre aberta e pelo tempo sempre disponível.

Com os bons e velhos amigos de sempre – André, Henrique, Luis, Paulo Octávio e Raphael – tenho uma dívida impagável, oriunda da sua capacidade de transformar qualquer momento da vida em algo extremamente divertido e prazeroso. A Rodrigo Mudrovitsch, cuja amizade é sem dúvida o melhor fruto que um programa de mestrado pode gerar, sou grato pela constante parceria nos mais diferentes campos. A Victor Rufino, mistura singular de sofisticação intelectual e leveza de espírito, sou devedor de inúmeros debates relacionados ao objeto desta dissertação, assim como de inúmeros debates relacionados a temas mais interessantes. A Rafael Carneiro, sou grato pelos vários momentos de diversão e pelos vários desafios vividos juntos.

Por fim, devo agradecer à minha família, fundamento sólido para o desenvolvimento de qualquer projeto. Ao meu pai, Gilmar, agradeço o constante estímulo no enfrentamento deste e de outros desafios. À Laura, a melhor e mais inspiradora irmã do mundo, agradeço a confiança irrestrita – e por vezes irreal – depositada em qualquer empreitada em que seu irmão se aventure. A minha gratidão para com minha mãe, Rosa, que dedicou e dedica grande parte da sua vida à formação e ao bem-estar de seus filhos, é tão gigantesca que basta reafirmar que o presente trabalho, assim como qualquer outra realização deste autor, é consequência direta do seu investimento e esforço.

Resumo

O objetivo da presente dissertação é analisar as características do controle antitruste de condutas no direito brasileiro, que revela uma série de peculiaridades quando contraposto a outros campos do direito sancionador estatal. Para tanto, inicialmente examinam-se, a partir da experiência internacional, quatro aspectos distintivos do direito antitruste sancionador: a) a indeterminação normativa existente nos dispositivos legais definidores do conceito do ilícito concorrencial; b) a interdisciplinaridade entre direito e economia; c) a forte imprecisão inerente ao processo decisório antitruste; e d) o amplo espaço decisório conferido às autoridades julgadoras. Depois de se estabelecer que o desenvolvimento do controle antitruste de condutas ocorre em grande parte pela via jurisprudencial, o trabalho volta-se a compreender como as autoridades competentes pela aplicação do direito antitruste desempenham a difícil tarefa de diferenciar condutas lícitas e ilícitas na seara concorrencial. Aqui se analisa como determinados fatores – como a preocupação das autoridades competentes com os erros passíveis de serem cometidos em investigações antitruste e a necessidade de construção de regras de licitude passíveis de implementação prática – são determinantes no processo de densificação jurisprudencial da legalidade no campo antitruste. O último capítulo examina a estrutura legal do controle antitruste de condutas no Brasil e afirma que ele reveste-se de duas características centrais: (i) a opção legislativa por uma técnica de normatização marcada pela indeterminação, abrangência e flexibilidade para conceituação do ilícito antitruste e (ii) o amplo espaço de atuação conferido ao CADE para definir os limites da legalidade na esfera concorrencial. Ao final, destaca-se a relevância da reflexão dogmática crítica acerca da atividade judicante do CADE para o desenvolvimento de uma política consistente de repressão a condutas anticompetitivas.

Palavras-chaves: Direito da Concorrência. Controle Antitruste de Condutas. Direito Administrativo Sancionador. CADE.

Abstract

This dissertation analyzes the characteristics of the Brazilian control of anticompetitive conducts, considering its particularities when compared to other mechanisms of public sanctions. To fulfill this purpose, four aspects of the antitrust sanctions are initially examined: a) the indetermination of legal provisions concerning an unlawful antitrust practice; b) the interface between Law and Economics; c) the strong imprecision inherent to antitrust proceedings; and d) the wide range given to decision-taking instances. Then, after demonstrating that the control of conducts is widely developed by case law, the paper addresses how competition authorities face the difficult task of drawing a distinction between lawful and unlawful anticompetitive conducts. At this moment, some key factors to the consolidation of an antitrust case law are analyzed, such as the concerns raised by competition authorities with possible errors during the investigation phase, as well as the need for clear rules to identify lawful conducts in practice. The last chapter gives an overview of the Brazilian legal system for the control of anticompetitive conducts, which has two main elements: (i) the legislative choice for a normative technique based on indetermination, vagueness, and flexibility, for the definition of an unlawful anticompetitive practice; and (ii) the wide range given to CADE for shaping the limits of this definition. At last, the importance of dogmatic studies on CADE's case law is highlighted for the development of a consistent policy for sanctions of anticompetitive conducts.

Key-words: Competition law. Control of anticompetitive conducts. Administrative Sanction law. Brazilian Administrative Council for Economic Defense (CADE).

SUMÁRIO

Introdução	11
I. Particularidades na identificação do ilícito antitruste	13
I.1. A indeterminação normativa na previsão legal do ilícito antitruste	14
I.2. O papel da economia na identificação do ilícito antitruste.....	17
I.2.1. A antiga relação entre direito e economia no antitruste	17
I.2.2. Reflexos do desenvolvimento da teoria econômica sobre a defesa da concorrência	20
I.2.3. As limitações da economia frente aos desafios contemporâneos do antitruste.....	23
I.3. A imprecisão inerente ao processo decisório no controle antitruste de condutas	25
I.3.1 A limitação das informações disponíveis	25
I.3.2 A fragilidade do instrumental analítico	27
I.3.3 A difícil constatação de danos à concorrência.....	29
I.4. Amplo espaço decisório da autoridade antitruste	32
I.4.1. O complexo tratamento legislativo do controle antitruste de condutas	32
I.4.2. O emponderamento das autoridades aplicadoras das normas antitruste.....	36
II. O desenvolvimento jurisprudencial do controle antitruste de condutas.....	39
II.1. A difícil diferenciação entre condutas lícitas e ilícitas no direito antitruste	40
II.2. Construção jurisprudencial de regras de legalidade	45
II.2.1. A necessária elaboração de regras e métodos analíticos diferenciados	45
II.2.2. A preocupação com falsos positivos e falsos negativos.....	47
II.2.3. O imperativo da exequibilidade	51
II.3. O amplo uso de presunções no direito antitruste.....	54
II.2.2. Presunções de poder de mercado e de posição dominante.....	55

II.2.3. Presunção da ocorrência de determinadas condutas	58
II.4. Regra da razão e regra per se: uma distinção relativa	60
II.4.1. Origem.....	60
II.4.2. Características	64
III. O controle de condutas anticompetitivas no direito brasileiro.....	66
III.1. Opções normativas do legislador brasileiro	70
III.1.1. Tipicidade aberta.....	70
III.1.2. Responsabilidade objetiva: ausência do requisito de culpabilidade	74
III.1.3. A (des)importância do alcance dos efeitos anticompetitivos para configuração do ilícito	78
III.2. O artigo 36 da Lei 12.529/11 como previsão-quadro	83
III.3. CADE como centro de definição da legalidade concorrencial no direito brasileiro	89
IV. Conclusão: propostas para uma agenda de pesquisa	93
IV.1. A necessária criação de um ambiente normativo previsível e ordenado	96
IV.2. A revisão judicial das decisões do CADE	98
IV.3. A autonomia da defesa da concorrência	100
V. Bibliografia	103

Introdução

O conceito de ilícito antitruste é dado, no ordenamento brasileiro, pelo artigo 36 da Lei 12.529/2011 e revela características peculiares quando contraposto a outros campos do direito sancionador estatal, em particular ao direito penal. Em primeiro lugar, chama atenção a abrangência do dispositivo definidor da infração concorrencial, que expressamente abarca quaisquer tipos de atos ou condutas com efeitos sobre o mercado, independentemente da forma por eles assumida. Também se faz notar a previsão legal expressa que torna a configuração da infração à ordem econômica prescindível de culpa por parte do agente econômico. Por fim, o art. 36 não exige, para a caracterização do ilícito, a ocorrência dos efeitos negativos sobre a ordem econômica, demandando apenas uma potencialidade lesiva da conduta analisada.

Apesar do conceito de ilícito concorrencial se distanciar de vários dos postulados tradicionais da teoria da responsabilidade, nota-se no Brasil uma expansão significativa da utilização da legislação antitruste na persecução e punição de condutas potencialmente lesivas à ordem econômica. Tal expansão, contudo, não foi acompanhada de maior reflexão sobre as especificidades da delimitação do ilícito no campo do direito concorrencial. A presente pesquisa busca preencher tal lacuna.

A dissertação está organizada da seguinte forma. O capítulo I analisa, a partir da experiência internacional, quatro particularidades que marcam o controle de condutas anticompetitivas: a) a indeterminação normativa existente nos dispositivos legais que conceituam a infração concorrencial; b) a interdisciplinaridade entre direito e economia existente no direito da concorrência; c) a limitação informacional do ambiente decisório no qual as investigações de condutas anticoncorrenciais são conduzidas; e d) o amplo espaço detido pelos órgãos responsáveis pela aplicação das normas concorrenciais na definição dos limites da legalidade no campo antitruste

O capítulo II volta-se a estudar a importância da atividade jurisprudencial para implementação do controle de condutas anticoncorrenciais no cenário descrito no capítulo I. Mais especificamente, serão analisadas três características perceptíveis na experiência antitruste internacional: a) a dificuldade em se diferenciar condutas lícitas e ilícitas na seara antitruste; b) a criação, pela via jurisprudencial, de regras de

legalidade e modelos analíticos diferenciados, voltados a permitir que os órgãos responsáveis pelo controle de condutas avaliem os potenciais efeitos anticompetitivos da enorme variedade de práticas empresariais capazes de restringir a concorrência; c) a grande presença de presunções, também criadas jurisprudencialmente, na condução e julgamento de investigações antitruste. Por fim, será exposta e avaliada a tradicional dicotomia existente na literatura concorrencial entre regra da razão e regra *per se*, de forma a se evidenciar que ambas nada mais representam do que dois dos vários *standards* analíticos construídos pelos órgãos responsáveis pela aplicação das normas concorrenciais a casos concretos.

No capítulo III, examina-se a experiência brasileira na implementação do controle de condutas anticompetitivas a partir da entrada em vigor da Lei 8.884/94. Inicialmente, serão discutidas algumas opções normativas realizadas pelo legislador nacional ao estabelecer o formato do combate a práticas nocivas à concorrência, tais como: a) a ausência de uma tipicidade fechada na previsão legal do ilícito concorrencial; b) o estabelecimento da responsabilidade objetiva no campo antitruste; c) a definição da mera potencialidade lesiva como condição suficiente para caracterização do ilícito concorrencial. Em um segundo momento, analisa-se o amplo espaço de atuação conferido pelo legislador ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE para condução do controle de condutas que gerem riscos concorrenciais à ordem econômica brasileira, ressaltando-se o papel do CADE como definidor primário dos limites da legalidade no campo do direito antitruste nacional.

O objetivo do trabalho é chamar atenção para determinadas singularidades do direito da concorrência que diferenciam o controle repressivo a condutas anticompetitivas de outros campos do direito sancionador estatal, de forma a contribuir para compreensão e aperfeiçoamento da atividade repressiva que vem sendo conduzida pelo CADE desde a edição da Lei n. 8.884/94. A hipótese da pesquisa que é que tais especificidades geram uma forma diferente de demarcação dos limites da licitude, que se distancia do modelo tradicional de penalização estatal fundado nos princípios da culpabilidade, tipicidade e causalidade, mas que se revela essencial para o enfrentamento do complexo fenômeno de abuso do poder econômico existente nas sociedades contemporâneas.

I. Particularidades na identificação do ilícito antitruste

O presente capítulo dedica-se a examinar, a partir da experiência internacional, determinadas particularidades do direito da concorrência que distanciam o controle de condutas anticompetitivas de outros campos do direito sancionador estatal.

Em primeiro lugar, são analisadas a indeterminação normativa e a maleabilidade terminológica que geralmente marcam os dispositivos legais definidores do conceito do ilícito concorrencial. A vagueza e a amplitude da técnica de redação empregada nos diplomas antitruste tornam extremamente difícil a delimitação apriorística das condutas que são vedadas pelas normas concorrenciais, o que afeta os ideais de previsibilidade e de segurança jurídica tradicionalmente associados ao exercício da pretensão punitiva estatal.

Um segundo objeto de estudo no capítulo é a influência histórica que a ciência econômica possui sobre o processo de tomada de decisão das autoridades competentes para aplicação das normas antitruste, que se faz notar tanto no direito antitruste norte-americano como no europeu.

O item III.3 volta-se a destacar o ambiente de forte imprecisão existente no processo decisório antitruste, examinando-se a limitação das informações geralmente disponíveis em investigações concorrenciais e a fragilidade do instrumental analítico empregado pelas autoridades competentes.

Ao final do capítulo, afirma-se que uma característica central do direito antitruste repressivo é o amplo espaço decisório detido pelas autoridades públicas responsáveis pela sua implementação, a quem cabe a densificação, pela via jurisprudencial, dos amplos e indeterminados comandos previstos nas legislações de defesa da concorrência.

1.1. A indeterminação normativa na previsão legal do ilícito antitruste

Uma das características mais marcantes na experiência internacional no controle de condutas anticompetitivas diz respeito à amplitude conceitual e à maleabilidade terminológica dos dispositivos legais que conceituam o ilícito concorrencial e estabelecem a base jurídica para a repressão antitruste.

Nos Estados Unidos, por exemplo, as leis concorrenciais são notadamente curtas e imprecisas, como bem observa Herbert Hovenkamp (Hovenkamp 2008, 77). O *Sherman Act*, primeira lei aprovada pelo Congresso norte-americano para controlar o abuso de poder econômico e que ainda hoje constitui fundamento jurídico de grande parte da atividade de controle de condutas anticompetitivas nos Estados Unidos, é composto basicamente de duas disposições. Enquanto a seção 1 declara ilegal qualquer forma de contrato ou conspiração que restrinja o comércio, a seção 2 prevê que qualquer pessoa que monopolize ou tente monopolizar alguma parte do comércio deve ser penalizada.

A linguagem utilizada em tais dispositivos não permite que lhes seja atribuído nenhum significado exato, fenômeno que também é notado em outras diplomas concorrenciais norte-americanos (Krattenmaker, Lande, e Salop 1987, 2), como o *Clayton Act*, que condena práticas que “*reduzirem substancialmente a concorrência*” e o *Federal Trade Commission Act*, que declara ilegais “*métodos injustos de competição*”.

A técnica normativa empregada nas leis antitruste confere-lhes uma abrangência singular, permitindo que elas incidam sobre uma gama enorme de práticas empresariais. Como é da natureza de qualquer relação contratual estabelecer uma restrição no comércio (Slot e Johnston 2006, 59), praticamente todo contrato empresarial poderia, *a priori*, representar um ilícito nos termos da seção 1 do *Sherman Act*, o que inclusive fez com que tal diploma já tenha sido apontado como a lei reguladora de comércio dotada maior generalidade nos Estados Unidos (Kovacic e Shapiro 1999, 2). De forma semelhante, expressões como “tentativa de monopolização”, “métodos injusto de competição” e “redução substancial da

concorrência” podem ser aplicadas uma variedade enorme de situações fáticas, não sendo possível se saber de antemão quais condutas estariam isentas da aplicação das normas definidoras do ilícito antitruste.

O elevado grau de vagueza das leis concorrenciais norte-americanas não permite que o intérprete extraia de forma unívoca os requisitos para a configuração do ilícito concorrencial. O *Sherman Act* não endereça questões específicas do *enforcement* antitruste, deixando em aberto a definição de termos centrais para a resolução de casos concretos, tais como “restrição ao comércio” (Pitofsky 1979, 1060). Segundo diferentes autores, a natureza aberta dos comandos legais antitruste representou, na verdade, uma autorização do Congresso norte-americano para que o Judiciário diferenciasse, no enfrentamento de casos concretos, a cooperação pró-competitiva da colusão ilegal, a concorrência vigorosa da monopolização ilegal.¹

Assim, não é possível se conhecer a partir da simples leitura dos dispositivos legais quais critérios definem que condutas são autorizadas ou vedadas pelas leis concorrenciais. Nesse sentido, é recorrente a observação acerca da dificuldade enfrentada pelos agentes econômicos para cumprir com a legislação concorrencial, dada a impossibilidade de se identificar orientações normativas coerentes que permitam diferenciar entre práticas empresariais lícitas e ilícitas (Elhauge 2003, 102).

A vagueza terminológica das leis antitruste é característica que também pode ser percebida no direito comunitário europeu. O controle de condutas anticompetitivas levada a cabo pela Comissão Europeia tem como base legal dois artigos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFEU : o artigo 101 proíbe acordos e práticas concertadas capazes de afetar o comércio entre os Estados-Membros ou restringir a concorrência, ao passo que o artigo 102 declara ilegal o abuso de posição dominante por parte de uma ou mais empresas.

Em relação ao artigo 101, Richard Whish, por exemplo, nota que vários dos elementos normativos constantes do artigo 101 exigem maior elaboração, observando que a lista ilustrativa de acordos ilícitos previstos no dispositivo é insuficiente para explicar por si só as inúmeras complicações envolvidas na aplicação do dispositivo(Whish 2005, 80). Nesse contexto, o autor ressalta o papel das cortes

¹ Conforme se analisará com mais detalhes no item I.4 *infra*.

européias enquanto formuladoras das principais elaborações normativas sobre o artigo 101 (Whish 2005, 106).

Quanto ao artigo 102, são ainda mais recorrentes as observações acerca da sua vagueza e abertura terminológica. Liza Gormsen chama atenção para a inerente vagueza dos termos “dominância” e “abuso” do artigo 102, destacando que nenhum dos termos é definido pelo Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. Para a autora, o artigo 102 representaria uma previsão-quadro (*framework provision*), cujo significado emerge da jurisprudência e da prática levadas a cabo pela Comissão Europeia e pelas cortes comunitárias (Gormsen 2010, 63). De forma semelhante, Wouter Wils afirma que a proibição de abuso de posição dominante estabelecida pelo artigo 102 do Tratado é tão vaga e aberta que a especificação do seu conteúdo só pode ser feita por meio da aplicação a casos concretos (Wils 2011, 14)

Ao mesmo tempo que as definições legais da infração antitruste são formuladas por meio de expressões bastante amplas e maleáveis (Hovenkamp 2008, 42–43), que aparentam uma ilusória simplicidade (Utton 2005, 45), a incidência de tais dispositivos é de uma abrangência impressionante.

Desde suas origens, o antitruste caracterizou-se como uma forma de regulação transindustrial da atividade econômica (Horwitz 1991). Assim, ao contrário de outras formas de regulação estatal que se caracterizam pela sua setorialidade, as leis de defesa da concorrência tradicionalmente aplicam-se a uma infinidade de indústrias, independentemente de suas características ou especificidades.

A abrangência dos dispositivos legais disciplinadores do controle antitruste de condutas também se revela na enorme e variada gama de práticas empresariais por eles alcançada. Desde sua edição, a seção 1 do *Sherman Act* já foi utilizada para tratar de problemas concorrenciais tão distintos como a realização de cartéis entre concorrentes, a associação entre profissionais liberais de uma determinada categoria e acordos relacionados ao licenciamento de patentes (Hovenkamp 2005, 225 e 241). De forma semelhante, a seção 2 do *Sherman Act* alcança condutas altamente díspares, como a realização de contratos de exclusividade, estratégias predatórias de preços, dentre outras.

No direito europeu, tampouco se pode negar a abrangência dos artigos 101 e 102 do TFEU. O artigo 101 incide tanto sobre acordos horizontais quanto verticais, que reconhecidamente possuem natureza diversa e afetam o mercado de forma bastante distinta, o que inclusive gera críticas ao tratamento legislativo unificado desses dois tipos de acordos em um só dispositivo legal (Motta 2004, 33). O artigo 102, por sua vez, alcança práticas como a discriminação de preços, a realização de políticas de descontos e vendas casadas, dentre várias outras (EAGCP 2005, 30), restando claro o seu amplo espaço de incidência.

Do exposto, vê-se que os diplomas legais que fundam o controle antitruste de condutas nos Estados Unidos e na Europa compartilham duas características centrais: a vagueza terminológica no tocante aos elementos caracterizadores do ilícito concorrencial e o amplo espaço de incidência das normas. Como se verá ao longo do presente trabalho, tais características vão repercutir diretamente na atividade de diferenciação entre condutas lícitas e ilícitas na seara concorrencial.

1.2. O papel da economia na identificação do ilícito antitruste

1.2.1. A antiga relação entre direito e economia no antitruste

Outra particularidade perceptível na experiência internacional no controle antitruste de condutas diz respeito à forte e histórica interdisciplinaridade do direito da concorrência com a ciência econômica, que desempenha papel fundamental na resolução de casos submetidos ao escrutínio antitruste desde a elaboração das primeiras leis concorrenciais.

Conforme se examinou no item I.1, as leis disciplinadoras do controle de condutas são marcadas pela sua vagueza terminológica em relação aos elementos de caracterização do ilícito concorrencial e pelo seu amplo campo de incidência aos diferentes tipos de práticas empresariais implementadas no mercado.

Nesse contexto de acentuada indeterminação normativa, a referência nos textos legais antitruste a conceitos econômicos propiciou uma abertura do direito da concorrência a teorias e argumentos oriundos da economia, o que resultou

historicamente numa longa colaboração interdisciplinar entre as ciências jurídica e econômica (Baker e Bresnahan 2006, 1).

Com efeito, termos centrais empregados na redação das leis de defesa da concorrência remetem a ideias econômicas, possibilitando o uso do instrumental teórico e analítico da economia para o preenchimento do significado das amplas previsões legais existentes na esfera antitruste. Como observa Whish, a noção de restrição à concorrência – fundamental para aplicação e para o desenvolvimento do direito antitruste – é um conceito eminentemente econômico, no sentido de que algum tipo de análise econômica é necessária para determinar se um acordo pode gerar efeitos anticompetitivos (Whish 2005, 108) e deve, portanto, ser considerado ilegal. De forma semelhante, o conceito de posição dominante, embora seja um termo jurídico, requer o uso de considerações econômicas para uma avaliação adequada. (Geradin et al. 2005, 2)

Numa análise curta, é evidente que todo contrato implica algum tipo de limitação ao comércio (Chang, Evans, e Schmalensee 2003, 12), o que obviamente não pode significar que a seção 1 do *Sherman Act*, que declara ilegal qualquer contrato que restrinja o comércio, signifique uma condenação de toda forma de relação contratual. Como já restava claro nos primeiros julgamentos sob a égide do *Sherman Act*, o controle antitruste de condutas exige a criação jurisprudencial de critérios de diferenciação entre restrições lícitas e ilícitas a concorrência, de forma a preencher os amplos e indeterminados comandos constantes dos textos legais.

Assim, em 1899, a Suprema Corte norte-americana já observava no julgamento do caso *United States v. Addyston Pipe e Steel CO*² que o conceito legal de restrição ao comércio não poderia ser interpretado de forma a tornar ilegais previsões contratuais que, ainda que implicassem algum tipo de limitação à atividade empresarial e à concorrência, eram essenciais para o funcionamento do mercado e úteis para a comunidade, tais como cláusulas de não concorrência entre sócios de uma mesma empresa.

Dada a terminologia eminentemente econômica empregada nos textos legais de defesa da concorrência, não é de se estranhar que a economia tenha sido uma das

² <http://supreme.justia.com/cases/federal/us/175/211/case.html>

principais fontes de inspiração para a elaboração de critérios que permitissem diferenciar práticas empresariais lícitas de condutas anticompetitivas. Como observam Kovacic e Shapiro (Kovacic e Shapiro 1999, 2):

Ao permitir que as cortes elaborassem os amplos comandos do *Sherman Act*, o Congresso deu aos economistas uma oportunidade singular de moldar a política de defesa da concorrência. Como os termos centrais da lei implicavam diretamente conceitos econômicos, sua interpretação inevitavelmente requereria contribuições dos economistas. O que emergiu dessa situação foi uma convergência da economia e do direito sem precedentes no controle público da atividade empresarial.

Assim, apesar das forças políticas responsáveis pela origem das leis antitruste serem muitas variadas e, por vezes, contraditórias, é inegável que, uma vez editados, a aplicação dos diplomas de defesa da concorrência sempre se deu sob forte influência de considerações de ordem econômica (Pitofsky 1979, 1). Tal influência, que se faz sentir tanto nos Estados Unidos quanto na Europa (Kaplow e Shapiro 2007, 130), deriva da capacidade da ciência econômica informar a interpretação do direito concorrencial, fornecendo argumentos plausíveis para a caracterização do caráter anticompetitivo das condutas submetidas ao escrutínio antitruste (Schinkel 2008, 6).

Como observa Eilmansberger, as legislações de defesa da concorrência voltam-se a regular condutas empresariais, fenômenos de natureza eminentemente econômica ((Eilmansberger 2005, 138). Dessa forma, a correta aplicação das normas concorrenciais demanda uma compreensão adequada do objeto regulado, abrindo, assim, espaço para a influência da ciência econômica sobre o direito antitruste.

É importante ressaltar que não se está aqui a defender a teoria econômica como única fonte de conhecimento capaz de informar a interpretação e o desenvolvimento do controle antitruste de condutas, já que – como analisado no item I.1.2 – o debate acerca dos fins buscados pelo direito da concorrência é longo e complexo e escapa ao objeto de pesquisa do presente trabalho. O que se procura ressaltar apenas é a inegável relevância histórica da ciência econômica no fornecimento de parâmetros e critérios mais concretos para a aplicação dos vagos comandos geralmente encontrados nas legislações de defesa da concorrência.

A interdisciplinaridade entre direito da concorrência e economia não é uma relação simples e estática, podendo se mostrar próxima em certas situações e distante

em outras, por vezes quente e por vezes fria (Weller 1997, 872). De toda forma, é importante rejeitar a visão de que a influência da ciência econômica sobre o direito antitruste é um fenômeno recente, que teria se iniciado apenas nas últimas décadas do século XX com a ascensão da chamada Escola de Chicago. Conforme bem nota Hovenkamp, a Escola de Chicago deixou marcas relevantes no que toca à aplicação da economia à defesa da concorrência, mas jamais pode ser considerada a descoberta da ciência econômica pelos operadores do direito antitruste (Hovenkamp 2002, 1).

Na verdade, desde a edição das primeiras leis de defesa da concorrência, a ciência econômica desempenhou papel fundamental na sua aplicação e interpretação (Pitofsky 1979, 1). Como se analisará mais detalhadamente no item I.4.1 *infra*, as legislações antitruste são geralmente marcadas pelo amplo espaço de decisão conferido às autoridades responsáveis pela implementação do direito da concorrência. Nesse contexto de notória amplitude decisória, a economia influenciou o desenvolvimento do direito concorrencial, desde os seus primórdios, por um processo não estruturado de adoção, por parte das autoridades julgadoras, de teorias e ideias econômicas que forneciam as explicações mais persuasivas para os casos analisados (J. E. Lopatka e Page 2004, 632).

I.2.2. Reflexos do desenvolvimento da teoria econômica sobre a defesa da concorrência

A forte interdisciplinaridade entre direito e economia que marca a defesa da concorrência pode ser percebida nos impactos que o desenvolvimento da teoria econômica geram sobre a prática e a teoria antitruste (Kovacic e Shapiro 1999, 2).

Primeiramente, os desenvolvimentos da ciência econômica repercutem na compreensão de termos legais que são fundamentais para a implementação do direito antitruste. O próprio conceito de concorrência não é um dado unívoco e possuiu diferentes significados em diferentes momentos, sendo certo que a noção de concorrência hoje predominante é bastante distinta daquela existente à época da edição das primeiras leis antitruste (Hovenkamp 2008, 43), quando o ideal de um mercado competitivo estava estreitamente associado à existência de várias empresas autônomas capazes de exercer sua liberdade empresarial de forma plena.

Tal conceito de concorrência, que tinha como valor central a manutenção de um processo de competição fundado no exercício da discricionariedade individual por empresários individuais, legitimava o uso do controle antitruste de condutas para a preservação de pequenas empresas e para a proteção de distribuidores contra a restrição de suas opções de negócio, ainda que isso significasse o aumento dos preços cobrados dos consumidores (J. Lopatka e Page 2002, 131).

Um das repercussões mais significativas dos desenvolvimento da teoria econômica ao longo do século XX sobre o antitruste diz respeito justamente à erosão desse ideal de concorrência e à consequente afirmação de outra noção de mercados competitivos, noção esta associada a características como redução dos preços, aumento da oferta e maximização do espaço para inovação (Hovenkamp 2008, 2). Esse desenvolvimento levou ao fim da proteção originalmente conferida pelo direito antitruste à permanência de pequenas empresas no mercado, fenômeno este que pode ser notado tanto na Europa quanto nos Estados Unidos (Amato 1997, 95).

A ciência econômica também influencia o direito antitruste por meio do aperfeiçoamento da compreensão sobre os efeitos das práticas investigadas. Como observado no item I.1, as leis de defesa da concorrência não fornecem, em geral, elementos concretos para diferenciação direta entre condutas lícitas e ilícitas, demandando que seus intérpretes recorram à teoria econômica para realizar tal distinção.

Nesse quadro, é inexorável que alterações no entendimento das consequências econômicas das condutas investigadas tragam consigo modificações na análise antitruste (Easterbrook 1984, 10). Dado que o conhecimento econômico sobre os impactos anticompetitivos das práticas empresariais no mercado não é estático, desenvolvimentos na teoria de organização industrial trazem sempre consigo a possibilidade de uma transformação concomitante no direito da concorrência (Baker 2002, 68).

Exemplo comumente citado desse tipo de influência da ciência econômica sobre o direito antitruste diz respeito à decisão da Suprema Corte norte-americana no caso *Sylvania*, que pôs fim à aplicação da regra *per se* na investigação de restrições verticais não ligadas ao preço. Tal alteração deve-se em grande parte ao

desenvolvimento de teorias econômicas que identificavam a existência de várias eficiências nesse tipo de restrições (Cooper et al. 2005, 46) e de uma racionalidade pró-competitiva na sua utilização, caracterizada pelo aumento da concorrência intermarcas e pela criação de incentivos para que distribuidores fornecessem serviços pré-venda (J. E. Lopatka e Page 2004, 634).

Também no direito concorrencial europeu são inegáveis as modificações oriundas do aumento de conhecimento econômico sobre os impactos das práticas empresariais submetidas ao escrutínio antitruste. Com efeito, uma das principais consequências do movimento de modernização do direito antitruste comunitário – movimento este que procura incorporar novas descobertas da economia industrial sobre os impactos das práticas empresariais no bem-estar (Christiansen e Kerber 2005, 3) – é o desaparecimento do combate a determinadas condutas (Gerard 2012, 17), cuja aparente potencialidade lesiva foi negada ou em grande parte relativizada pelos desenvolvimentos mais recentes da teoria econômica.

Da mesma forma que a evolução no conhecimento econômico acerca do efeito concorrencial das práticas empresariais permite, sem qualquer alteração nos textos legais de referência, que determinadas condutas antes tidas como ilegais sejam hoje aceitas (Anderson, Bolema, e Geckil 2007, 5), novas pesquisas no campo da organização industrial também podem demonstrar efeitos anticompetitivos de certas práticas que eram até então desconhecidos (Hovenkamp 2008, 38), aumentando o rigor do controle antitruste em relação a tais condutas.

Por fim, o desenvolvimento da ciência econômica se faz sentir no direito concorrencial pelo aprimoramento das ferramentas de análise utilizadas nas investigações antitruste. Como expõe o item I.3.2 *infra*, a implementação da legislação de defesa da concorrência é feita, em grande parte, por meio da utilização de um instrumental analítico oriundo da economia (Kaplow e Shapiro 2007, 130). Assim, o forte refinamento dessas ferramentas nas últimas décadas – principalmente no campo da econometria – gerou repercussões diretas na defesa da concorrência, na medida em que facilitou a modelagem empírica de situações de mercado e a submissão de relações econômicas a testes econométricos (Gerard 2012, 1–2).

I.2.3. As limitações da economia frente aos desafios contemporâneos do antitruste

Do exposto, vê-se que é inegável a influência exercida pelos desenvolvimentos da ciência econômica sobre o direito antitruste. Tal influência, que já era perceptível desde as origens da defesa da concorrência, acentuou-se nas últimas décadas do século XX, fenômeno este que é amplamente relatado na literatura especializada.

No Estados Unidos, a influência da economia sobre o direito antitruste se tornou mais visível e sofisticada nas últimas décadas (J. E. Lopatka e Page 2004, 620), o que pode ser identificado no forte aumento da aplicação da teoria microeconômica e de técnicas empíricas às investigações antitruste (Heyer 2005, 375). Na Europa, Blanco e Plabo observam que a demanda por uma abordagem “mais econômica” em todas as áreas da defesa da concorrência é a principal força por trás das grandes mudanças ocorridas recentemente no direito antitruste comunitário (Blanco e Plabo 2011, 36). Outros autores também destacam as alterações trazidas por essa abordagem “mais econômica” na prática do direito concorrencial europeu, tais como o incremento da análise econômica na avaliação de casos específicos submetidos ao escrutínio antitruste (Christiansen e Kerber 2005, 3) e o aumento do uso de técnicas quantitativas (Schinkel 2008, 14).

Nesse contexto, embora se reconheça que a interdisciplinaridade entre direito e economia é uma característica que marca a defesa da concorrência desde os seus primórdios, é importante ressaltar os vários limites existentes à utilização de teorias e de ferramentas econômicas na implementação do direito antitruste.

Em primeiro lugar, os desenvolvimentos recentes no campo da economia industrial – se, por um lado, ampliaram o conhecimento acerca dos possíveis efeitos econômicos de várias práticas empresariais submetidas ao controle de condutas, demonstrando a existência de efeitos tanto pró como anti-competitivos que eram ignorados – por outro, construíram um modelo de mercado muito mais complexo e confuso do que aqueles até então prevalecentes na prática antitruste (Hovenkamp 2002, 5).

Nesse quadro, as pesquisas de economia industrial mais recentes têm sido cautelosas na elaboração de respostas simples e diretas às questões antitruste,

destacando as implicações ambíguas de suas conclusões, a fragilidade de vários dos resultados encontrados e as limitadas condições teóricas sob as quais tais resultados podem se mostrar aplicáveis (Heyer 2005, 27). Como observa Christiansen, ao mesmo tempo em que a nova economia industrial rejeita alguns pontos de partida mais simplistas utilizados pelas Escolas de Harvard e de Chicago, seu ponto de chegada é composto por uma série de estudos teóricos cujas conclusões são válidas apenas em situações muito específicas e que várias vezes se mostram contraditórias (Christiansen 2006, 11).

Esse é o caso, por exemplo, de modelos matemáticos que usam a teoria dos jogos para analisar a estratégia de empresas levando em consideração suas interações com os demais agentes do mercado. Apesar de serem capazes de demonstrar como algumas condutas podem teoricamente vir a causar efeitos anticompetitivos, tais modelos geralmente apresentam equilíbrios múltiplos quando aplicados a um caso concreto (J. E. Lopatka e Page 2004, 700), sendo incapazes de excluir explicações pró-competitivas para a prática investigada.

Tal problema é recorrente na economia industrial pós-Chicago: os modelos econômicos mais recentes, justamente por se basearem em estruturas mais realistas de mercado, geram equilíbrios extremamente sensíveis a vários fatores de difícil observação empírica, tornando muito difícil concluir, na investigação de casos concretos, se determinada prática gera ou não efeitos anticompetitivos (Cooper et al. 2005, 47).

Nesse sentido, são vários os autores que questionam a utilidade dos desenvolvimentos recentes da teoria econômica para o direito da concorrência, dada a sua dificuldade em excluir explicações alternativas para uma mesma conduta (Hovenkamp 2002, 5) e sua conseqüente incapacidade de fornecer orientação segura para a tomada de decisão em investigações antitruste (Heyer 2005, 8).

Essas observações são relevantes porque, como se analisará com mais vagar no capítulo II, o desenvolvimento do controle antitruste de condutas depende em grande parte da construção jurisprudencial de regras de legalidade e métodos analíticos que permitam diferenciar condutas lícitas das ilícitas. Na medida em que a teoria econômica se mostra incapaz de fornecer critérios observáveis para realizar tal

distinção, na investigação de casos concretos, com um razoável grau de precisão, sua habilidade de informar a defesa da concorrência será necessariamente limitada (Cooper et al. 2005, 47–48).

Tal constatação não infirma a relevância da ciência econômica para o direito antitruste, mas aponta limites para a sua influência. A pretensão por uma teoria econômica geral da concorrência, capaz de fornecer resultados exatos para cada caso submetido ao escrutínio antitruste, parece hoje superada, dada a pluralidade de abordagens e as constantes divergências que marcam o debate econômico (Christiansen 2006, 11–12). Nesse cenário, e diante da reconhecida dificuldade das pesquisas econômicas recentes em fornecer critérios seguros para a tomada de decisão, são inegáveis as consideráveis incerteza e imprecisão que continuam a se fazer presentes no direito antitruste contemporâneo (Heyer 2005, 376).

1.3. A imprecisão inerente ao processo decisório no controle antitruste de condutas

1.3.1 A limitação das informações disponíveis

Outra característica do direito da concorrência amplamente reconhecida na literatura especializada diz respeito justamente à forte imprecisão existente no processo decisório antitruste (Heyer 2005, 375) (Hovenkamp 2008, 95) (Christiansen e Kerber 2005, 8) (Anderson, Bolema, e Geckil 2007, 2), que pode ser atribuída a diferentes fatores.

Um primeiro fator que merece destaque diz respeito ao fato que parte significativa das informações necessárias para a realização de uma análise antitruste segura é de difícil aferição ou, em muitos casos, simplesmente inobservável (Cayseele 2002, 103–104). Como observa Pitofsky, muitas das questões discutidas na arena antitruste são factualmente indetermináveis, condição que é exacerbada pelas inevitáveis limitações processuais existentes nas investigações antitruste (Pitofsky 1979, 12).

Em vários casos, tal indeterminação recai sobre a própria existência da conduta analisada: definir o que realmente aconteceu pode se mostrar extremamente

complicado em investigações concorrenciais, especialmente quando as empresas investigadas são grandes corporações e a identificação dos fatos depende da análise de milhares de documentos e do testemunho de inúmeras pessoas (Hovenkamp 2008, 77–78).

Essa é, em geral, a situação de investigações de cartéis, que normalmente são condutas praticadas de forma clandestina e sigilosa por agentes com alto grau de sofisticação, que se utilizam dos mais variados mecanismos para que seus atos não sejam descobertos ou que, mesmo quando descobertos, sejam de difícil comprovação jurídica. Tal circunstância, aliás, justifica a utilização, em diferentes jurisdições, de técnicas bastante agressivas de investigação no combate a cartéis, dentre as quais se destacam os programas de leniência, que se difundiram pelo mundo nas últimas décadas justamente como forma de conferir efetividade à atividade de identificação e de comprovação da existência de conluíus entre concorrentes. Como reconhece o Departamento de Justiça norte-americano, o programa de leniência constitui, diante da enorme dificuldade de se estabelecer os fatos em investigações desse tipo de conduta, a mais importante ferramenta de uma política de combate a cartéis.³

A dificuldade de determinação factual no antitruste também se faz sentir na identificação de colusões em mercados oligopolísticos, nos quais determinados comportamentos das empresas podem ter origem tanto em um acordo ilegal como no padrão de interação denominado “paralelismo consciente”, em que as empresas, embora agindo individualmente, acabam por reproduzir um cenário econômico muito semelhante àquele de uma colusão ilícita. É essa dificuldade de determinação factual que justifica a aceitação de evidências circunstanciais em investigações antitruste de comportamentos colusivos em indústrias oligopolísticas, evidências estas tradicionalmente conhecidas como “*plus factors*” (Kovacic et al. 2011, 395–396).

A indeterminação acerca da ocorrência ou não da prática investigada representa, todavia, apenas um dos aspectos da limitação informacional que marca o controle antitruste de condutas. Mesmo quando a existência da conduta investigada é certa e seus contornos encontram-se bem delineados, é normal que se façam sentir ao longo da investigação outras lacunas informacionais que afetam diretamente o

³ DOJ, “DETERRENCE AND DETECTION OF CARTELS: USING ALL THE TOOLS AND SANCTIONS”, <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/283738.pdf>

processo de tomada de decisão das autoridades responsáveis pela aplicação das legislações de defesa da concorrência.

Problema recorrente nesse contexto diz respeito ao fato de que vários dos dados de mercado que compõem o substrato básico da análise antitruste muitas vezes não estão disponíveis ou são de difícil identificação no âmbito do controle de condutas. Informações sobre preços, custos e preferências dos consumidores – que constituem elementos essenciais para qualquer avaliação dos efeitos de uma possível conduta anticompetitiva sobre o mercado – são quase sempre incompletos ou de difícil estimação (Anderson, Bolema, e Geckil 2007, 2). Além do mais, boa parte das informações relevantes para a investigação estão geralmente em posse das empresas investigadas, o que dificulta o acesso a dados confiáveis. Em alguns casos, as práticas investigadas foram implementadas há tanto tempo que simplesmente inexistem dados confiáveis sobre as variáveis relevantes do mercado (Easterbrook 1984, 32).

Nesse cenário, é reconhecido que decisões na esfera antitruste fundamentam-se, na maior parte dos casos, em um conjunto de evidências limitado e imperfeito (Heyer 2005, 379), que não permite separar de forma precisa o verdadeiro do falso (Sherer 2008, 31). Aliás, é justamente o enorme desafio existente na coleta de evidências em investigações antitruste que constitui um dos fundamentos para a construção jurisprudencial de regras de legalidade (J. E. Lopatka e Page 2004, 639), conforme se analisará com maior rigor no capítulo II.

I.3.2 A fragilidade do instrumental analítico

Além da forte limitação informacional, outro fator que contribui para a imprecisão no processo decisório no controle de condutas diz respeito à fragilidade do instrumental analítico geralmente utilizado em investigações antitruste (Heyer 2005, 8–9). Parte significativa do processo de tomada de decisão no direito concorrencial é feita a partir de técnicas cuja aplicação ao caso concreto depende de uma série de inferências e estimativas econômicas de intrincada realização, cujos resultados podem variar enormemente conforme as premissas e os métodos utilizados.

Nesse sentido, é interessante a observação de Hovenkamp de que o aparato empírico disponível para as autoridades de defesa da concorrência medirem o poder de mercado e lidarem com ele é, a o mesmo tempo, muito grosseiro e custoso, em

particular quando comparado com o instrumental utilizado na implementação de normas de outras áreas do direito sancionador (Hovenkamp 2008, 95).

Exemplo claro nesse sentido é a definição do mercado relevante, exercício analítico tido como essencial em boa parte das investigações antitruste, mas cuja aplicação em casos concretos é geralmente cercada por uma alta dose de incerteza (Bergh 2002, 47). Com efeito, são tantas e tão contundentes as críticas na literatura que apontam para as inconsistências e imprecisões associadas aos métodos tradicionais de definição de mercado relevante que um autor de renome chegou recentemente a questionar a necessidade de realização desse exercício em investigações antitruste (Kaplow 2010).

As dificuldades existentes na realização de exercícios de definição do mercado relevante não são menores do que aquelas percebidas em outras técnicas voltadas a aferir o nível de poder de mercado, conceito tradicionalmente associado à capacidade de agentes econômicos de elevar preços acima do nível competitivo. A questão, contudo, é como se mensurar se uma empresa possui essa capacidade, quando é sabido que a determinação do nível competitivo de preços é virtualmente impossível de se calcular, tanto do ponto de vista conceitual como por problemas informacionais (Geradin et al. 2005, 3). Vale notar que dificuldades semelhantes também são percebidas na avaliação da questão da dominância no direito concorrencial europeu. Como observa Utton, embora o conceito de dominância seja aparentemente simples, sua aplicação na prática pode se revelar extremamente difícil (Utton 2005, 25).

A fragilidade do instrumental analítico utilizado na análise antitruste e a imprecisão que lhe é inerente são reforçadas pelas inevitáveis limitações existentes em qualquer processo jurídico (Pitofsky 1979, 12). As partes envolvidas numa investigação antitruste não possuem, por óbvio, tempo e recursos infinitos (Baker e Bresnahan 2006, 4) e as discussões jurídicas e análises econômicas necessárias para a resolução do caso não podem se prolongar excessivamente. Nesse sentido, o ambiente institucional onde se desenvolvem as investigações antitruste está sujeito a uma série de constrictões que o distancia de uma simples análise teórica: muitas vezes controvérsias econômicas que podem ser debatidas prolongadamente em um

seminário acadêmico são de difícil articulação no momento de um julgamento (Easterbrook 1984, 8).

Vale notar que o crescente uso da teoria microeconômica e de análises empíricas no processo de tomada de decisão antitruste, embora tenha auxiliado na compreensão teórica dos possíveis efeitos pró- e anticompetitivos associados a diferentes práticas empresariais, de forma alguma eliminou a imprecisão e a incerteza existentes nas investigações de casos concretos (Heyer 2005, 378).

É inegável a repercussão que crescente sofisticação dos modelos econômicos e das ferramentas de análise econométrica teve sobre o direito antitruste, na medida em que facilitou a modelagem empírica e a realização de testes de relações econômicas nos mercados afetados pela condutas investigadas (Gerard 2012, 2–3). Por outro lado, também são claras as várias limitações e fragilidades inerentes ao uso de tais ferramentas no âmbito de investigações antitruste. Como observa Heyer, a precisão dessas ferramentas permanece frágil, sendo elas muitas vezes incapazes de fornecer estimativas estatisticamente relevantes dentro de intervalos de confiança restritos (Heyer 2005, 379). A maior utilização de modelos oriundos da teoria de jogos, apesar de úteis na compreensão teórica de mercados oligopolísticos, também pode se revelar de pouca ajuda no enfrentamento de casos concretos, já que pequenas alterações nas premissas podem levar a alterações profundas nos resultados alcançados (Cayseele 2002, 88), o que compromete a confiabilidade dos testes.

Nesse cenário, crítica recorrente a teorias econômicas mais recentes dizem respeito justamente à sua assumida fragilidade decisória (Cooper et al. 2005, 47) e à sua incapacidade de eliminar explicações alternativas para um mesmo evento (Hovenkamp 2008, 45–46), restando claro que o desenvolvimento da ciência econômica está longe de eliminar o problema da fragilidade do instrumental analítico utilizado nas investigações antitruste.

I.3.3 A difícil constatação de danos à concorrência

Um ponto em que a imprecisão da análise antitruste se faz sentir com especial clareza toca uma questão essencial ao direito concorrencial: a aferição da ocorrência de danos à concorrência gerados pela conduta investigada no mercado por ela afetado. Com efeito, é assentada na literatura especializada a dificuldade existente na

comprovação direta de uma relação de causalidade entre uma determinada prática empresarial e a geração de danos aos valores protegidos pelo direito antitruste (Hovenkamp 2008, 77–78).

Essa dificuldade decorre, em primeiro lugar, da complexidade em se identificar de forma clara a real ocorrência de algum tipo de no âmbito de uma investigação antitruste. Nesse aspecto, a investigação de infrações concorrenciais é bastante diferente daquela conduzida na repressão de infrações tradicionais, como, por exemplo, em investigações criminais de homicídios ou roubos. Isso porque infrações concorrenciais normalmente não deixam qualquer traço óbvio da sua ocorrência no plano dos efeitos naturalísticos: não há, no campo antitruste, corpos ou sinais de arrombamento a apontar que foi cometida uma infração (Schinkel 2008, 6).

Tal constatação mostra-se válida mesmo nas infrações mais claras e graves à concorrência: os cartéis. A prática antitruste demonstra que, mesmo quando os fatos apurados demonstram de forma incontestável a existência de um conluio organizado e duradouro num determinado mercado, é extremamente difícil comprovar, de uma forma juridicamente aceitável, a relação de causalidade direta entre a prática do conluio e a elevação de preços no mercado afetado num determinado caso concreto. Como bem observa Anderson *et al.* (Anderson, Bolema, e Geckil 2007, 2):

Mesmo no caso mais simples de fixação de preços, a “cobrança excessiva” não está registrada nas faturas comerciais e nem nas declarações contábeis. Um economista ou outro especialista terá que estimá-la, num mercado com competidores, custos variáveis, informação imperfeita e consumidores cujas rendas, preferências e reações a preços podem ter mudado durante o período em que a fixação de preços ocorreu.

Esse problema está associado também à dificuldade de se estimar qual seria o nível de preços caso não houvesse ocorrido o conluio, já que a definição de um suposto nível competitivo de preços é uma tarefa que se mostra virtualmente impossível (Geradin et al. 2005, 3–4). Diante da impossibilidade de se precisar quais seriam os preços praticados no mercado na ausência do cartel, a comprovação direta de que a conduta efetivamente resultou na elevação do nível de preços revela-se quase sempre infactível.

Além do mais, é de se ressaltar que os efeitos anticompetitivos combatidos pelo direito antitruste não dizem respeito apenas ao nível de preços praticados pela

empresa junto aos consumidores, atingindo também outras variáveis relevantes do mercado, como a qualidade dos produtos e serviços ofertados e o grau de inovação. Nesse sentido, os prejuízos causados por cartéis são muitas vezes mais indiretos do que o simples aumento de preços, refletindo-se na diminuição da qualidade dos produtos, na redução do esforço pela inovação e na supressão de novas tecnologias (Schinkel 2008, 6).

Se a aferição direta de danos concorrenciais gerados por cartéis já se mostra extremamente complexa, a identificação de danos efetivos à concorrência causados por práticas unilaterais de caráter predatório ou exclusionário mostra-se ainda mais intrincada, já que os efeitos anticompetitivos associados a tais condutas tendem a se concretizar apenas no futuro, tornando impossível a realização de uma constatação direta de prejuízos no momento da realização da investigação antitruste (Chang, Evans, e Schmalensee 2003, 9).

Nesse quadro, o controle concorrencial de condutas apresenta necessariamente uma lógica operacional bastante diversa daquela encontrada no direito penal tradicional, cujas atividades investigativas dizem respeito em grande parte à perquirição dos atos causadores de resultados naturalísticos indiscutíveis (ex: morte de um indivíduo, desaparecimento de um objeto etc.). Como os resultados atribuídos às práticas empresariais submetidas ao escrutínio antitruste costumam ser impossíveis de mensuração ou mesmo de mera constatação no âmbito de uma investigação, é natural que o processo de identificação da ocorrência de um ilícito seja realizada em bases diferentes daquelas do direito sancionador tradicional.

Essas diferenças são acentuadas pela problemática identificação de uma relação de causalidade entre um fenômeno perceptível no mercado e a prática de uma determinada conduta. Isto é, ainda que se note a ocorrência de um determinado efeito no mercado tido por nocivo – como, por exemplo, um aumento momentâneo de preços – é muito difícil de se comprovar que sua origem está diretamente associada à implementação de uma prática empresarial. Como observa Schinkel, o estabelecimento desse tipo de relações de causalidade demanda um complexo processo de construção de uma teoria econômica relevante, a derivação de hipóteses e a sua corroboração com a ajuda de testes econométricos (Schinkel 2008, 4).

Dessa forma, vê-se que constatação da ocorrência efetiva de efeitos anticompetitivos decorrentes de uma determinada prática empresarial é tarefa extremamente complexa, que se mostra, em grande parte dos casos, simplesmente impossível de ser realizada no âmbito de uma investigação antitruste.

Aceito que inexistisse um método seguro e preciso de determinação dos efeitos de uma conduta sobre o mercado (Pitofsky 1979, 1065) (Easterbrook 1984, 17), resta claro que a identificação de condutas anticompetitivas constitui uma tarefa que não pode ser desempenhada simplesmente por meio da avaliação casuística de situações concretas submetidas ao escrutínio das autoridades de defesa da concorrência, conforme se analisará com mais detalhes ao longo do capítulo II.

1.4. Amplo espaço decisório da autoridade antitruste

1.4.1. O complexo tratamento legislativo do controle antitruste de condutas

Outra característica singular do controle antitruste de condutas diz respeito ao amplo espaço decisório detido pelas autoridades administrativas e judiciais responsáveis interpretação do direito da concorrência. Diante da abertura conceitual da legislação concorrencial, da indefinição acerca dos fins almejados buscados pelo direito antitruste e da incompletude e limitação do ambiente informacional geralmente encontrado em investigações no setor, as autoridades públicas competentes para aplicação das normas antitruste a casos concretos acabam por se converter nos principais formuladores de regras concorrenciais específicas, capazes de fornecer limites mais precisos para a atuação dos agentes econômicos no ambiente de mercado.

Como visto no item I.1.1., as leis de defesa da concorrência costumam se caracterizar (i) pela seu amplo espaço de incidência, que permite que praticamente qualquer prática empresarial possa vir a ser objeto do controle antitruste de condutas e (ii) pela vagueza terminológica no que se refere aos requisitos configuradores da infração antitruste, que não permite que se extraia diretamente da leis antitruste que condutas são ou não permitidas pelo direito concorrencial. O uso de tal técnica legislativa responde a algumas peculiaridades do controle antitruste de condutas.

Em primeiro lugar, tal técnica legislativa endereça a dificuldade de se estabelecer, de forma apriorística e generalizada, quais condutas – dentre a infinidade de práticas empresariais existentes – são capazes de gerar problemas de ordem concorrencial. São inúmeras e diversificadas as práticas empresarias capazes de criar restrições indevidas à concorrência e prejudicar o funcionamento dos mecanismos de competição no mercado, o que torna extremamente complexa a criação de critérios consistentes universalmente aplicáveis para aferição da legalidade antitruste (Markovits 1984, 70–71).

Tal constatação torna-se ainda mais clara quando se nota que, do ponto de vista da defesa da concorrência, a questão da licitude de uma determinada prática empresarial, depende, em grande parte dos casos, das características do agente econômico responsável e do ambiente de mercado em que ela é implementada. Com efeito, o enfrentamento de problemas centrais no controle antitruste de condutas – como a imposição de restrições desarrazoadas à concorrência, o abuso de posição dominante e o exercício de poder de mercado – depende em larga medida de uma análise das condições específicas do espaço econômico no qual a prática examinada ocorreu e da posição detida nesse espaço pela empresa investigada. Condutas tidas por absolutamente normais se implementadas por empresas pequenas em mercados competitivos, podem vir a configurar infrações concorrenciais quando praticadas por agentes econômicos detentores de uma posição econômica privilegiada. Como observa Hovenkamp (Hovenkamp 2008, 96):

Se um restaurante italiano em Manhattan faz acusações falsas sobre um concorrente, este pode vir a ser prejudicado. Mas o mercado de restaurantes italianos em Manhattan provavelmente não será afetado já que há vários outros restaurantes italianos e mesmo a completa destruição de um deles não afetaria a concorrência de forma visível. No que toca o direito antitruste, restaurantes italianos em Manhattan podem fazer acusações falsas contra seus rivais; podem cortar ao máximo seus preços, e mesmo realizar vendas que lhes causem prejuízo; podem roubar os chefes talentosos uns dos outros; podem se fundir; podem recusar a se ajudar em tempos de tumulto ou escassez. Eles podem fazer praticamente qualquer coisa com exceção de dividir mercados ou combinar entre si preços.

Por outro lado, todas as referidas práticas empresariais podem gerar questões concorrenciais sérias quando implementadas por empresas dominantes em mercados pouco competitivos. Acusações falsas contra concorrentes podem constituir uma

estratégia anticompetitiva de elevação de custos dos rivais; cortes de preços podem integrar uma estratégia de predação de concorrentes; mesmo a simples recusa, por parte de uma empresa dominante, de acesso de concorrentes a determinados insumos pode configurar uma infração antitruste.

Assim, a diferenciação entre as situações em que uma conduta é lícita e até mesmo desejável do ponto de vista concorrencial daquelas ocasiões em que a mesma conduta constitui uma ameaça ao bom funcionamento da ordem competitiva é extremamente difícil de ser realizada no plano legislativo, que não é capaz de dar conta, em previsões apriorísticas e generalizantes, das inúmeras particularidades que compõem a complexa e muitas vezes tênue linha que separa condutas lícitas e ilícitas no campo da defesa da concorrência.

Tal diferenciação mostra-se ainda mais intrincada em mercados oligopolísticos, nos quais as fronteiras entre práticas concertadas e o simples paralelismo de comportamentos, entre acordos efetivos e respostas oportunistas unilaterais a atitudes de concorrentes são sempre muito finas, transformando a separação entre condutas anticompetitivas e condutas lícitas em uma atividade extremamente delicada (Amato 1997, 106). O mesmo se pode dizer da análise antitruste de várias práticas unilaterais, cuja complexidade e sutileza muitas vezes exigem a incorporação de uma série de considerações dinâmicas, que podem tornar o juízo de legalidade concorrencial uma tarefa de complexidade intimidadora (Kaplou e Shapiro 2007, 113).

Nesse cenário, uma das tendências do direito antitruste contemporâneo é justamente procurar adequar seus métodos de análise às especificidades do ambiente de mercado afetado e da posição que as partes investigadas detêm em tal ambiente (Gerard 2012, 14). Obviamente, tal adequação é muito mais facilmente realizada no plano da interpretação legal do que no plano da criação legislativa, cujos mecanismos em sociedades democráticas são marcados pela abertura à pluralidade e pelo acionamento de diferentes instâncias decisórias, o que em geral confere ao processo legislativo notória morosidade.

A utilização nas leis antitruste de uma técnica legislativa marcada pela abstração e pela vagueza terminológica está também relacionada à necessidade de

permitir que o controle de condutas anticompetitivas acompanhe e seja capaz de endereçar questões concorrenciais relacionadas ao surgimento de novas práticas empresariais em novos ambientes de mercado. Como nota Baker, a evolução natural da economia de mercado leva à criação de formas de organização empresariais inovadoras, que levantam novos e inesperados desafios à defesa da concorrência (Baker 2002, 68).

Ao longo do último século, o panorama econômico mundial passou por várias e profundas transformações estruturais, que criaram uma série de questões concorrenciais até então inexistentes. Uma dessas alterações que se mostram mais evidentes diz respeito ao fenômeno da internacionalização da economia e da globalização dos mercados. Enquanto o direito antitruste nasceu como um baluarte contra a expansão do poder econômico em mercados predominantemente nacionais, seu desenvolvimento teve inexoravelmente que encontrar respostas para os problemas oriundos da contínua expansão dos mercados para além dessas fronteiras (Amato 1997, 124). Outro exemplo, mais recente, pode ser encontrado na revolução da informação ocorrida nas últimas décadas: num cenário econômico caracterizado por mudanças tecnológicas extremamente rápidas e pela importância da exploração de direitos de propriedade intelectual, conceitos e presunções tradicionais do controle antitruste de condutas – como aqueles relativos ao abuso de posição dominante – precisam ser revistos para darem conta da nova realidade empresarial (Gormsen 2010, 11).

Nesse quadro, a adoção de textos legais caracterizados pela amplitude e pela flexibilidade confere ao direito antitruste a capacidade de se auto-atualizar para endereçar novos desafios à preservação de mercados competitivos em um ambiente econômico em constante mutação, sem depender para tanto da modificação da legislação de referência.

Por fim, a defesa da concorrência é, desde suas origens, um campo do direito bastante receptivo à influência da ciência econômica, como já abordado no item I.2. Apesar de o direito antitruste também ter se mostrado, ao longo de sua história, aberto a influxos de outros valores políticos – como os riscos à ordem democrática e à autonomia privada oriundos da concentração excessiva de poder econômico – é inegável que considerações de ordem econômica sempre desempenharam um papel

fundamental no desenvolvimento do campo concorrencial (Pitofsky 1979, 1). Dessa forma, a defesa da concorrência mostra-se um empreendimento, em grande parte, econômico (Hovenkamp 2008, 10), no sentido de que direciona vários dos seus esforços à correção e ao aperfeiçoamento dos mecanismos do mercado.

Nesse cenário, não é de se estranhar a adoção de uma solução legislativa conscientemente evolutiva (Kovacic e Shapiro 1999, 19), que permita um desenvolvimento progressivo do direito antitruste à luz da experiência e do aprendizado. Com efeito, a partir do momento em que se percebe o antitruste como uma forma específica de regulação da atividade econômica (Hovenkamp 2008, 7) – e dado o caráter marcadamente evolutivo do conhecimento econômico acerca do funcionamento dos mecanismos concorrenciais do mercado (Anderson, Bolema, e Geckil 2007, 5) – é natural se esperar que os textos legais que fundamentam a defesa da concorrência permitam a sua atualização e aperfeiçoamento constantes a partir da incorporação dos desenvolvimentos da economia.

A questão é bem exposta por Gormsen, que ressalta a importância da abertura interpretativa existente na previsão constante do TFEU relativa ao abuso de posição dominante (Gormsen 2010, 10):

O conceito de abuso não é expressamente definido no Tratado da Comunidade Europeia. Tal definição poderia ter um efeito limitador na sua interpretação, porque toda decisão ou julgamento teria que se enquadrar nessa definição. Ao contrário, a interpretação do artigo 82 foi desenvolvida por meio da jurisprudência, o que permitiu que o conceito de abuso fosse desenvolvido para se adequar aos contornos de uma decisão específica e que novos aprendizados fossem integrados à jurisprudência em uma economia em constante mudança. Isso permite que a análise da previsão seja atualizada, à medida que interpretações que pareciam adequadas anos atrás podem não se mostrar mais apropriadas

I.4.2. O emponderamento das autoridades aplicadoras das normas antitruste

Como visto, a formulação de regras categóricas e específicas no campo do direito antitruste mostra-se, por diferentes motivos, tarefa extremamente delicada. Nesse cenário, não é de se estranhar que as leis reguladoras da defesa da concorrência sejam curtas e imprecisas, concedendo aos juízes enormes espaços para a tomada de

decisão na esfera antitruste (Hovenkamp 2008, 77), realidade esta que é sentida tanto nos Estados Unidos quanto no direito concorrencial europeu.

No direito comunitário, isso pode ser percebido no papel desempenhado pela Comissão Europeia e pelas Cortes comunitárias na densificação das vagas normas constantes do TFEU relativas ao direito da concorrência. Como observa Petit, grande parte dos padrões gerais de legalidade no campo do direito concorrencial europeu foram construídos por decisões judiciais – como *Magill*, *Tetra Laval*, e *T-Mobile* – que esclarecerem textos legais ambíguos e incompletos (Petit 2012, 4). No mesmo sentido, Gerber destaca a função central desempenhada pela Corte Europeia de Justiça na modelagem e no direcionamento do sistema comunitário de defesa da concorrência, por meio da articulação de normas de aplicação geral a partir da interpretação dos textos de referência (Gerber 1994, 98).

São reconhecidas, por exemplo, as incertezas associadas ao artigo 101 do TFEU, que proíbe todo acordo que tenha por objeto ou possa ter como efeito a restrição da concorrência no mercado comunitário, sendo recorrente a observação de que as condições de aplicação do referido dispositivo são pouco claras (Ibáñez Colomo 2012, 541–542). Dado a brevidade e a vagueza do texto legal, a pergunta acerca de quais critérios devem ser utilizados para definir que acordos configuram um ilícito concorrencial é recorrente (Gerard 2012, 1). A interpretação do artigo 101 também se mostra problemática por causa da sua abrangência: como o dispositivo se aplica tanto a restrições horizontais como verticais – cuja natureza e capacidade de produzir efeitos anticompetitivos são completamente distintas (Motta 2004, 32) – é impossível se extrair do texto critérios gerais de diferenciação entre práticas lícitas e ilícitas. A resposta dos órgãos comunitários a tal cenário deu-se, dentre outras formas, por meio da construção de diferentes presunções legais associadas ao conceito de “restrição por objeto” (Odudu 2009, 17), criando-se regras gerais de ilicitude para determinadas tipos de conduta, ao passo que outros tipos de práticas permaneceram sendo analisadas casuisticamente.

De forma semelhante, a abertura e a vagueza dos dispositivos do TFEU relativos ao abuso de posição dominante são de tal dimensão que seu conteúdo jurídico preciso só pode ser determinado na aplicação a casos concretos (Wils 2011, 14). Diante da ampla discricionariedade que tais dispositivos conferem à Comissão

Europeia sobre como interpretar o conceito de abuso de posição dominante (Utton 2005, 48), não é de se estranhar que o desenvolvimento do controle de condutas abusivas na Europa tenha se dado primordialmente pela via jurisprudencial. (Gormsen 2010, 10).

Também nos Estados Unidos a evolução do direito antitruste se dá em grande medida por meio da elaboração, pelas autoridades responsáveis pela aplicação das leis concorrenciais, de regras gerais de legalidade que preenchem e densificam o conteúdo dos dispositivos legais. Conforme nota Baker, os amplos mandamentos legais do direito concorrencial norte-americano foram implementados pelas cortes através da criação de regras específicas de análise para os diferentes tipos de conduta submetidos ao escrutínio antitruste (Baker 2002, 60). Diante da abertura dos comandos legais que fundamentam o controle antitruste de condutas, são inegáveis os enormes poderes conferidos aos juízes para traçar as linhas que separam a cooperação aceitável da colusão ilegal, a competição vigorosa da monopolização ilícita (Kovacic e Shapiro 1999, 2).

Como efeito, o papel da resolução judicial de casos concretos para o desenvolvimento de regras gerais de conduta é tão central que se chega afirmar que o método de implementação do direito antitruste nos Estados Unidos seria muito próximo àquele do “*common law*” (Kovacic e Shapiro 1999, 19). Exemplo importante nesse contexto é a criação, por meio do conceito de ilícito *per se*, de previsões “quase-legislativas” de ilicitude (J. Lopatka e Page 2002, 133), que – conforme se analisará mais detalhadamente no capítulo II – permitem a proibição de determinadas categorias de condutas sem que se precise realizar, no caso concreto, uma análise mais profunda acerca dos seus efeitos sobre a concorrência. Dado o caráter normativo amplo de várias questões enfrentadas pelas cortes na esfera antitruste, é inegável a função legislativa que elas muitas vezes acabam por cumprir no direito da concorrência (Arthur 2000, 373).

II. O desenvolvimento jurisprudencial do controle antitruste de condutas

Estabelecido que o desenvolvimento da defesa da concorrência dá-se em grande medida pela via jurisprudencial, o presente capítulo volta-se a analisar como as autoridades interpretadoras do direito antitruste desempenham a difícil tarefa de aplicar as vagas previsões constantes nas leis concorrenciais a casos concretos.

Primeiramente, examina-se a construção, pela via jurisprudencial, de diferentes *standards* analíticos voltados a guiar a investigação e o julgamento dos vários tipos de condutas que podem configurar uma infração concorrencial. Diante da miríade de práticas empresariais que podem ser objeto do controle antitruste de condutas e da ausência de definição, na legislação de referência, de limites claros de legalidade no campo concorrencial, os órgãos responsáveis pela aplicação do direito antitruste desenvolveram uma variedade riquíssima de regras e princípios cuja aplicação a casos concretos possibilitou a formatação de padrões de investigação e julgamento completamente distintos para tipos diferentes de práticas empresariais, embora a base legal para tais análises seja geralmente a mesma.

Em um segundo momento, examina-se outro mecanismo fundamental na implementação do controle antitruste de condutas: o uso recorrente, por parte das autoridades competentes para a investigação e o julgamento de infrações concorrenciais, de presunções jurídicas e econômicas. O recurso a presunções mostra-se ferramenta rotineira e de grande impacto nessas atividades, já que representa uma forma de superar as lacunas informacionais comumente presentes na esfera antitruste, bem como permite que o *enforcement* das normas concorrenciais seja administrável e eficiente.

Por fim, analisa-se com mais cuidado a tradicional diferenciação existente na doutrina e na jurisprudência antitruste entre regra da razão e regra per se, procurando-se mostrar que, ao contrário da visão aparentemente consolidada no direito brasileiro, tais regras nada mais representam do que dois dentre os vários *standards* analíticos construídos pelas autoridades competentes pela aplicação do direito antitruste.

II.1. A difícil diferenciação entre condutas lícitas e ilícitas no direito antitruste

Conforme analisado no item I.4, as leis reguladoras da defesa da concorrência costumam se caracterizar pela sua brevidade e imprecisão, deixando a delimitação de regras específicas de ilicitude a cargo das autoridades responsáveis pela aplicação das leis antitruste a casos concretos. Tal técnica legislativa endereça algumas particularidades do controle antitruste de condutas, como a impossibilidade de se definir aprioristicamente quais condutas configuram infrações concorrenciais, a necessidade de constante atualização do direito da concorrência frente à evolução das práticas empresariais e a abertura da defesa da concorrência aos influxos da teoria econômica.

A opção por uma legislação de referência altamente indeterminada, que deixa para o campo jurisprudencial a resolução de uma série de questões essenciais para a definição dos limites da legalidade no direito da concorrência, remete à própria natureza do direito antitruste enquanto uma forma de regulação reativa da atividade empresarial em economias que tem o mercado como elemento central (Hovenkamp 2008, 7–14).

Pilar fundamental de uma economia de mercado diz respeito ao espaço detido pela empresas para competir de forma agressiva e para maximizar seus lucros, possivelmente sobrepondo-se a seus rivais nesse processo (Kaplow e Shapiro 2007, 101). Nesse cenário, é normal e inclusive esperado que agentes econômicos procurem ser bem sucedidos por meio de performances empresariais superiores, e tentativas de empresas de satisfazerem da melhor forma possível as necessidades do consumidor são estimuladas e recompensadas (Eilmansberger 2005, 133).

A defesa da concorrência aparece, nesse contexto, não como uma regulação detalhada da atuação empresarial, mas como uma forma de definição das regras gerais do jogo do mercado: o direito antitruste não dita os movimentos específicos dos atores do mercado, restringindo-se a determinar quais tipos de comportamento são proibidos por violarem as regras concorrenciais (Kaplow e Shapiro 2007, 113). A defesa da concorrência não se propõe, por exemplo, a definir o nível exato de preços a ser praticado pelas empresas, reconhecendo a impossibilidade – tanto do ponto de vista

conceitual quanto por razões de coleta de dados – da definição do nível competitivo de preços (Geradin et al. 2005, 3–4).

Dessa forma, o controle concorrencial de condutas revela uma natureza em larga medida reativa (Hovenkamp 2008, 14), no sentido de que não procura definir ou influenciar de forma decisiva as estratégias empresariais adotadas pelos agentes econômicos, limitando-se a avaliar a legalidade de tais estratégias após elas terem sido implementadas. A intervenção antitruste é, portanto, seletiva e recai apenas sobre as condutas que, por colocarem em risco o funcionamento dos mecanismos de competição, se diferenciam das práticas empresariais comuns que caracterizam a concorrência numa economia de mercado.

Nesse quadro, questão conceitual de enorme relevância diz respeito à distinção entre danos a concorrência e danos a concorrentes, que é reconhecida em diferentes jurisdições como fundamental para a delimitação do âmbito de atuação da autoridade antitruste.⁴

Nos Estados Unidos, é antiga a afirmação de que a defesa da concorrência volta-se à proteção da concorrência, e não dos concorrentes.⁵ Tal assertiva procura, por um lado, ressaltar a especificidade das situações que despertam a necessidade de intervenção antitruste e, por outro, descartar a possibilidade aplicação das leis de defesa da concorrência em situações em que agentes econômicos são prejudicados por deslocamentos normais do mercado criados por práticas empresariais inovadoras ou mais eficientes.

Exemplo clássico que ilustra a questão diz respeito aos prejuízos sofridos por empresas decorrentes de competição de preços com concorrentes. Confrontada com várias demandas fundadas nas normas antitruste que buscavam a reparação de danos supostamente decorrentes dos preços mais baixos praticados por competidores, a Suprema Corte afirmou em diferentes julgados que prejuízos comerciais oriundos da simples disputa comercial de preços não configuravam o tipo de dano que as normas

⁴ OECD, Competition on the Merits, fl. 17. *Especially significant from a policy standpoint is that there is broad agreement among competition agencies from OECD countries that the purpose of competition policy is to protect competition, not competitors*

⁵ Nesse sentido, ver a decisão da Suprema Corte no caso *Brown Shoe Co. v. United States*, 370 U. S. 294, 370 U. S. 320 (1962)

de defesa da concorrência procuram endereçar. No julgamento do caso *Cargill v. Monfort*,⁶ por exemplo, observou-se que:

Sustentar que o direito antitruste protege competidores da redução de lucros decorrente desse tipo de concorrência de preços tornaria efetivamente ilegal qualquer decisão de uma empresa de reduzir preços para aumentar sua participação de mercado. As leis antitruste não postulam um resultado tão perverso (...)

Tal posicionamento não rejeita por completo a hipótese de que determinadas estratégias de precificação possam configurar uma violação às normas antitruste, mas procurar ressaltar que prejuízos sofridos por agentes econômicos privados decorrentes de deslocamentos de mercados são normais em um sistema econômico regido pelo princípio da livre concorrência e não fazem jus à proteção antitruste.

A diferenciação entre danos a concorrência e danos a concorrentes é questão que também se coloca no direito concorrencial europeu. Segundo Mario Monti, ex-Comissário para assuntos concorrenciais, o objetivo da política europeia de defesa da concorrência não é proteger concorrentes do acirramento da competição, mas garantir um alto grau de concorrência no mercado comunitário que leve à redução de preços, ao aumento da oferta de bens e a inovação tecnológica em benefício do consumidor (Monti 2001, 2). De forma semelhante, Massimo Motta afirma que defender a concorrência não é equivalente a defender concorrentes e que é normal, e inclusive benéfico do ponto de vista do bem-estar social, que os mecanismos de competição levem à saída de empresas ineficientes do mercado, não cabendo ao direito antitruste a tarefa de prolongar sua vida artificialmente (Motta 2004, 89).

Na jurisprudência das Cortes Europeias, a referida tentativa de diferenciação pode ser identificada em diferentes decisões que procuram distinguir entre métodos “normais” de competição, que são considerados lícitos embora possam gerar danos a concorrentes, de práticas empresariais abusivas, capazes de atingir a concorrência e, portanto, configurar uma infração antitruste. Nesse sentido, é clássica a formulação da Corte de Justiça no caso *Hoffmann-La Roche*⁷ que relaciona o conceito de abuso de posição dominante a um comportamento que *“por meio do recurso a métodos diferentes daqueles que condicionam a concorrência normal na base de transações*

⁶ *Cargill v. Monfort* - 479 U.S. 104 (1986)

⁷ *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities.*, Judgment of the Court of 13 February 1979

comerciais de operadores comerciais, tem o efeito de prejudicar a manutenção do nível de concorrência ainda existente no mercado ou o crescimento de tal concorrência.”

Mais recentemente, no julgamento do caso *Post Danmark*,⁸ a Corte de Justiça reafirmou e refinou a tese assentada no *Hoffmann-La Roche*, observando que o conceito de concorrência pelo mérito, por definição, pode levar à marginalização de empresas menos eficientes e menos atrativas para o consumidor e que não é um objetivo da política concorrencial garantir a preservação de competidores menos eficientes no mercado.

Dessa forma, resta clara a necessidade, para a operacionalização do direito antitruste, de diferenciação entre os prejuízos privados decorrentes de performances empresariais superiores de concorrentes e os danos causados à própria ordem concorrencial por condutas anticompetitivas. Sem a realização adequada de tal diferenciação, o direito antitruste pode acabar punindo empresas que concorrem da forma mais efetiva, o que obviamente contrariaria os mecanismos fundamentais de uma economia de mercado (Kaplow e Shapiro 2007, 101).

Como visto anteriormente, as legislações de defesa da concorrência costumam ser pouco informativas com relação a quais são os elementos que diferenciam condutas empresariais “normais” de infrações antitruste. Em geral, a técnica legislativa empregada nos diplomas de defesa da concorrência prima pelo seu amplo espaço de incidência, o que possibilita que praticamente toda prática empresarial possa ser objeto do controle de condutas, e pela vagueza conceitual no que toca aos elementos e requisitos necessários para a caracterização do ilícito concorrencial.

Nesse cenário, compete primordialmente às autoridades responsáveis pela aplicação do direito da concorrência a elaboração, por meio de sua atividade jurisprudencial, de critérios diferenciadores entre práticas normais de competição e condutas lesivas à concorrência, entre danos individuais suportados por agentes privados e danos difusos causados a ordem concorrencial.

Tal diferenciação mostra-se, todavia, tarefa de enorme complexidade, uma vez que várias das condutas capazes de restringir indevidamente a concorrência são

⁸ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62010CJ0209:EN:HTML>

praticamente indistinguíveis dos atos ordinários praticados por uma empresa no curso normal de seus negócios (Eilmansberger 2005, 144). Muitas vezes as formas mais vigorosas de competição, que obviamente são desejáveis do ponto de vista do direito concorrencial, assemelham-se a estratégias de predação ou de exclusão ilícita de concorrentes. Além do mais, as formas de restrições ilícitas a concorrência, assim como as formas da concorrência legítima, são inúmeras.

É de se notar também que a elaboração das regras de licitude por parte das autoridades competentes dá-se num ambiente decisório marcadamente impreciso, dada a forte limitação das informações disponíveis, a fragilidade do instrumental analítico disponível e a dificuldade de se aferir de forma consistente os reais efeitos de uma dada conduta sobre o mercado. Na maior parte das investigações antitruste, as autoridades competentes são obrigadas a tomar decisões entre alternativas para as quais a teoria não fornece uma única resposta clara (Heyer 2005, 378) e raramente existe alguma certeza sobre se uma determina prática empresarial é ou não anticompetitiva (Cooper et al. 2005, 58).

Dada a imprecisão e incerteza inerentes ao processo jurisprudencial de diferenciação entre condutas lícitas e ilícitas no direito antitruste, é natural que a preocupação com a minimização de erros desempenhe um papel central no desenvolvimento do direito concorrencial (Kaplow e Shapiro 2007, 131). Os dois tipos de erros possíveis em uma investigação antitruste possuem altos custos para a legitimidade e efetividade de uma política de repressão a condutas anticompetitivas. Se a autoridade competente concluir equivocadamente que uma conduta competitiva configura uma infração antitruste, haverá a penalização de um agente econômico justamente por ele estar fazendo o que o dele se espera: concorrendo. Por outro lado, investigações que levarem erroneamente à conclusão de que uma prática empresarial é lícita do ponto de vista concorrencial podem colocar em risco as condições de competição no mercado por um longo prazo. Diante do delicado contexto decisório que marca a análise antitruste, existe uma tensão inerente no controle de condutas entre dois riscos opostos: o risco de se permitir que empresas praticantes de condutas anticompetitivas não sejam punidas e o risco de se punir condutas que beneficiam o consumidor, asfixiando-se o próprio processo de concorrência que o direito antitruste busca proteger (Chang, Evans, e Schmalensee 2003, 41).

Do exposto, tem-se que a tarefa atribuída às autoridades responsáveis pela implementação do direito da concorrência é de uma dificuldade ímpar. A partir de uma legislação de referência extremamente vaga e indeterminada, compete a essas autoridades identificar, dentre as infinitas práticas empresariais existentes no mercado, aquelas condutas com potencial anticompetitivo, sabendo-se de antemão que inexiste forma segura de diferenciação entre os prejuízos sofridos por agentes privados, considerados normais pelo antitruste, e os danos aos valores resguardados pelo direito concorrencial. Além do mais, dada a forte imprecisão inerente ao processo decisório antitruste, as autoridades de defesa da concorrência estão constantemente confrontadas com a possibilidade da ocorrência em suas análises de erros, que repercutem fortemente tanto sobre a legitimidade quanto sobre a efetividade da política de repressão a condutas anticompetitivas.

II.2. Construção jurisprudencial de regras de legalidade

II.2.1. A necessária elaboração de regras e métodos analíticos diferenciados

Como visto anteriormente, a formulação de regras mais densas de legalidade no direito da concorrência é em geral realizada pela via jurisprudencial e não no âmbito legislativo. Os textos legais antitruste, ao mesmo tempo que primam pela indeterminação e pela vagueza no que toca aos elementos configuradores do ilícito concorrencial, caracterizam-se pelo seu amplo espaço de incidência, sendo aplicáveis a uma gama enorme de práticas empresariais que potencialmente podem apresentar efeitos anticompetitivos.

Ocorre, porém, que as diferentes condutas alcançadas pela legislação concorrencial podem apresentar efeitos completamente distintos sobre o mercado. No amplíssimo rol de condutas passíveis de serem consideradas como infrações à concorrência, incluem-se acordos entre concorrentes, políticas de precificação, relações de exclusividade, o ajuizamento de ações contra concorrentes e até mesmo a realização de *lobby* junto ao Legislativo. Frente à enorme variedade de práticas empresariais com reconhecido potencial anticompetitivo, não deixa de ser impressionante o quão breves e simples são os textos legais que fundamentam o controle antitruste de condutas.

Veja-se, por exemplo, que a única distinção realizada pelo *Sherman Act* diz respeito a condutas concertadas, tratadas na seção 1, e condutas unilaterais, tratadas na seção 2. Por outro lado, conceitos que se mostraram essenciais para o desenvolvimento histórico do direito antitruste e para distinção entre práticas empresariais normais e condutas anticompetitivas – como a diferenciação entre colusão e exclusão, entre práticas horizontais e verticais – não encontram previsão legal expressa (Baker 2012, 7).

Confrontada com o amplo e variado espectro de condutas passíveis de serem submetidas ao controle de condutas e com a escassez de elementos legais capazes de informar a análise antitruste, a resposta dos órgãos intérpretes do direito concorrencial foi a criação, pela via jurisprudencial, de métodos analíticos diferenciados, desenhados para permitir o exame dos efeitos de cada tipo de conduta conforme as suas especificidades. Dessa forma, ao contrário do que ocorre no plano legislativo, a prática jurisprudencial antitruste revela a existência de uma infinidade de regras de licitude e ilicitude que permitem às autoridades competentes a implementação da difícil tarefa de identificação de condutas anticompetitivas.

A separação entre condutas pró e anticompetitivas é, como já analisado, tarefa de difícil implementação. Não existe, por exemplo, uma forma simples de definir se um determinado preço é ou não predatório (Markovits 1984, 60) e a conclusão de um investigação desse tipo depende do uso e da análise de uma série de conceitos econômicos, como custo médio, custo marginal etc. De forma semelhante, não há um método fácil para se identificar, dentre os vários tipos de acordos existentes entre concorrentes, quais são aqueles que prejudicam a concorrência (Hovenkamp 2005, 194).

Dado que a enorme variedade e a diferença de natureza das práticas empresariais capazes de restringir a concorrência tornam extremamente complexa a criação de critérios universalmente aplicáveis para aferição da legalidade antitruste (Markovits 1984, 70–71), é normal que os formatos e os critérios das investigações antitruste variem fortemente de acordo com o objeto examinado, ainda que as previsões legais que fundamentam tais investigações sejam idênticas ou muito semelhantes. Exemplo interessante nesse contexto é o da previsão do direito concorrencial europeu relativa ao abuso de posição dominante, que incide sobre uma

série de práticas empresariais – tais como discriminação de preços, políticas de desconto, vendas casadas, contratos de exclusividade e estratégias predatórias – cujos possíveis efeitos sobre a economia, tanto pró- como anticompetitivos, são inteiramente distintos, demandando que as autoridades comunitárias criem regras de legalidade específicas para cada uma dessas condutas.

Como as regras de legalidade e os métodos analíticos desenvolvidos jurisprudencialmente são em grande parte responsáveis pela diferenciação entre condutas lícitas e ilícitas no campo antitruste, é natural que a questão dos *standards* apropriados para análise antitruste dos diferentes tipos de práticas empresariais seja objeto de intensa controvérsia (Katsoulacos e Ulph 2009, 411).

Conforme se analisará nos próximos itens, a construção de tais regras e métodos decorre basicamente de dois fatores: a preocupação inerente ao direito antitruste com a possível ocorrência de erros na análise antitruste (Kaplow e Shapiro 2007, 131) e a necessidade de construção de critérios de análise passíveis de implementação prática por parte das autoridades competentes, consideradas suas várias limitações (Lowe 2008, 1).

II.2.2. A preocupação com falsos positivos e falsos negativos

O primeiro fator que contribui de forma decisiva para a criação jurisprudencial de regras mais densas de licitude no campo concorrencial diz respeito à preocupação das autoridades competentes com os erros passíveis de serem cometidos em investigações antitruste (Kaplow e Shapiro 2007, 131).

Compreendido o direito antitruste como uma forma de regulação reativa da atividade econômica (Hovenkamp 2008, 14), que busca intervir seletivamente no mercado diferenciando entre práticas empresariais normais e condutas anticompetitivas, é normal que haja uma preocupação por parte das autoridades competentes para que as primeiras não sejam condenadas e as segundas não sejam absolvidas.

Tal preocupação, todavia, mostra-se extremamente acentuada na prática antitruste, o que é justificado pelo fato que, conforme exposto no item I.3 *supra*, o

controle de condutas usualmente é marcado pela incompletude de vários dados necessários à realização de um julgamento seguro acerca dos reais efeitos da conduta investigada. Diante da inexistência das evidências empíricas acerca dos reais efeitos da prática investigada, decisões no âmbito do controle de condutas estão inevitavelmente sujeitas a uma substancial incerteza (Cooper et al. 2005, 47–48) e em várias situações as autoridades competentes se veem forçadas a tomar decisões em que inexiste uma única resposta clara (Heyer 2005, 378).

Reconhecido que a existência de certeza sobre a ilicitude de determinada prática é algo raro no direito concorrencial, é natural que premissa bastante difundida na literatura e na prática antitruste diga respeito à inerente imperfeição do controle de condutas, que pode se revelar tanto na absolvição equivocada de práticas anticompetitivas como na condenação errônea de condutas pró-competitivas (Christiansen e Kerber 2005, 9).

Com efeito, a discussão sobre os chamados “falsos positivos” e “falsos negativos” revela-se comum no campo concorrencial e influencia de forma decisiva o processo decisório levado a cabo por órgãos administrativos e judiciais. Como observa Cooper *et al.* (Cooper et al. 2005, 58):

Autoridades responsáveis pelo *enforcement* do direito antitruste raramente podem ter certeza se uma determinada prática empresarial é ou não anticompetitiva. Invariavelmente, essas autoridades cometerão erros. Dois tipos de erros, e perdas associadas, serão sentidos em qualquer regra decisória: perdas decorrentes da persecução a práticas pró-competitivas (falsos positivos) e perdas decorrentes da não persecução a práticas anticompetitivas (falsos negativos).

O risco de que determinadas práticas pró-competitivas acabem sendo, por causa da incerteza e da imprecisão ínsitas a investigações antitruste, equivocadamente condenadas, gerando os chamados “falsos positivos”, constitui fundamento recorrente na formulação de regras de legalidade no campo concorrencial, já que com isso se estaria penalizando justamente o tipo de conduta que o direito antitruste visa proteger.

Argumento frequentemente manejado por autores ligados à “Escola de Chicago” nesse contexto é o de que “falsos positivos” seriam no longo prazo menos nocivos do que “falsos negativos”. Tal conclusão deriva da suposta capacidade dos mercados de corrigirem rapidamente os efeitos negativos associados a condutas

abusivas erroneamente autorizadas pelo controle antitruste, ao passo que a revisão de condenações equivocadas de condutas pró-competitivas seria realizada de forma mais vagarosa pelas autoridades competentes. Como afirma Easterbrook, “falsos negativos” seriam auto-corrigíveis, enquanto falsos positivos não (Easterbrook 1984, 2–3):

Se tribunais errarem condenando práticas benéficas, os benefícios podem ser perdidos para sempre. Qualquer outra empresa que usar a prática condenada pode sofrer sanções em razão do precedente criado, independentemente dos benefícios existentes. Se, por outro lado, tribunais errarem permitindo práticas deletérias, a perda de bem-estar diminui ao longo do tempo. Monopólios são auto-destrutivos. Precos praticados por monopolistas eventualmente atraem a entrada.

Tal posicionamento tem raízes mais profundas e decorre do forte ceticismo com o qual a Escola de Chicago vislumbra a capacidade de órgãos estatais de aprimorar o funcionamento dos mercados por meio de intervenções artificiais na economia. De uma forma geral, pode-se afirmar que a Escola de Chicago rejeita a intervenção antitruste nos casos em que inexista uma certeza, do ponto de vista da teoria econômica, acerca dos efeitos anticompetitivos da conduta investigada; na dúvida, deve-se deixar o mercado corrigir a si próprio (Hovenkamp 2005, 65).

Essa visão encontra forte oposição em diferentes autores que, por enfatizarem os vários riscos decorrentes dos chamados “falsos negativos”, defendem uma aplicação mais rigorosa das normas concorrenciais. O debate acerca da quantidade ideal de intervenção do Estado na economia por meio do direito antitruste é longo e complexo, não cabendo nos limites do presente trabalho. De toda forma, vale destacar a observação de Markovits, que ressalta a ausência de fundamento teórico para a afirmação, recorrente entre autores ligados à Escola de Chicago, de que condutas cujos efeitos ainda não são inteiramente compreendidos seriam em geral desejáveis do ponto de vista do bem-estar social (Markovits 1984, 72).

Desenvolvimento mais recente e interessante do direito concorrencial que procura endereçar a questão da ocorrência de erros na análise antitruste diz respeito à maior incorporação de ferramentas econômicas para uma avaliação mais profunda das especificidades de cada caso concreto (Christiansen e Kerber 2005, 5). Tal

desenvolvimento, que se faz sentir na prática antitruste da Europa⁹ e dos Estados Unidos (Heyer 2005, 375), e constitui uma resposta à evolução da teoria econômica industrial, que demonstra que diferentes práticas empresariais podem apresentar tanto efeitos anticompetitivos como pró-competitivos, conforme as circunstâncias particulares do mercado em que a conduta é levada a cabo e da empresa responsável pela sua implementação.

A aplicação de uma “abordagem mais econômica” ao controle antitruste de condutas busca evitar a ocorrência de falsos positivos e falsos negativos a partir de um exame mais detalhado das especificidades de cada caso concreto, em particular das características do mercado afetado e dos efeitos nele produzidos pela prática investigada. Os objetivos dessa abordagem são bem esclarecidos no relatório elaborado pelo Grupo de Assessoramento Econômico para Política Concorrencial da Comissão Europeia acerca da correta implementação do antigo artigo 82 do TFEU (EAGCP 2005, 1–2):

Uma abordagem baseada na economia exige um exame cuidadoso de como a concorrência funciona em cada mercado particular, de forma a se avaliar como estratégias empresariais específicas afetam o bem-estar do consumidor. De fato, uma abordagem econômica atinge dois objetivos complementares. Primeiro, ela garante que comportamentos anticompetitivos não iludam as previsões legais. Ao focar nos efeitos das ações empresariais ao invés de na forma que essas ações possam ter, uma abordagem baseada na economia torna mais difícil que empresas contornem os limites impostos pelo direito concorrencial procurando alcançar os mesmos resultados finais por meio do uso de diferentes práticas comerciais. (...)

Segundo, a abordagem baseada na economia garante que previsões legais não impeçam indevidamente estratégias pró-competitivas. Uma análise baseada nos efeitos leva plenamente em consideração o fato que várias práticas empresariais podem ter efeitos diferentes em circunstâncias diferentes: distorcendo a concorrência em alguns casos e promovendo eficiências e inovações em outros.

Há, de fato, uma acentuada tendência recente tanto no direito da concorrência europeu quanto no americano no sentido de se buscar um maior aprofundamento da análise das especificidades de cada caso concreto (Christiansen e Kerber 2005, 18). Tal desenvolvimento exige da autoridade de defesa da concorrência o

⁹ Diferentes autores analisam tal desenvolvimento no direito concorrencial europeu, em geral sob o rótulo de “abordagem baseada na economia” ou “abordagem baseado nos efeitos” (Christiansen e Kerber 2005) (Katsoulacos e Ulph 2009) (Vickers 2005)

aprofundamento da investigação econômica para se identificar a existência de uma explicação econômica consistente e verificável de efeitos anticompetitivos relevantes no mercado afetado pela prática examinada (EAGCP 2005, 11). Na prática antitruste, isso em geral significa um recurso mais recorrente a técnicas e ferramentas econométricas, que buscam avaliar os possíveis efeitos de uma determinada conduta considerando evidências estatísticas e históricas específicas do mercado afetado.

De certa forma, a busca por uma abordagem mais econômica representa uma resposta do direito antitruste à evolução das teorias contemporâneas de organização industrial, que demonstram que práticas semelhantes podem apresentar efeitos competitivos completamente distintos conforme o ambiente de mercado em que são implementadas. Dada a preocupação ínsita ao direito da concorrência com a possível ocorrência de erros nas investigações de casos concretos, é natural que sejam incorporados os desenvolvimentos da ciência econômica capazes de aprimorar a precisão da análise antitruste.

Por outro lado, diferentes autores chamam atenção para as limitações inerentes a essa abordagem mais econômica no direito antitruste (Blanco e Plabo 2011, 36) (Christiansen e Kerber 2005). Para se compreender esses limites, é necessário analisar o outro fator que influencia a construção jurisprudencial de regras de legalidade no campo concorrencial.

II.2.3. O imperativo da exequibilidade

O segundo fator que mostra-se relevante para a criação jurisprudencial de regras de licitude na esfera antitruste refere-se à sua possibilidade de implementação prática, consideradas as várias limitações enfrentadas pelas autoridades competentes pela defesa da concorrência no desenvolvimento de suas atividades investigativas e decisórias. Em outras palavras, as referidas regras não podem se revelar inexecutáveis quando aplicadas a casos concretos.

Como expõe Philip Lowe, ex-Diretor Geral de Concorrência da Comissão Européia, a elaboração de regras na esfera antitruste revela uma clara interdependência com a estrutura administrativa responsável pela sua implementação (Lowe 2008, 1). Assim, regras de legalidade no direito concorrencial precisam ser desenhadas de forma que possam ser implementadas consideradas as limitações reais

às quais se sujeita a autoridade antitruste (Lowe 2008, 1). Observação semelhante é feita por Hovenkamp, para quem a construção de regras “administráveis” – isto é, passíveis de implementação pelas instituições competentes dentro dos limites de sua capacidade – é fundamental para o direito antitruste, representando um objetivo compartilhado pelas Escolas de Chicago e de Harvard (Hovenkamp 2010, 19).

Tais afirmações procuram endereçar um possível problema no direito concorrencial: o perigo de que, diante da enorme complexidade e das várias incertezas inerentes à análise antitruste, o processo investigativo arraste-se indeterminadamente. Nesse sentido, são interessantes as observações da Comissão Nacional para Revisão da Leis Antitruste criada em 1977 pelo Presidente Jimmy Carter, cujo relatório apontava, há mais de três décadas atrás, que *“na média, processos antitruste duram mais do que outros litígios cíveis; que alguns processos antitruste absorvem enormes recursos e tempo; e que a demora indevida é um problema sério em um número significativo de processos antitruste complexos”* (Arthur 1986, 322).

O perigo de demora e de indefinição existente em investigações antitruste foi incrementado nas últimas décadas com o refinamento das técnicas e modelos econométricos utilizados para aferir os impactos de uma determinada conduta sobre o mercado. Isso porque tais modelos, ao procurarem refletir estruturas de concorrência dinâmica mais realistas, incorporam uma série de elementos que transformam o mercado num ambiente muito mais complexo e confuso (Hovenkamp 2002, 5). Tais modelos também se caracterizam pela extrema sensibilidade a fatores de difícil verificação empírica, bastando pequenas alterações nas premissas utilizadas para que se alcancem conclusões bastante diversas acerca dos possíveis efeitos anticompetitivos de uma determinada prática. Assim, o recurso a tais técnicas analíticas ameaça transformar o controle antitruste em uma batalha infindável de análises econômicas de enorme complexidade, sem permitir uma decisão definitiva acerca da licitude da conduta investigada.

Obviamente, o prolongamento indefinido da análise antitruste representa séria ameaça à efetividade da política de repressão a condutas anticompetitivas, que exige que a tomada de decisão pela autoridade competente e sua consequente implementação no mercado ocorram em tempo hábil a permitir o adequado endereçamento do problema concorrencial. Em algum momento, o processo de

investigação e análise deve cessar para que a autoridade competente emita sua decisão e intervenha, no momento adequado, para garantir a preservação das condições competitivas no mercado.

A fim de garantir a efetividade da legislação antitruste, há uma constante busca, por parte das autoridades de defesa da concorrência, pela formatação de um processo investigativo que seja racionalmente direcionado ao momento de tomada de decisão. O direito concorrencial é, nesse sentido, fundado na ideia de que um processo investigativo exequível na prática é socialmente benéfico (Schinkel 2008, 13).

Isso significa reconhecer que o processo decisório antitruste não pode levar em consideração toda forma de complexidade existente em um mercado (Hovenkamp 2008, 47), assim como não é possível se examinar de forma exaustiva as especificidades existentes em cada caso concreto submetido ao controle concorrencial. Os interessados no desfecho do processo antitruste não possuem nem tempo nem recursos infinitos para a coleta de informações (Baker e Bresnahan 2006, 4). A exigência da análise de todas as peculiaridades de uma determinada conduta antes da decisão da autoridade competente atrofiaria o direito da concorrência e diminuiria, senão eliminaria, sua utilidade, já que a intervenção antitruste seria certamente realizada de maneira extemporânea.

É essencial, portanto, que as regras de legalidade no campo antitruste sejam formuladas de acordo com a real capacidade técnica e organizacional que as autoridades competentes pela defesa da concorrência possuem para sua implementação, consideradas as diversas espécies de limitação existentes, inclusive aquelas relativas à escassez de recursos (Lowe 2008, 1). Regras complexas, que pretendam reproduzir de forma mais acurada o funcionamento dos mercados, são de pouca utilidade se não puderem ser aplicadas de forma efetiva (Hovenkamp 2010, 19).

Dessa forma, é inegável a existência de limites para a incorporação da riqueza de detalhes e especificidades do caso concreto na análise antitruste, já que a coleta exaustiva de informações geraria custos proibitivos (Christiansen e Kerber 2005, 9), inviabilizando a própria finalidade do controle de condutas. De maneira semelhante, a

realização de testes econométricos e modelagens econômicas para aferição dos efeitos de uma conduta num determinado mercado não pode ser realizada indefinidamente.

Do exposto, conclui-se que a diferenciação entre práticas lícitas e ilícitas no campo concorrencial deve ser realizada por meios que se mostrem ao mesmo tempo precisos e relativamente econômicos (Hovenkamp 2005, 194). Se, por um lado, é ínsita ao direito antitruste a preocupação com a possível ocorrência de erros nas investigações de casos concretos, por outro também lhe é inerente a busca por regras de legalidade e métodos analíticos que sejam exequíveis diante das limitações organizacionais, administrativas e informacionais enfrentadas pelas autoridades de defesa da concorrência.

Nesse sentido, a criação jurisprudencial dos diferentes formatos analíticos no direito da concorrência responde à tensão existente no processo decisório antitruste entre o risco de decisões equivocadas e a manutenção de um nível razoável de custos administrativos no *enforcement* das normas (Tom e Pak 2000, 393).

II.3. O amplo uso de presunções no direito antitruste

No quadro de constante tensão entre exequibilidade administrativa e exatidão analítica que marca a atividade de densificação das legislações de defesa da concorrência por parte das autoridades competentes para sua aplicação, uma ferramenta de fundamental importância diz respeito ao emprego no direito antitruste das mais variadas formas de presunção.

Investigações antitruste voltam-se a identificar, dentre as inúmeras práticas empresariais comuns em uma economia de mercado, aquelas poucas condutas capazes de gerar efeitos anticompetitivos. Tal identificação é levada a cabo num contexto decisório de notória imprecisão, em que grande parte das informações relevantes para uma análise segura é de difícil aferição (Cayseele 2002, 103–104) e várias questões são factualmente indetermináveis (Pitofsky 1979, 12). Por outro lado, a complexidade do fenômeno que se busca identificar é impressionante: condutas anticompetitivas podem se apresentar nas mais variadas e nos mais diferentes contextos de mercado, sendo muitas vezes indistinguíveis dos atos ordinários realizados por uma empresa no curso normal de seus negócios (Eilmansberger 2005, 144). Em tal contexto, o

processo investigativo antitruste tende a se mostrar extremamente oneroso e complexo.

A resposta do direito da concorrência a esse cenário de altos custos administrativos e de forte incerteza dá-se pela adoção de uma variedade de presunções capazes de encurtar e simplificar o processo decisório antitruste (Hovenkamp 2008, 104–105). Tais presunções buscam endereçar a impossibilidade prática de se conduzir uma análise completa acerca dos efeitos econômicos de uma prática empresarial específica no contexto de mercado em que ela foi implementada.

A tentativa de realização de uma análise desse tipo, além de gerar custos administrativos enormes, possivelmente levaria a resultados inconclusivos, dado que os impactos exatos de uma conduta empresarial na economia não são normalmente passíveis de definição no âmbito de uma investigação antitruste (Easterbrook 1984, 11). Dessa forma, propostas de uma análise econômica profunda e completa de um caso concreto, que incorpore toda forma de complexidade existente no mercado afetado, tendem a se mostrar contraproducentes, já que podem acabar por inviabilizar o alcance de uma solução para a situação concorrencial analisada em tempo hábil.

O uso de presunções no direito concorrencial mostra-se, assim, ao mesmo tempo útil e necessário para que a implementação do controle de condutas seja exequível e eficiente (Gormsen 2010, 123). Dada a inviabilidade e inutilidade da realização de uma análise global sobre todos os aspectos da prática investigada e do mercado afetado, as autoridades competentes acabam por empregar presunções e filtros para diferenciar entre explicações pró- e anticompetitivas para a conduta examinada (Easterbrook 1984, 9).

Os próximos itens examinam, de forma breve, dois tipos de presunções que são recorrentes na prática e na teoria do direito concorrencial, ressalvando-se, contudo, que uma análise completa sobre o assunto, que se revela extenso e complexo, escapa ao objeto do presente trabalho.

II.2.2. Presunções de poder de mercado e de posição dominante

Questão recorrente enfrentada pelas autoridades de defesa da concorrência, principalmente em investigações de condutas unilaterais, diz respeito à capacidade de a empresa investigada afetar o funcionamento normal do mercado por meio de seus

atos. Essa questão remete à distinção entre danos a concorrentes e danos à concorrência: a pergunta que se coloca é se os atos da empresa investigada são capazes não apenas de causar deslocamentos normais de mercados em prejuízo pontual e aceitável de competidores, mas também aptos a limitar o funcionamento dos mecanismos de concorrência no mercado afetado.

Como visto no item II.1, não fazem parte do âmbito de proteção antitruste danos individuais decorrentes de performances empresariais superiores de concorrentes, que se mostrarem mais eficientes ou inovadores no atendimento dos consumidores. Mesmo danos individuais causados por condutas desleais não despertam a atuação das autoridades antitruste: dado que a defesa da concorrência volta-se primordialmente a garantir o funcionamento adequado dos mercados, praticamente todo tipo de conduta empresarial é tida como lícita em mercados estruturados de forma competitiva (Hovenkamp 2008, 96), nos quais condutas unilaterais são em geral incapazes de impedir que os mecanismos concorrenciais operem da maneira esperada. Por outro lado, várias condutas consideradas comuns e rotineiras em mercados competitivos podem criar problemas concorrenciais sérios quando praticadas em setores econômicos marcados por uma baixa concorrência.

A fim de diferenciar essas duas hipóteses, é estabelecida no direito da concorrência a necessidade de se avaliar a posição detida pela empresa investigada no mercado afetado pela conduta unilateral. Assim, no direito antitruste comunitário, a investigação do potencial anticompetitivo de uma prática unilateral passa necessariamente pela identificação de uma posição dominante por parte do agente econômico investigado (Geradin et al. 2005, 2). De forma semelhante, nos Estados Unidos elemento central de investigações de práticas unilaterais diz respeito ao exame do poder de mercado da empresa responsável pela conduta examinada.

Para além da discussão teórica acerca da definição dos termos posição dominante e poder de mercado, o importante aqui é notar a dificuldade enfrentada pelas autoridades de defesa da concorrência na implementação prática de tais conceitos. Nesse sentido, os conceitos assentados de posição dominante, definido pela Corte Europeia de Justiça como uma situação de força econômica que permite a uma

empresa atuar de forma independente de seus competidores e de seus consumidores,¹⁰ e de poder de mercado, identificado pela Suprema Corte norte-americana como a habilidade de elevar preços acima daqueles que seriam cobrados num mercado competitivo,¹¹ são reconhecidamente pouco informativos para a prática antitruste.

Dada a dificuldade de implementação desses conceitos na análise de casos concretos, firmou-se na prática antitruste um método muito mais simples de aferição da dominância e do poder de mercado das empresas investigadas: o cálculo da participação de mercado por elas detida no mercado afetado. Isto é, diante da inexistência de outras formas mais precisas de avaliação dos níveis de dominância e de poder de mercado a partir das informações usualmente disponíveis, recorre-se a uma alternativa, de mensuração que presume haver uma relação direta entre altas participações de mercados e altos níveis de dominância ou poder de mercado.¹²

Embora as críticas de cunho teórico ao uso das participações de mercado como forma de mensuração do grau de poder de mercado sejam de uma amplitude e de uma solidez singulares,¹³ a identificação de poder de mercado continua hoje a ser realizada em grande parte dos casos por meio da definição dos mercados relevantes afetados e a quantificação percentual das participações neles detidas pela empresa investigada.

Tal fenômeno explica-se pela relativa facilidade de implementação prática da referida metodologia quando contraposta a outras alternativas teóricas imagináveis. Conforme exposto anteriormente, as informações disponíveis em investigações antitruste são em geral limitadas e imperfeitas, sendo recorrente situações em que elementos essenciais ao deslinde do caso são inobserváveis na prática. Nesse cenário informativo marcadamente incompleto, o cálculo de participações de mercado costuma se revelar um exercício passível de ser realizado com razoável precisão, já que os dados necessários para tanto tendem a ser de fácil agregação e análise. Em outras palavras, a inexistência do que poderiam ser consideradas provas diretas da

¹⁰ *Hoffmann La Roche v. Commission*, 85/76, [1979] E.C.R.-46.

¹¹ *Nat'l Collegiate Athletic Ass'n v. Bd. of Regents of Univ. of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 104 S. Ct. 2948, 82 L. Ed. 2d 70 (1984)

¹² Essa presunção pode ser encontrada em diferentes decisões antitruste nos Estados Unidos e da Europa. Por exemplo, no julgamento *AKZO Chemie BV v Commission of the European Communities* (Judgment of the Court (Fifth Chamber) of 3 July 1991, Case C-62/86), afirmou-se que “*a não ser em circunstâncias excepcionais, participações de mercado muito altas são por si só evidências da existência de posição dominante. Esse é o caso quando há uma participação de mercado de 50%.*”

¹³ Para firmes críticas sobre essa presunção, ver (Landes e Posner 1981) (Krattenmaker, Lande, e Salop 1987).

existência de poder de mercado ou de monopólio, recorre-se ao exame da estrutura de mercado para se encontrar evidências circunstanciais que permitam o enfrentamento da questão.¹⁴

Assim, ainda que a presunção que associa a existência de altas participações de mercado com elevados níveis de poder de mercado seja objeto de contundentes e fundamentadas críticas do ponto de vista da teoria econômica, ela continua a ser amplamente utilizada, representando um mecanismo que, como muitos outros no direito da concorrência, constitui uma solução teoricamente imperfeita mas factualmente exequível para o desenvolvimento das investigações de casos concretos.

II.2.3. Presunção da ocorrência de determinadas condutas

Outro problema comum enfrentado em investigações antitruste que é enfrentado por meio do recurso a presunções diz respeito à dificuldade de determinação factual de determinadas práticas, em especial de condutas colusivas.

É nítido na prática concorrencial contemporânea que o combate a acordos ilícitos entre concorrentes constitui preocupação central das autoridades de defesa da concorrência de diferentes jurisdições. Por outro lado, a comprovação direta de acordos explícitos mostra-se cada vez mais intrincada, dado o refinamento das condutas empresariais voltadas ao alcance de situações de mercados colusivas.

Nesse quadro, desenvolveram-se formatos analíticos e probatórios alternativos, voltados a permitir a investigação e a condenação de práticas empresariais mesmo na ausência de evidências diretas da existência de um conluio, o que em geral ocorre por meio do recurso aos chamados “*plus factors*”.

Como explica Kovacic *et al*, *plus factors* são ações e resultados econômicos em mercados oligopolísticos que se mostram inconsistentes com condutas unilaterais ao mesmo tempo que se mostram consistentes com ações coordenadas (Kovacic et al. 2011, 393). Tais fatores voltam-se a permitir, na ausência de provas diretas de um acordo, a diferenciação entre condutas colusivas ilícitas e comportamentos paralelos lícitos por meio do uso de presunções que associam, sob determinadas circunstâncias,

¹⁴ Nesse sentido, ver também o julgamento United States v. Microsoft, 253 F.3d 34, 80.

a ocorrência de determinados eventos com a realização de um acordo entre concorrentes e, por consequência, com a configuração de uma infração.

Assim, em indústrias oligopolísticas, nas quais determinados cenários de mercado podem derivar tanto de ações unilaterais interdependente das empresas como de um acordo ilícito, a constatação de certos fenômenos permitem a conclusão pela existência de um conluio e a condenação das empresas envolvidas mesmo inexistindo qualquer evidência direta do acordo. Dentre os *plus factors* mais utilizados para diferenciar comportamentos paralelos de acordos entre concorrentes, destacam-se (Kovacic et al. 2011, 405–406):

- Ações aparentemente contrárias ao interesse privado das empresas investigadas mas que podem ser explicadas como parte de um plano coletivo;
- Fenômenos que só podem ser explicados racionalmente como resultado de uma ação concertada;
- Evidências de que os investigados criaram oportunidades para comunicação regular;
- Dados da performance da indústria, como lucros extraordinários, que sugerem uma coordenação bem sucedida;
- A ausência de uma racionalidade empresarial legítima para condutas suspeitas.

Vê-se que nenhum desses fatores é, em si mesmo, indicativo da existência de um acordo entre concorrentes. Todavia, dada a reconhecida dificuldade em se comprovar de forma direta a realização de um conluio, o direito antitruste reconhece a possibilidade de que a ocorrência do ilícito seja estabelecida a partir de tais eventos, quando uma determinada situação de mercado não puder ser explicada de forma convincente pela atuação individual das empresas.

Trata-se, assim, de presunções voltadas a superar o problema de indeterminação factual que marca o processo decisório do direito antitruste, garantindo que a efetividade da legislação concorrencial não seja suprimida pela limitação informativa que perpassa muitas investigações antitruste.

II.4. Regra da razão e regra *per se*: uma distinção relativa

Discussão que ilustra bem as questões analisadas nos últimos itens, relativas à necessária construção jurisprudencial de regras de legalidade e métodos analíticos diferenciados e ao amplo uso de presunções no direito concorrencial, diz respeito à antiga controvérsia existente no controle antitruste de condutas sobre o uso das chamadas regra da razão e regra *per se*.

Apesar de existente há quase um século, o debate acerca da regra *per se* e da regra da razão continua a despertar grande atenção na literatura especializada. Também persistem algumas incompreensões acerca do tema. Como observa Krattenmaker, a principal delas diz respeito à compreensão dessas regras como identificadoras de duas categorias distintas de ilícitos concorrenciais, isto é, como se houvesse um tipo específico de ilícito *per se* diferente dos outros tipos de ilícito que seriam analisados pela regra da razão (Krattenmaker 1988, 165).

Conforme se analisará no capítulo III, essa incompreensão, que hoje parece superada na defesa da concorrência nos Estados Unidos, ainda repercute nos debates concorrenciais no direito brasileiro,¹⁵ razão pela qual é importante compreender melhor a origem e as características da diferenciação entre regra da razão e regra *per se*.

II.4.1. Origem

A primeira observação necessária acerca do tema é que a distinção entre regra da razão e regra *per se* nunca foi elaborada no campo legislativo e deriva exclusivamente da elaboração jurisprudencial das cortes norte-americanas (Hovenkamp 2008, 117), em particular de decisões da Suprema Corte (Christiansen e Kerber 2005, 5).

A primeira referência à regra da razão em um julgado da Suprema Corte norte-americana data de 1911 no julgamento de um caso de monopolização contra a *Standard Oil*,¹⁶ mas a sua elaboração mais conhecida veio a ser dada em 1918 no julgamento do caso *Chicago Board of Trade* (Kaplow e Shapiro 2007, 54):

¹⁵ Ver o item III.1.3 *infra*.

¹⁶ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

O verdadeiro teste de legalidade é se a restrição imposta meramente regula e dessa forma talvez promova a competição ou se ela é de tal forma que pode suprimir ou destruir a concorrência. Para definir essa questão, a corte deve considerar os fatos peculiares ao setor em que a restrição é imposta; sua condição antes e depois da imposição da restrição; a natureza da restrição e seus efeitos, reais e prováveis. A história da restrição, o mal possivelmente existente, a razão para se adotar aquela medida particular, o propósito ou o fim que se buscou atingir são todos fatos relevantes.¹⁷

Com tal proposição, a Suprema Corte buscava esclarecer que nem toda restrição ao comércio configurava um ilícito antitruste, como uma leitura apressada do *Sherman Act* poderia indicar. Ao mesmo tempo, procurava-se afirmar um critério mais claro para diferenciação entre condutas lícitas e ilícitas, critério este que não estava previsto em nenhum ato legislativo.

Todavia, a natureza aberta da investigação antitruste proposta pela Suprema Corte gradualmente revelou-se contraproducente, representando um obstáculo à aplicação das normas antitruste (Christiansen e Kerber 5), dada a necessidade de uma análise profunda de uma série de variáveis (características do setor econômico afetado, histórico da conduta, efeitos reais e possíveis etc.) antes da conclusão pela existência ou não da infração concorrencial. Como a regra da razão formulada no caso *Chicago Board of Trade* levava a uma investigação aberta e indeterminada que muitas vezes terminava por eximir as empresas acusadas, passou a ser recorrente na literatura antitruste norte-americana a demanda por regras probatórias mais simples (Kovacic e Shapiro 1999, 9).

A resposta da Suprema Corte a tal demanda deu-se pelo desenvolvimento progressivo de uma série de regras que permitiam a caracterização de determinados tipos de conduta como ilegais sem a necessidade de uma análise mais detalhada (Tom e Pak, 393). Já em 1929, no julgamento do caso *Trenton Potteries*, a Corte afirmou que acordos de preços entre concorrentes constituíam, por si só, ilícitos concorrenciais, sendo desnecessário que o governo provasse que os preços acordados não eram razoáveis:¹⁸

O objetivo e o resultado de todo acordo de fixação de preços, quando efetivo, é a eliminação de uma forma de competição. O poder de fixar preços, quer seja exercido

¹⁷ Board of Trade of City of Chicago v. United States, 246 U.S. 231 (1918).

¹⁸ United States v. Trenton Potteries Co., 273 U.S. 392 (1927).

razoavelmente ou não, envolve o poder de controlar o mercado e de fixar preços arbitrários e desarrazoados. (...) Acordos que criem esse poder potencial podem certamente ser considerados, por si mesmos, restrições desarrazoadas ou ilegais sem a necessidade de qualquer apuração se um determinado preço é razoável ou não (...) Além do mais, na ausência de previsão legislativa expressa, não é recomendável adotar a uma construção que diferencie entre condutas lícitas e ilícitas com base num teste tão incerto quanto o referente à razoabilidade de preços, questão esta que só pode ser definida de forma satisfatória após uma completa análise da organização econômica e uma escolha entre filosofias rivais.

Em 1940, ao decidir o caso *Socony-Vacuum Oil*, a Suprema Corte declarou a ilicitude *per se* de acordos destinados a fixar preços no comércio interestadual, ressaltando que nesse tipo de investigação era inaceitável a oposição de defesas relacionadas a possíveis benefícios oriundos do acordo.¹⁹ Alguns anos depois, no julgamento do caso *Northern Pacific*,²⁰ a Corte reafirmou o princípio da irrazoabilidade *per se*, observando que determinadas práticas impactavam a concorrência de forma tão perniciosa que podiam ser consideradas ilegais sem uma investigação elaborada acerca do dano exato causado ou das possíveis explicações empresariais para sua implementação.

A análise da origem jurisprudencial da regra da razão e da regra *per se* demonstra que elas não representam dois tipos distintos de infrações concorrenciais, mas apenas formatos de análise e de decisão diferentes para constatação do ilícito antitruste. A diferenciação entre as duas regras não diz respeito a definições distintas do conceito de infração concorrencial (Krattenmaker 1988, 165), mas à estruturação jurisprudencial de *standards* analíticos e probatórios adequados para o exame dos vários tipos de práticas empresariais submetidas ao escrutínio das autoridades antitruste. Em outras palavras, apesar das razões de fundo que justificam a condenação de uma prática empresarial serem as mesmas independentemente da natureza da conduta, não é necessário que haja sempre a comprovação plena de todos os elementos configuradores do ilícito concorrencial, o que se mostraria extremamente complicado e custoso (Hovenkamp 2008, 104).

Como já observou a Suprema Corte norte-americana, a regra *per se* nada mais representa do que uma forma simplificada de constatação do ilícito antitruste, que

¹⁹ United States v. Socony-Vacuum Oil Co., Inc., 310 U.S. 150 (1940)

²⁰ Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958)

permite dispensar várias etapas da análise concorrencial em geral necessárias em uma investigação conduzida sob a regra da razão:

O princípio da irrazoabilidade *per se* não apenas torna mais certo o tipo de restrições proibido pelo Sherman Act, em benefício de todos os afetados, como também torna desnecessária uma investigação econômica extremamente complicada e prolongada acerca de toda a história da indústria envolvida, assim como de indústrias relacionadas, numa tentativa de determinar se uma dada restrição é irrazoável – uma investigação que se mostra tantas vezes infrutífera quando realizada.²¹

Conforme nota Easterbrook, o método de análise *per se* responde aos altos custos de informação e de litigância existentes na esfera antitruste (Easterbrook 1984, 10). A tomada de decisões no controle concorrencial de condutas tende a ser realizada em um ambiente de forte limitação informacional, sendo que vários dos elementos necessários para uma conclusão segura acerca dos efeitos da prática são de difícil e custosa aferição.²² Nesse contexto, a complexidade e a amplitude das investigações antitruste tendem a favorecer as empresas acusadas (Hovenkamp 2008, 8).

A criação e a aplicação de regras *per se* possibilitam a condenação de determinadas práticas empresariais sem que seja necessária uma investigação por demais extensa das particularidades do caso concreto, o que prejudicaria a repressão a condutas sabidamente anticompetitivas. Obviamente, a criação de tais regras depende tanto de uma forte convicção teórica acerca dos efeitos perniciosos associados a determinadas categorias de condutas (Heyer 2005, 19), quanto da existência de uma certa experiência analítica das autoridades antitruste com as condutas rotuladas como infrações *per se*. Nesse sentido, a própria Suprema Corte norte-americana já observou que “apenas após considerável experiência com certas relações empresariais as cortes podem classificá-las como violações *per se*.”²³ Dessa forma, a criação e o desenvolvimento judicial de regras de análise *per se* são informados diretamente pela experiência judicial com determinada prática empresarial e pelo grau de conhecimento existente sobre os efeitos da conduta analisada (Hovenkamp 2008, 117).

²¹ Northern Pacific R. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958)

²² Sobre o assunto, ver item I.3.

²³ Broad. Music, Inc. v. Columbia Broad. Sys., Inc., 441 U.S. 1 (1979)

II.4.2. Características

Estabelecido que a diferenciação entre regra da razão e regra *per se* diz respeito tão somente a formatos analíticos distintos no controle de condutas antitruste – e não a tipos diferentes de infrações concorrenciais – convém examinar quais são as especificidades em geral associadas a cada um desses modos de análise.

De uma forma geral, pode-se afirmar que a regra *per se* consiste num agregado de presunções e atalhos probatórios voltados a reduzir os altos custos administrativos e as incertezas existentes em investigações antitruste (Hovenkamp 2008, 56 e 104). Dado que a criação da regra *per se* justifica-se justamente pela necessidade de se facilitar a condenação de determinadas categorias de práticas empresariais, que a experiência das autoridades antitruste indica como altamente lesivas aos bens protegidos pelo direito concorrencial, sua aplicação a casos concretos tem por principal efeito a redução das possibilidades de defesa que são colocadas à disposição do agente econômico investigado (Krattenmaker 1988, 165). Como afirmam Christiansen e Kerber (Christiansen e Kerber 2005, 4), o ponto decisivo na aplicação da regra *per se* é que os argumentos de defesa disponíveis para as empresas são estritamente limitados.

A simplificação probatória e processual trazida pelo uso de regras *per se* em investigações antitruste se faz sentir na supressão de algumas etapas de análise que em geral devem ser empreendidas antes que se conclua pela configuração da infração antitruste. Em primeiro lugar, regras *per se* dispensam um exame específico acerca do nível de poder de mercado do agente investigado (Kaplou e Shapiro 2007, 2). Elas também tornam desnecessária uma análise detalhada do efetivo impacto da conduta investigada sobre o mercado, sendo dispensável a comprovação de aumentos de preços ou de reduções na oferta diretamente decorrentes da prática empresarial (Anderson, Bolema, e Geckil 2007, 1). Além disso, a análise *per se* permite a rejeição sumária de possíveis explicações ou justificativas oferecidas pelas empresas investigadas para a implementação da conduta investigada (Krattenmaker 1988, 172).

Dessa forma, a aplicação da regra *per se* diminui consideravelmente o ônus probatório necessário para a configuração de uma infração concorrencial, ao mesmo tempo em que limita de forma significativa as hipóteses de defesa passíveis de serem

utilizadas pela empresa investigada. Conforme observa Hovenkamp, afirmar que uma conduta como a fixação conjunta de preços entre concorrentes constitui um “ilícito *per se*” indica que, uma vez comprovada sua implementação e identificada a autoria, é possível concluir-se pela configuração da infração antitruste sem se avaliar se o acordo foi ou não rentável no mercado afetado, se a conduta foi ou não exitosa e prejudicou os consumidores, e se havia alguma justificativa circunstancial que autorizasse a realização da conduta (Hovenkamp 2008, 114) .

Mais uma vez, é válido ressaltar que a aplicação da regra *per se* na análise de uma determinada categoria de conduta em nenhum momento significa que a condenação desse tipo de prática empresarial independa da existência de poder de mercado por parte dos agentes investigados ou de potencialidade lesiva em relação aos bens tutelados pelo direito concorrencial. Como exposto anteriormente, os pressupostos para configuração do ilícito concorrencial são os mesmo independentemente do formato analítico utilizado na investigação e no processo decisório antitruste, e a função das regras *per se* é simplesmente permitir uma caminho probatório e processual mais curto e simples para que reste caracterizada a infração concorrencial.

III. O controle de condutas anticompetitivas no direito brasileiro

A aprovação da Lei n. 8.884/94 é um marco na evolução do controle de condutas anticompetitivas no direito brasileiro. Apesar da repressão ao abuso do poder econômico já estar prevista no ordenamento nacional há muitas décadas, a Lei n. 8.884/94 trouxe uma série de inovações que permitiram um desenvolvimento sem precedentes no combate a práticas anticompetitivas na ordem econômica brasileira. O núcleo normativo do controle antitruste de condutas criado pela Lei n. 8.884/94 continua hoje em grande parte existente, apesar da sua revogação pela Lei n. 12.529/11, que é atualmente o diploma que disciplina as atividades do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC na prevenção e na repressão às infrações contra a ordem econômica.

O presente capítulo volta-se a examinar a estrutura legal do controle antitruste de condutas desenhada pelo legislador nacional a partir da edição da Lei n. 8.884/94, em particular em seus artigos 20 e 21.

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo CADE para setores específicos da economia. ([Redação dada pela Lei nº 9.069, de 29.6.95](#))

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica; ([Revogado pela Lei nº 12.529, de 2011](#)).

I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

(...)

Essa estrutura legal continua hoje vigente, já que a Lei n. 12.529/11 reproduziu, em seu artigo 36, grande parte das previsões constantes dos artigos 20 e 21 da Lei n. 8.884/94:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros; e

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

§ 3º As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no caput deste artigo e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica:

I - acordar, combinar, manipular ou ajustar com concorrente, sob qualquer forma:

a) os preços de bens ou serviços ofertados individualmente;

b) a produção ou a comercialização de uma quantidade restrita ou limitada de bens ou a prestação de um número, volume ou frequência restrita ou limitada de serviços;

c) a divisão de partes ou segmentos de um mercado atual ou potencial de bens ou serviços, mediante, dentre outros, a distribuição de clientes, fornecedores, regiões ou períodos;

d) preços, condições, vantagens ou abstenção em licitação pública;

II - promover, obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;

IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;

(...)

A estrutura legal construída pelo legislador nacional para o controle antitruste de condutas revela uma série de particularidades quando contraposta a outras esferas do direito sancionador estatal.

Em primeiro lugar, chama atenção o enorme grau de abrangência conferido aos dispositivos legais definidores da infração à ordem econômica. Tanto o artigo 20 da Lei n. 8.884/94 quanto o artigo 36 da Lei n. 12.529/11 expressamente alcançam qualquer ato praticado no mercado, independentemente da forma por ele assumida. Além do mais, nenhum dos dois diplomas criou qualquer hipótese de imunidade antitruste a algum setor da economia, estabelecendo, ao revés, um amplo espaço de incidência para o controle antitruste, conforme se extrai do artigo 15 da Lei n.

8.884/94²⁴ e do artigo 31 da Lei n. 12.529/11²⁵, que previram a aplicação dos respectivos diplomas a pessoas físicas ou jurídicas de direito público, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

A previsão de um amplíssimo espectro de incidência para os dispositivos definidores do conceito de infração à ordem econômica vem desacompanhada de uma indicação legal precisa acerca dos elementos configuradores do ilícito antitruste. Com efeito, uma das características mais evidentes da técnica legislativa empregada na disciplina do controle antitruste de condutas no Brasil diz respeito à indeterminação no que toca à definição dos requisitos que caracterizam uma determinada prática empresarial como uma infração concorrencial (Schuartz 2002, 97).

Além de se destacarem pela amplitude de abrangência e por sua indeterminação, os dispositivos legais relativos à configuração da infração à ordem econômica também se caracterizam pela previsão expressa acerca da prescindibilidade de culpa por parte do agente econômico para a caracterização do ilícito. Dessa forma, estabelece-se uma espécie de responsabilidade objetiva no direito antitruste sancionador.

Por fim, chama atenção, na estrutura legal do controle antitruste de condutas no direito brasileiro, a previsão de que a configuração do ilícito concorrencial independe da efetiva produção de efeitos por parte da prática investigada. Como resta claro da redação do artigo 20 da Lei n. 8.884/94 e do artigo 36 da Lei n. 12.529/11, não é necessário que os efeitos de uma conduta sejam alcançados para que ela caracterize uma infração à ordem econômica, bastando para isso a constatação de uma potencialidade anticompetitiva.

A combinação desses elementos – abrangência e indeterminação dos dispositivos que definem a infração à ordem econômica, responsabilidade objetiva e mera potencialidade lesiva como elemento suficiente para configuração do ilícito –

²⁴ Lei n. 8.884/94, art. 15. Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

²⁵ Lei n. 12.529/11, art. 31. Esta Lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal.

cria uma forma bastante peculiar de responsabilização no âmbito do direito antitruste, que se afasta consideravelmente da base normativa encontrada em outras esferas do direito estatal sancionador.

Tradicionalmente, a incidência do *jus puniendi* estatal sobre uma determinada conduta depende da observância de vários princípios, tais como o princípio da culpabilidade, da tipicidade, da evitabilidade, da causalidade, dentre outros. Essa base principiológica volta-se a construir um sistema persecutório de caráter garantista, que respeite parâmetros básicos de racionalidade e legitimidade, vedando, por outro lado, o exercício arbitrário do poder estatal sobre a esfera de liberdade privada.

O presente capítulo volta-se a apresentar e analisar as marcantes diferenças entre a estrutura legal do controle de condutas estabelecida na Lei n. 8.884/94 e na Lei n. 12.529/11 e o modelo tradicional de direito sancionador estatal.

No item III.1, examinam-se três opções normativas realizadas pelo legislador de 1994 e mantidas na Lei 12.529/2011 que, ao mesmo tempo que se mostram essenciais para a evolução recente do controle de condutas anticompetitivas no direito brasileiro, representam inegável distanciamento de certos princípios do direito sancionador. A primeira dessas opções é a inexistência de um rol fechado de tipos de infração à ordem econômica, restando patente a escolha legislativa por uma técnica flexível de normatização que permita a responsabilização dos agentes econômicos por qualquer tipo de conduta que coloque em risco a integridade da ordem concorrencial. A seguir, examina-se a opção legislativa pelo estabelecimento de uma forma de responsabilidade objetiva no campo concorrencial, que torna desnecessária a comprovação de culpa dos agentes econômicos para configuração da infração antitruste. Por fim, são avaliadas as consequências da previsão, constante tanto na Lei n. 8.884/1994 quanto na Lei 12.529/2011, que mesmo práticas empresariais que não tenham gerado efeitos negativos sobre o mercado podem constituir um ilícito concorrencial.

O item III.3 propõe-se que o artigo 36 da Lei 12.529/2011 é melhor compreendido enquanto previsão-quadro (“*framework provision*”), caracterizada pela indefinição conceitual e abertura terminológica.

No item III.4, afirma-se que a estrutura normativa construída pelo legislador nacional posiciona o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE no centro da definição da legalidade concorrencial no direito brasileiro.

III.1. Opções normativas do legislador brasileiro

III.1.1. Tipicidade aberta

Um dos princípios mais caros ao direito punitivo estatal diz respeito ao princípio da tipicidade. Visualizado como um corolário do princípio da legalidade e como uma forma específica do princípio da segurança jurídica (Torres 2006, 1), a tipicidade busca garantir para os agentes privados a previsibilidade sobre as hipóteses fáticas de incidência do *jus puniendi* estatal.

Ao exigir que a imposição de uma sanção por parte do Estado seja precedida de previsão legal anterior específica que qualifique um determinado comportamento como antijurídico, o princípio da tipicidade permite que os jurisdicionados conheçam de antemão o conteúdo das proibições legais, conferindo-lhes a opção de comportar-se ou não em conformidade com o mandamento legal (Osório 2011, 221–222).

O princípio da tipicidade é de notória relevância para o sistema de repressão penal, sendo reconhecido que o “*tipo penal é um instrumento legal, logicamente necessário e de natureza predominantemente descritiva, que tem por função a individualização de condutas humanas penalmente relevantes*” (Zaffaroni e Pierangeli, 421). A tipicidade representa, portanto, clara e necessária limitação do poder punitivo estatal na esfera penal, de forma a permitir que tal poder seja direcionado apenas a comportamentos que se enquadrem, tanto do ponto de vista formal quanto do material (Greco 2009, 161–162), nos estritos limites da delimitação legal previamente estabelecida em lei.

Ainda que com menor intensidade e rigor, a noção de tipicidade também se faz presente no âmbito do direito administrativo sancionador. Apesar de existirem posicionamentos no sentido da inaplicabilidade do princípio da tipicidade na esfera administrativa, decorrente de uma suposta discricionariedade da Administração no

exercício do seu poder disciplinar,²⁶ parte significativa da doutrina contemporânea afirma que também no direito administrativo sancionador se fazem sentir os efeitos do princípio da tipicidade. Nesse sentido, é a lição de Marçal Justen Filho (Justen Filho 2010, 474):

Inexiste discricionariedade para imposição de sanções, inclusive quando se tratar de responsabilidade administrativa. A ausência de discricionariedade se refere, especialmente, aos pressupostos de imposição da sanção. Não basta a simples previsão legal da existência da sanção. O princípio da legalidade exige a descrição da ‘hipótese de incidência’ da sanção. A expressão, usualmente utilizada no campo tributário, indica o aspecto da norma que define o pressuposto da aplicação do mandamento normativo. A imposição de sanções administrativas depende da previsão tanto da hipótese de incidência quanto da consequência. A definição deverá verificar-se através da lei (...)

De forma mais específica, Fábio Medina Osório afirma que os tipos administrativos devem ser claros e suficientemente densos, de forma a proporcionar um mínimo de previsibilidade quanto a seu conteúdo, ressaltando que a ausência de tal previsibilidade pode representar ofensa à legalidade e à tipicidade, princípios constitucionais imanentes ao exercício do direito punitivo (Osório 2011, 221–222).

Visualizada a partir desse entendimento, a redação do artigo 36 da Lei n. 12.529/11 –assim como a dos antigos artigos 20 e 21 da Lei n. 8.884/94 – não deixa de causar certo espanto. A leitura do referido dispositivo indica de forma clara que as práticas enunciadas no §3º só caracterizam infração da ordem econômica na medida em que configurarem uma das hipóteses previstas no caput do artigo 36 e de seus incisos.

Ocorre, todavia, que o texto do caput do artigo 36 e de seus incisos é pouquíssimo informativo acerca de quais condutas não são permitidas no direito concorrencial brasileiro. Com efeito, uma das características mais marcantes da redação dos referidos dispositivos diz respeito ao alto grau de indeterminação acerca das condições caracterizadoras da infração à ordem econômica (Schwartz 2002, 97). É de se notar também a aparente redundância de determinados incisos (Bruna 1997,

²⁶ José Cretella Júnior, por exemplo, afirma que: “A falta disciplinar é atípica; a infração penal é típica. (...) O poder disciplinar é, em tese, discricionário. Não vinculam os pressupostos de antecedência da lei na determinação da falta ou da sanção. Não se aplica à instância administrativa o princípio da reserva legal que domina, regularmente, a doutrina em lei penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*).” (Cretella Júnior, 79–80)

112). Além do mais, é evidente do texto legal que o rol de condutas previsto no artigo 36, 3º é meramente enunciativo, uma vez que também outras práticas empresariais podem configurar uma infração à ordem econômica, na medida em que preencherem a hipótese do caput.

Diante de tais previsões legais, resta clara a dificuldade de se falar em alguma forma de tipicidade no direito concorrencial repressivo, dada a inexistência, na Lei n. 12.529/11, de uma delimitação minimamente precisa e densa dos comportamentos por ela proibidos. As condutas descritas no artigo 36, 3º podem ou não caracterizar uma infração antitruste, a depender do preenchimento no caso concreto das indeterminadas e abrangentes condições estabelecidas no caput do referido artigo. Por outro lado, como o rol de condutas anticompetitivas não é taxativo, tem-se que qualquer prática empresarial pode vir a configurar um ilícito antitruste. Assim, a técnica legislativa empregada na redação do artigo 36 da Lei n. 12.529/11 claramente não permite ao intérprete, a partir de uma simples leitura do texto legal, reconhecer quais comportamentos lhe são vedados na seara antitruste.

Todavia, antes de se condenar a previsão do artigo 36 da Lei n. 12.529/11 como inadequada por fugir aos padrões de previsibilidade geralmente exigidos das normas estruturadoras do direito sancionador, é de se recordar as especificidades que cercam o controle antitruste de condutas.

Como analisado no item II.1, o desenvolvimento do controle de condutas depende de um intrincado processo de diferenciação entre práticas empresariais normais e práticas anticompetitivas. Em primeiro lugar, grande parte das condutas capazes de restringir a concorrência de forma indevida são praticamente indistinguíveis de atos comuns realizados por empresas no curso normal de seus negócios. Estratégias predatórias de precificação não são, numa primeira análise, diferentes de uma política pró-competitiva de redução de preços. Condutas de fechamento de mercado por meio de contratos de exclusividade tendem a ser de difícil identificação dentre as inúmeras relações contratuais com fins legítimos existentes na economia.

Também deve-se notar que a identificação de prática anticompetitivas é tarefa que normalmente passa pelo exame circunstancial do mercado afetado. Condutas que

se revelam normais quando praticadas em mercados competitivos e fragmentados podem gerar sérios problemas concorrenciais se implementadas por uma empresa dominante num determinado setor da economia.

Por fim, não se pode olvidar o fato que são inúmeras as formas e as espécies de restrições ilícitas à concorrência. A evolução natural das economias de mercado é caracterizada pela criação constante de formas inovadoras de organização empresarial, que por sua vez tendem a gerar novos desafios à concorrência.

Num cenário marcado pela dificuldade de diferenciação apriorística entre condutas lícitas e ilícitas, pela necessidade de exame circunstancial das características do mercado afetado para que se alcance uma conclusão acerca da licitude da prática, e pela infinidade e constante surgimento de novas condutas com potencial anticompetitivo, a ausência de uma tipicidade fechada no âmbito do controle antitruste de condutas mostra-se não apenas justificada como também necessária. Com efeito, a criação de um rol taxativo de hipóteses determinadas e precisas de infração à ordem econômica poderia levar, ao mesmo tempo, à absolvição de condutas anticompetitivas (no caso de novas práticas ainda não incluídas no rol legal) e à condenação de práticas pró-competitivas (no caso de práticas previstas no rol mas incapazes de impactar, na situação concreta, a concorrência), não contribuindo em absoluto para a construção de um sistema repressivo mais preciso e legítimo.

Dessa forma, parece acertada a opção do legislador nacional por uma técnica flexível de conceituação da infração à ordem econômica, que permite que os contornos do ilícito sejam constantemente amoldados às novas e específicas realidades da economia sem a necessidade de recurso à via legislativa. É de se ressaltar também que tal opção em nada difere das soluções legislativas encontradas para fundamentar o controle de condutas nos Estados Unidos e na Europa, que – como já analisado no item I.1 – também são marcadas pela flexibilidade, indeterminação e abrangência.

III.1.2. Responsabilidade objetiva: ausência do requisito de culpabilidade

Outro pilar tradicional do direito punitivo estatal que é afastado no âmbito do direito antitruste repressivo refere-se ao conceito de culpabilidade, o que gera fortes e recorrentes críticas à previsão da lei antitruste que dispensa o elemento da culpabilidade para configuração da infração à ordem econômica, existente tanto na Lei n. 8.884/94 quanto na Lei n. 12.529/11.

Como observa Gilberto (Gilberto 2008, 274):

Não são poucos os autores para os quais a redação de tal dispositivo da Lei Antitruste é inconstitucional, pois deveria ser transportado ao direito administrativo sancionador, em geral, o princípio da culpabilidade (normalmente mais aplicado ao direito penal, e que veda a imposição da sanção caso não exista dolo ou culpa *stricto sensu*).

Realmente, é bastante difundida na doutrina nacional a ideia de que o estabelecimento, por parte do legislador ordinário, de ilícitos administrativos cuja caracterização independa da análise da culpabilidade contrariaria o texto constitucional de 1988. Para tal linha de pensamento, o dolo ou a culpa do agente seriam pressupostos de existência do ilícito administrativo (Vitta 2003, 44), o que impediria a previsão legal de qualquer espécie de responsabilidade objetiva no campo do direito administrativo sancionador, devendo sempre existir a demonstração de uma ação culposa para que reste configurada a infração (Nobre Junior 2000, 141).

Mesmo autores que admitem uma certa flexibilização do princípio da culpabilidade quando os agentes investigados forem pessoas jurídicas, insistem na importância do conceito de culpa para a configuração dos ilícitos administrativos, como se depreende da conclusão da extensa tese de Fábio Medina Osório acerca do direito administrativo sancionador (Osório 2011, 358):

Culpabilidade é uma exigência inarredável, para as pessoas físicas ou mesmo jurídicas, decorrente da fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e das sanções, sendo imprescindível uma análise da subjetividade do autor do fato ilícito, quando se trate de pessoa humana, e da exigibilidade de conduta diversa, além da intencionalidade perceptível ou previsibilidade do resultado danoso, quando se trate de pessoa jurídica.

No campo antitruste, essa argumentação é reforçada por uma interpretação literal do artigo 173, § 4º da Constituição de 1988²⁷, segundo a qual a repressão do abuso de poder econômico só poderia ocorrer em relação a atos que visem à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. De acordo com tal visão, infrações concorrenciais seriam necessariamente caracterizadas pela presença de um elemento volitivo por parte dos agentes econômicos e a previsão da responsabilidade objetiva no campo antitruste pelo legislador ordinário representaria violação ao texto constitucional.

Exemplo de tal interpretação pode ser encontrada na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIN) nº 1094-8 /DF, ajuizada pela Confederação Nacional da Indústria – CNI para questionar a compatibilidade de vários dispositivos da Lei nº 8.884/84 com a Constituição Federal de 1988 (CF-88).

Na referida ação, argumentou a CNI que a expressão “*independentemente de culpa*” por contrariaria o art. 173 da Constituição de 1988 ao estabelecer uma espécie de responsabilização objetiva no âmbito do direito brasileiro da concorrência. Segundo a autora, o texto constitucional não admitiria tal previsão em lei ordinária, uma vez que a repressão ao abuso do poder econômico se voltaria apenas aos atos abusivos de poder econômico voltados à dominação de mercado, isto é, praticados com o intuito de eliminar a concorrência. Tal previsão constitucional impediria que o legislador criasse uma forma de responsabilização que desconsiderasse a culpa como elemento intrínseco da configuração da infração à ordem econômica. Na visão da autora, o Poder Público estaria na verdade “*tentando impedir o livre exercício da atividade empresarial por aquele punido pelo abuso, levando, pois, à ruína a empresa, vale dizer, o empresário e o trabalhador.*”

Uma análise mais profunda do desenvolvimento histórico da defesa da concorrência mostra, todavia, que a exigência da comprovação de culpabilidade para configuração da infração à ordem econômica está em completo descompasso com os fundamentos do direito antitruste, atentando contra as próprias raízes do controle de condutas.

²⁷ CF, art. 173, § 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros

O surgimento das legislações de defesa da concorrência representou uma resposta do sistema político ao fenômeno da forte concentração de poder econômico nas mãos de agentes econômicos privados iniciado no século XIX e consolidado ao longo do século XX. Como observa Amato, o surgimento do direito antitruste está intimamente relacionada à emergência da figura da empresa como forma de expressão de um poder privado até então desconhecido (Amato 1997, 2). Apesar da questão sobre os objetivos visados pelos diplomas antitruste ser altamente controversa, é certo que sua criação não se direcionou à correção de comportamentos empresariais antiéticos ou enganosos (Hovenkamp 2008, 96), até porque outras leis anteriores já possibilitavam a punição desse tipo conduta.

Nesse cenário, não é de se estranhar que o desenvolvimento da defesa da concorrência tenha se dado em grande medida por meio da diferenciação entre danos individuais suportados por agentes do mercado e danos de uma ordem mais difusa, relacionados à estrutura concorrencial do mercado, sendo que apenas estes últimos ensejariam o acionamento do controle antitruste de condutas, conforme analisado no item II.1. Isto é, diferentemente de conceitos do direito privado tradicional – como, por exemplo, a noção de concorrência desleal – que tratavam de prejuízos causados por práticas empresariais enganosas a agentes privados, o direito da concorrência voltou-se, desde a sua origem, a endereçar problemas de natureza mais ampla e difusa, referentes ao adequado funcionamento dos mecanismos competitivos do mercado.

Dessa forma, as preocupações que fundamentam a intervenção antitruste dizem respeito principalmente ao possível impacto restritivo que determinadas condutas empresariais podem ter sobre a dinâmica concorrencial dos mercados. Por outro lado, questões relativas à subjetividade, intencionalidade ou culpabilidade do autor da conduta são, do ponto de vista do direito antitruste, claramente secundárias quando não irrelevantes. Tal característica do direito antitruste é facilmente perceptível na prática das autoridades responsáveis pela implementação das legislações de defesa da concorrência, cujas atividades se voltam em grande parte a examinar as condições específicas do mercado em que ocorreu a conduta investigada e a posição econômica da empresa responsável pela sua implementação, de forma a permitir uma visualização mais nítida dos possíveis efeitos causados pela prática examinada sobre a estrutura concorrencial do mercado.

A aplicação de conceitos como mercado relevante, poder de mercado e posição dominante, que fundamentam parte essencial das investigações antitruste no âmbito do controle de condutas, procura justamente instrumentalizar a distinção entre práticas empresariais que possuem potencial de impactar negativamente a concorrência das práticas que, dadas as condições do mercado afetado, se revelam incapazes de prejudicar o funcionamento da ordem concorrencial.

A importância de tais conceitos para a análise antitruste é reveladora de que o problema central endereçado pelo direito concorrencial diz respeito aos efeitos que práticas empresariais podem ter sobre a concorrência, e não à moralidade dos atos e condutas praticados no mercado (Hovenkamp 2008, 50–51) ou a à culpabilidade dos agentes econômicos por eles responsáveis. Tal característica pode ser facilmente percebida tanto no direito antitruste europeu quanto no americano.

No direito europeu, é assentado que a intenção subjetiva e a consciência da ilicitude são irrelevantes quando determinada conduta configura em si mesma um abuso de posição dominante, sendo certo que a configuração da infração antitruste independe da constatação de culpa (Gormsen 2010, 134). Nesse sentido, a decisão da Corte de Justiça no caso *Hoffmann-La Roche*²⁸ é clara ao definir o abuso de posição dominante como um “conceito objetivo”, analisado a partir do efeito da conduta da empresa investigada sobre a estrutura do mercado.

Nos Estados Unidos, por sua vez, a Suprema Corte possui jurisprudência firme no sentido de que processos antitruste devem se fundamentar em prejuízos causados ao mercado, e não em exclusões injustas ou maliciosas (Fox 2002, 382). Tal posição deriva do reconhecido fato que a defesa da concorrência não se volta a indagar acerca do dolo ou da culpa dos atos praticados por empresas, mas sim a intervir nos mercados para torná-los mais competitivos (Hovenkamp 2008, 7).

Nesse contexto, resta justificada a opção pela responsabilidade objetiva no direito antitruste brasileiro, que torna desnecessária a perquirição acerca do dolo e da culpa dos agentes econômicos na condução de suas atividades empresariais, que claramente representam questões secundárias para os fins buscados pela defesa da concorrência.

²⁸ *Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission of the European Communities.*, Judgment of the Court of 13 February 1979

III.1.3. A (des)importância do alcance dos efeitos anticompetitivos para configuração do ilícito

Previsão que também chama atenção na formatação legal do controle de condutas no direito brasileiro diz respeito à desnecessidade de produção efetiva de efeitos para que reste configurada uma infração à ordem econômica. Tanto o artigo 20 da Lei n. 8.884/94 quanto o artigo 36 da Lei n. 12.529/11 são claros ao prever que não é necessário que os efeitos de uma determinada conduta sejam alcançados para que ele caracteriza um ilícito antitruste. Tal previsão, que claramente afasta a infração antitruste dos chamados ilícitos de resultado, representa um dos aspectos da legislação antitruste brasileira mais incompreendido pela doutrina.

A interpretação de tal previsão levou à construção de uma posição, hoje já bastante difundida na doutrina concorrencial brasileira, de que o legislador nacional teria, na redação do art. 20 da Lei n. 8.884/94, consagrado a regra da razão como forma de análise e julgamento das condutas submetidas ao escrutínio do controle de condutas. Nesse sentido, afirma tal linha de pensamento, o direito antitruste brasileiro não aceitaria, desde a edição da Lei n. 8.884/94, o uso da regra *per se*.

Tal posicionamento pode ser visualizado, por exemplo, nos ensinamentos de Calixto Salomão Filho (Filho 2003, 263):

É hoje conclusão pacífica e resultado adquirido do Direito Brasileiro o não-tratamento de qualquer conduta como um ilícito *per se*. Todas estão sujeitas a algum critério de racionalidade que as possa vincular à produção de algum efeito. Essa concepção foi consagrada na lei brasileira pela correlação necessária imposta pelo art. 20 da lei concorrencial brasileira entre as condutas descritas no art. 21 e os efeitos descritos no art. 20.

Como se depreende da passagem citada, a alegada rejeição da regra *per se* pelo legislador brasileiro derivaria do estabelecimento, pelo art. 20 da Lei n. 8.884/94, da necessidade de demonstração de uma potencialidade lesiva da conduta investigada para que esta configure uma infração concorrencial. Assim, parece-se indicar que o tratamento de condutas como ilícito *per se* dispensaria, nas palavras do autor, a elaboração de algum critério de racionalidade que vincule a conduta investigada à produção de efeitos anticompetitivos.

Em outras palavras, tal linha de argumentação sugere que a dualidade entre regra *per se* e regra da razão referir-se-ia a duas categorias de ilícito concorrencial de naturezas distintas: uma que independeria da produção de efeitos anticompetitivos para sua configuração e outra cuja caracterização passaria necessariamente pela comprovação dos efeitos lesivos da conduta sobre a ordem concorrencial. Nesse quadro, a redação dos artigos 20 e 21 da Lei . 8.884/94, que é em larga medida reproduzida no artigo 36 da Lei n. 12.529/11, representaria uma suposta rejeição, pelo legislador nacional, à primeira dessas categorias – identificada com o ilícito *per se* – ao mesmo tempo em que importaria na consagração da regra da razão no direito concorrencial brasileiro.

Dada a enorme incompreensão que tal abordagem demonstra em relação ao desenvolvimento histórico da diferenciação entre regra da razão e regra *per se* e ao seu significado na prática antitruste contemporânea, não deixa de ser espantosa a sua penetração na doutrina antitruste nacional. De fato, a visão de que o direito brasileiro não admitiria a regra *per se*, de tão repetida, parece ter se tornado verdadeiro dogma (Schuartz 2002, 115).

Afirmações nesse sentido podem ser encontradas nos mais variados trabalhos e mesmo um ex-presidente do CADE declarou a inexistência de ilícitos concorrenciais *per se* no direito brasileiro (Oliveira 2001, 13):

(...) a Resolução n. 20/99 consagrou a interpretação de que não há infração *per se* na legislação brasileira. Tanto as práticas horizontais quanto as verticais devem ser analisadas caso a caso, levando em consideração não apenas os custos decorrentes do impacto, mas também o conjunto de eventuais benefícios dele decorrentes, a fim de apurar seus efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor"

Ora, como analisado anteriormente no item II.4, a diferenciação entre a regra da razão e a regra *per se* não se refere a categorias distintas de ilícitos concorrenciais (Krattenmaker 1988, 165), mas à construção de *standards* analíticos e probatórios diferenciados para o exame das diversas condutas submetidas ao escrutínio antitruste.

Tal construção responde ao difícil desafio, vivenciado por diferentes autoridades aplicadoras das leis de defesa da concorrência, de definir os limites da legalidade num cenário marcado pela forte indeterminação normativa constante dos comandos legais, pela variedade das práticas empresariais submetidas ao controle de

condutas, pelos altíssimos custos de investigações no campo concorrencial e pelas incertezas informacionais quase sempre presentes na intervenção antitruste. Com efeito, autoridades responsáveis pela implementação do controle antitruste de condutas geralmente encontram-se em um cenário decisório bastante delicado: ao mesmo tempo em que lhes compete analisar e julgar a licitude de uma miríade de práticas empresariais de naturezas e efeitos distintos, os textos legais de referência que disciplinam o controle de condutas são de uma brevidade e generalidade impressionantes.

Nesse quadro, a definição dos limites da licitude no campo concorrencial dá-se primordialmente pela elaboração jurisprudencial de regras e métodos analíticos diferenciados, de forma que os diversos tipos de condutas submetidas ao escrutínio antitruste possam ser examinados conforme suas especificidades. Dessa maneira, é não apenas natural, como inclusive necessário, que os formatos de análise e julgamento das investigações antitruste variem conforme a prática examinada, ainda que os dispositivos legais que embasem tais investigações sejam rigorosamente os mesmos.

A noção de regra *per se* e regra da razão aparecem, então, como rótulos conferidos historicamente a diferentes formatos de análise que, construídos com base na experiência das autoridades de defesa da concorrência e informado pelos *inputs* da ciência econômica, procuram permitir a diferenciação entre práticas lícitas e ilícitas conforme as especificidades das questões submetidas ao controle de condutas. Trata-se, portanto, de métodos de investigação que indicam o conjunto de informações e os passos analíticos necessários para que reste caracterizada, em diferentes situações, a infração antitruste.

Comparada a outros formatos de análise, construídos jurisprudencialmente a regra *per se* consiste em nada mais que do que um conjunto de presunções e atalhos probatórios que buscam diminuir os altos custos administrativos existentes em investigações antitruste, permitindo a conclusão pela configuração de uma infração antitruste de uma forma mais curta e simplificada. Em nenhum momento do desenvolvimento do antitruste, cogitou-se que a aplicação da regra *per se* poderia significar a condenação de alguma conduta que não estivesse vinculada à produção de algum efeito anticompetitivo. Pelo contrário, a criação dessas regras indica justamente

a constatação, pela via jurisprudencial, de um vínculo tão claro entre determinados atos empresariais e alguma forma de potencial anticompetitivo que torna desnecessário um aprofundamento da análise para se concluir pela existência de um ilícito antitruste.

É importante notar também que o uso de presunções e atalhos probatórios é característica que perpassa qualquer análise antitruste. Dada a impossibilidade de se realizar uma avaliação completa do impacto econômico de uma conduta sobre o mercado e diante da necessidade de responder em tempo socialmente adequado às questões concorrenciais, as autoridades competentes invariavelmente recorrem a diferentes tipos de presunções, que possibilitam que o controle de condutas seja uma atividade exequível na prática. Assim, não é exagerado afirmar que toda investigação antitruste recorre em algum grau ao uso de presunções, o que indica que a regra da razão e a regra *per se* são melhor entendidas como dois *standards* de um espectro contínuo mais amplo de possíveis métodos analíticos (Christiansen e Kerber 2005, 3).

Dessa forma, vê-se que a referência nos textos das Leis n. 8.884/94 e 12.529/11 à produção, ainda que potencial, de determinados efeitos como um elemento para configuração do ilícito antitruste não está de qualquer forma relacionada ao debate sobre o uso da regra da razão e da regra *per se* pelo SBDC. Como visto, inexistente fundamento para a afirmação de que a Lei Antitruste brasileira teria, ao mesmo tempo, consagrado a regra da razão e rejeitado a regra *per se*.

Na verdade, os dispositivos legais que fundamentam o controle de condutas no Brasil são muito pouco informativos no que toca aos formatos de investigação antitruste e ao padrão probatório exigido para a caracterização da infração concorrencial, deixando a condução de tais atividades em grande parte nas mãos do CADE, como se analisará com mais rigor no item III.4 *infra*.

A previsão pela legislação nacional da mera potencialidade de efeitos como requisito configurador da infração à ordem econômica diz respeito, na verdade, a uma questão muito mais delicada do controle antitruste de condutas, qual seja, a dificuldade de se estabelecer relações de causalidade entre práticas empresariais tidas como possivelmente anticompetitivas e a atual ocorrência de efeitos nocivos.

Conforme exposto no item I.3.3. *supra*, inexistiu um método seguro para determinar os efeitos de uma conduta sobre o mercado (Pitofsky 1979, 12). Nesse sentido, violações às leis concorrenciais são muito diferentes de crimes tradicionais, como homicídios ou roubos, uma vez que elas não deixam quaisquer rastros claros da sua ocorrência (Schinkel 2008, 6). Mesmo nas infrações concorrenciais mais óbvias e gravosas – os cartéis entre concorrentes – a comprovação inequívoca de um aumento do nível de preços no mercado decorrente diretamente da conduta é extremamente difícil, já que ela depende da realização de estimativas a partir de variáveis muito sensíveis (Anderson, Bolema, e Geckil 2007, 2). Em práticas empresariais cuja ilicitude é mais sutil, a identificação de efeitos anticompetitivos reais associados à conduta investigada é ainda mais complexa: se a investigação diz respeito a alguma prática predatória ou exclusionária, é provável que os efeitos anticompetitivos só venham a se materializar num futuro distante, sendo impossível uma avaliação direta dos danos causados pela conduta (Chang, Evans, e Schmalensee 2003, 9).

Essa particularidade do controle antitruste de condutas faz com que sua lógica de operação seja bastante diversa daquela encontrada no direito repressivo tradicional: no direito da concorrência, proibições legais recaem em geral sobre determinados tipos de condutas e não sobre os reais efeitos a ela associados (Kaplow e Shapiro 2007, 25). Diante da dificuldade ou mesmo impossibilidade de aferição dos reais impactos das práticas empresariais sobre a concorrência, o direito antitruste repressivo tende a dispensar a comprovação da ocorrência efetiva de danos gerados pela conduta investigada, considerando a potencialidade lesiva como elemento suficiente para a caracterização da infração. Nesse sentido, é bastante clara a afirmação da Corte de Primeira Instância no caso *Michelin v. Comissão Europeia*:²⁹

Para os propósitos de estabelecimento de uma infração ao artigo 82 do EC, é suficiente demonstrar que a conduta abusiva praticada por uma empresa em posição dominante *tende* a restringir a concorrência ou, em outras palavras, que a conduta é *capaz* de ter esse efeito.

A intervenção no âmbito do controle de condutas não demanda, portanto, a demonstração da ocorrência real de efeitos anticompetitivos oriundos da prática investigada (Gormsen 2010, 123), sendo suficiente que se comprove o potencial

²⁹Court of First Instance, Case T-203/01 *Manufacture Française des Pneumatiques Michelin v. Commission*.

lesivo de uma conduta para que ela seja passível de condenação na esfera concorrencial.

Tal característica do controle antitruste de condutas, que pode ser encontrada na legislação e na prática concorrencial de diferentes jurisdições, responde à dificuldade ou mesmo impossibilidade de aferição do real impacto econômico de uma dada conduta sobre o mercado (Easterbrook 1984, 17). Assim, caso as legislações de defesa da concorrência exigissem a comprovação dos danos causados pelas práticas investigadas para sua condenação, como ocorre em grande parte do direito estatal sancionador, o controle antitruste de condutas restaria por completo inviabilizado, já que na imensa maioria dos casos concretos tal comprovação seria impossível de ser realizada.

III.2. O artigo 36 da Lei 12.529/11 como previsão-quadro

Do exposto, percebe-se que a opção realizada pelo legislador nacional – tanto na Lei n. 8.884/94 quanto na Lei 12.529/11 – de elaborar um sistema de controle de condutas anticompetitivas que se distanciasse dos pressupostos tradicionais do direito sancionador estatal é, por completo, justificada.

A ausência de tipos fechados no direito antitruste repressivo responde à impossibilidade de se prever de forma taxativa e apriorística os comportamentos capazes de afetar os valores resguardados pelo direito concorrencial. A eventual criação legal de um sistema de tipificação fechada impediria que a defesa da concorrência acompanhasse os desenvolvimentos do mercado, com o natural surgimento de novas práticas empresariais, cujos efeitos podem ser pró ou anticompetitivos conforme as circunstâncias específicas de cada caso concreto. Dado que a dinâmica da evolução econômica impede a definição taxativa dos ilícitos concorrenciais, opta-se por uma técnica flexível de conceituação da infração antitruste, que permite ao controle de condutas endereçar problemas anticompetitivos associados a condutas empresariais inovadoras sem a necessidade de alteração legislativa.

A previsão de que a configuração da infração à ordem econômica independe da constatação de culpa afirma, por sua vez, a preservação das condições de concorrência como preocupação central do direito antitruste, relegando a segundo

plano questões relativas à moralidade ou intencionalidade dos atos praticados no mercado. Quando se compreende o controle de condutas como uma forma específica de intervenção do Estado sobre a economia, voltada a identificar – de maneira seletiva e reativa – obstáculos indevidos criados por condutas empresariais ao bom funcionamento dos mercados, resta claro que as noções tradicionais de dolo ou culpa são de pouco auxílio na delimitação dos limites da legalidade concorrencial. Nesse sentido, várias condutas realizadas com os piores desígnios são por completo irrelevantes para o direito antitruste, já que se revelam incapazes de afetar os mecanismos de competição do mercado. Por outro lado, práticas empresariais conduzidas sem qualquer intencionalidade anticompetitiva, ou mesmo sem a previsibilidade de um resultado concorrencial danoso, podem claramente configurar uma infração à ordem econômica, na medida em que gerem alguma restrição indevida à livre concorrência.

Por fim, a previsão de que condutas podem configurar ilícitos concorrenciais ainda que não alcancem nenhum resultado efetivo, bastando a potencialidade lesiva para a caracterização da infração, responde à enorme dificuldade de aferição dos reais efeitos de uma determinada prática empresarial sobre o mercado. Ao contrário do que acontece com ilícito penais tradicionais, violações à legislação concorrencial não deixam em geral sinais evidentes de sua ocorrência, sendo que os efeitos perniciosos de uma conduta anticompetitiva podem se fazer sentir apenas depois de muito tempo da implementação da prática no mercado. Assim, em várias investigações antitruste não existe qualquer dano direto e facilmente identificável que seja atribuível à conduta investigada no momento do julgamento da sua licitude. Nesse quadro, a possível exigência, pelo diploma antitruste, da comprovação dos danos efetivos gerado pela prática como requisito para sua condenação conduziria, quase que invariavelmente, à absolvição do agente econômico investigado, uma vez que em grande parte dos casos tal comprovação seria impossível.

Vê-se, portanto, que as três previsões centrais realizadas pelo legislador ordinário na disciplina da infração à ordem econômica, relativas à tipicidade aberta, à responsabilidade objetiva e à mera potencialidade como elemento suficiente para configuração do ilícito, são todas essenciais para o desenvolvimento de uma política de repressão a condutas anticompetitivas. Tais previsões permitem que o problema do ilícito concorrencial seja endereçado de forma adequada, por meio de um exame das

circunstâncias específicas do caso concreto, da adaptação constante da política repressiva às alterações estruturais dos mercados e da abertura da análise antitruste à evolução da ciência econômica.

Por outro lado, é inegável que o sistema de responsabilização antitruste estabelecido nas Leis n. 8.884/92 e n. 12.529/11 destoa fortemente do modelo tradicional de repressão do direito sancionador estatal, focado principalmente (i) na constatação de um resultado naturalístico tido como antijurídico e (ii) no estabelecimento de um nexo de causalidade entre esse resultado antijurídico e algum agir doloso ou culposo por parte sujeito investigado. Nesse modelo, a noção de tipo legal desempenha papel fundamental na implementação direito repressivo, servindo ao mesmo tempo como garantidor da segurança jurídica dos jurisdicionados e como critério para aferição de um agir ilícito.

Tal distanciamento em relação ao princípios tradicionais do direito sancionador estatal não é, contudo, uma particularidade do direito repressivo antitruste e pode ser encontrado em outras esferas jurídicas – como o direito do consumidor e o direito ambiental – que procuram regular a atividade econômica e minimizar os riscos a ela associados. Ainda que os riscos regulados por cada uma dessas esferas sejam de natureza distinta, elas guardam entre si algumas semelhanças no que se refere aos pressupostos de seu funcionamento que merecem ser ressaltadas.

Primeiramente, a implementação do direito repressivo nessas esferas revela uma tendência de antecipação da atuação estatal, por meio da proibição e possível punição de determinadas condutas antes que elas gerem algum resultado naturalístico lesivo ao bem protegido. No direito penal do consumidor, por exemplo, é reconhecido que em várias ocasiões “*o interesse sancionatório manifesta-se em momento anterior ao aparecimento do dano*” (Benjamin, Marques, e Bessa 2010, 352), não sendo necessária a constatação de uma lesão efetiva ao bem tutelado para que possa haver o apenamento de uma conduta. Também no direito ambiental, é amplamente aceita a possibilidade de penalização de determinadas práticas ainda que não possa ser atribuída a elas nenhum resultado lesivo.³⁰

³⁰ Nesse sentido, por exemplo, afirma Bottini (Bottini 2011, 124): *A constatação de lesão ao meio ambiente é complexa e sua realização pode ser contestada pelas diferentes teses que acabariam por dificultar a aplicação da norma. Já o emprego de tipos penais de perigo abstrato, nestes casos, facilita*

Em segundo lugar, nota-se nessas esferas a redução da importância da culpabilidade como critério para identificação do ilícito, o que decorre tanto do fato que a principal racionalidade do processo sancionador nessas searas é evitar a ocorrência de efeitos nefastos possivelmente associados a certas condutas, como também do fato que o estabelecimento de um nexo causal entre a conduta investigada e a ocorrência de um dano costuma ser de enorme dificuldade, sendo praticamente impossível se perquirir acerca do dolo ou da culpa do agente responsável. Como expõe Bottini acerca do direito penal do consumidor (Bottini 2011, 122):

A eventual lesão à saúde dos consumidores, neste contexto, dificilmente poderá ser imputada a uma pessoa, pois os comportamentos que contribuíram para o resultado são diluídos em etapas de produção, ramificadas e segmentadas, e os nexos causais que fundamentam primariamente a responsabilidade penal não serão passíveis de verificação.

Em comum com o direito da concorrência, tais esferas jurídicas revelam uma preocupação primária com a preservação de interesses difusos tidos por suficientemente importantes para constituírem objeto de proteção estatal, mas cuja preservação se mostra impossível por meio do direito sancionador tradicional. Assim, para fazer frente ao surgimento constante de inúmeras novas formas de condutas potencialmente lesivas, opta-se por uma técnica legislativa marcada pelo uso de tipos excessivamente vagos e ambíguos, de cláusulas gerais e de leis penais em branco (Silva 2008, 376–377). Para endereçar a dificuldade de constatação de lesão aos interesses tutelados, dada a sua inerente abstração, criam-se tipos penais de perigo abstrato, que prescindem da ocorrência de qualquer resultado concreto para a configuração do ilícito (Bottini 2011, 124).

Visualizada nesse contexto mais amplo, a disciplina legal do controle antitruste de condutas perde grande parte da sua aparente estranheza e se revela um forma não apenas natural, mas também necessária, de regulação jurídica de um fenômeno altamente complexo e cujo tratamento no âmbito legislativo não pode ser realizado nos moldes tradicionais do direito estatal sancionador.

Tal constatação torna-se ainda mais evidente quando se nota a opção do legislador, na edição da Lei n. 12.529/11, de posicionar a política de repressão a

a inibição de condutas, justamente por prescindirem de qualquer resultado concreto para aferição do tipo objetivo.

ilícitos concorrenciais, quase em sua integralidade, no âmbito do direito administrativo. Com efeito, há muito é reconhecida a possibilidade, no direito administrativo sancionador brasileiro, do estabelecimento de infrações por meio de previsões legais indeterminadas e abertas, a serem preenchidas pela autoridade competente no enfrentamento do caso concreto de acordo suas circunstâncias específicas. Conforme esclarece Osório (Osório 2011, 229):

(...) é possível proibir comportamentos através de cláusulas gerais, especialmente no Direito Administrativo. A legalidade que passa a operar, em tais casos, é bem diversa. Atende finalidades superiores abrigadas na Constituição e outorga espaços generosos de movimentação à Administração. Cada vez mais frequentes, tais espaços resultam de demandas sociais e necessidades pragmáticas da coletividade.

A escolha pelo direito administrativo como *locus* primário de desenvolvimento do controle antitruste de condutas é relevante por causa das várias e importantes diferenças qualitativas e quantitativas existentes entre os dois sistemas, que permitem a construção de um direito administrativo sancionador mais flexível e menos apegado a conceitos que se mostram essenciais para o direito penal. Dessa forma, é normal no direito administrativo sancionador que o conceito de autoria se aproxime da responsabilidade objetiva, que a diferenciação entre autores e partícipes não seja tão clara e que a aplicação da sanção se dê desprovida de qualquer referência à culpabilidade do autor (Bottini 2011, 200–201).

O posicionamento do controle antitruste de condutas na esfera do direito administrativo sancionador deve ser entendido, em conjunto com a previsões relativas à tipicidade aberta, à responsabilidade objetiva e à mera potencialidade lesiva como elemento suficiente para caracterização da infração à ordem econômica, como uma opção do legislador nacional pela criação de um sistema repressivo flexível, que seja capaz de acompanhar a dinamicidade e a complexidade do fenômeno econômico que se pretende regular.

Nesse quadro, é inegável que os dispositivos legais que fundamentam o controle de condutas no Brasil são muito pouco informativos no que toca aos elementos configuradores do ilícito concorrencial. A redação do art. 36 da Lei n. 12.529/11 não permite ao intérprete conhecer, a partir da simples leitura do texto legal, quais condutas empresariais são autorizadas ou vedadas pelo diploma antitruste. Essa indeterminação normativa não representa novidade no direito concorrencial

brasileiro e já se encontrava presente na conceituação legal da infração à ordem econômica existente na Lei n. 8.884/94, conforme notado por Schuartz (fl. 97):

Um dos traços mais salientes da técnica de definição de ilícito que se incorporou à Lei 8.884/94 é o elevado grau de indeterminação no tocante à explicitação das condições necessárias e suficientes para a caracterização de uma determinada conduta como infração.

Tal técnica legislativa não constitui uma idiossincrasia do direito antitruste nacional, podendo, ao contrário, ser encontrada em diferentes jurisdições com maior tradição e experiência no combate a condutas anticompetitivas. Como se analisou ao longo do capítulo I, os textos legais que fundamentam o direito antitruste repressivo primam por sua vagueza, amplitude e indeterminação, de forma a permitir a criação de um sistema repressivo conscientemente evolutivo, que responda em tempo adequado à constante evolução das práticas empresariais e dos mercados.

Dessa forma, parece se aplicar ao art. 36 da Lei n. 12.529/11 a qualificação dada por Gormsen ao antigo artigo 82 do TFEU enquanto “previsão-quadro” (*framework provision*), na qual os termos centrais do texto legal são inerentemente vagos e não encontram qualquer definição no diploma de referência (Gormsen 2010, 10). Segundo a autora, tal técnica legislativa justifica-se por permitir que a definição precisa do conteúdo da norma seja desenvolvida pela via jurisprudencial, permitindo sua adequação aos contornos específicos do caso concreto e possibilitando a incorporação de novos aprendizados ao longo do tempo.

Tal situação é exatamente àquela criada pelo legislador brasileiro na edição da Lei n. 8.884/94 e da Lei n. 12.529/11. Nos dois diplomas legais, optou-se pela caracterização legal da infração à ordem econômica a partir de uma previsão extremamente aberta, não sendo possível se extrair do texto legal os requisitos configuradores do ilícito antitruste. Tampouco é possível, a partir da leitura do artigo 36 da Lei n. 12.529/11 ou dos hoje revogados artigos 20 e 21 da Lei n. 8.884/94, quais os limites da legalidade no direito antitruste brasileiro.

Em verdade, a redação adotada pelo legislador brasileiro para regulamentar o controle antitruste de condutas mostra-se ainda mais aberta e imprecisa do que os textos legais estrangeiros, que geralmente recorrem a previsões legais distintas para tratar de condutas concertadas e condutas unilaterais. Assim, enquanto a seção 1 do

Sherman Act declara ilegal qualquer forma de acordo que restrinja o comércio, a seção 2 proíbe a tentativa de monopolização. Por sua vez, no Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, o artigo 101 proíbe práticas concertadas capazes de afetar o comércio entre os Estados-Membros, ao passo que o artigo 102 torna ilegal o abuso de posição dominante.

A lei antitruste brasileira, por sua vez, previu – no artigo 36 da Lei n. 12.529/11 – a existência de apenas uma categoria genérica de infração à ordem econômica, ao qual deve ser subsumida toda a enorme variedade de práticas empresariais capazes de gerar os efeitos previstos nos incisos do referido artigo. Dessa forma, condutas com lógicas econômicas e efeitos no mercado completamente distintos – tais como cartéis entre concorrentes, contratos verticais de exclusividade, estratégias exclusionárias, dentre outras – devem ser enquadradas, no direito concorrencial brasileiro, na mesma moldura legal: o artigo 36 da Lei n. 12.529/11.

Nesse cenário, torna-se evidente que o referido dispositivo pode e deve ser encarado como uma previsão-quadro, caracterizada pela vagueza inerente aos termos centrais do texto legal, que devem ser preenchidos pela via jurisprudencial, de forma a incorporar – na análise casuística de situações concretas – as teorias e os conceitos necessários para a identificação de condutas anticompetitivas que o diploma antitruste procura alcançar.

III.3. CADE como centro de definição da legalidade concorrencial no direito brasileiro

Do exposto, vê-se que o artigo 36 da Lei n. 12.529/11 é melhor compreendido não a partir do formato de definição legal de ilícitos tradicionalmente utilizado no âmbito do direito sancionador estatal, mas como uma previsão-quadro – indeterminada, abrangente e aberta – que busca conferir a flexibilidade necessária para que o direito antitruste consiga endereçar o fenômeno altamente complexo relativo às infrações à ordem econômica.

O emprego dessa técnica legislativa tem uma consequência direta: a definição dos limites precisos da legalidade na esfera antitruste deixa de ser realizada no plano

legislativo para ser elaborada por meio da atividade judicante da autoridade responsável pela aplicação do diploma antitruste aos casos concretos. É nesse quadro que o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE desponta como centro da definição da legalidade concorrencial no direito brasileiro.

Com efeito, as opções realizadas pelo legislador nacional na redação da Lei n. 12.529/11 claramente denotam a preocupação de não se pré-definir os vários conceitos essenciais ao desenvolvimento do controle antitruste de condutas, já que isso poderia ter um impacto limitador no alcance e na efetividade da política de defesa da concorrência. Longe de constituir uma idiosincrasia do direito brasileiro, tal técnica legislativa é ponto comum entre diferentes legislações antitruste no mundo, conforme analisado nos capítulos I e II.

Diante da abertura dos comandos legais do artigo 36 da Lei n. 12.529/11, compete ao CADE à elaboração de regras mais densas de legalidade, que permitam a diferenciação entre práticas empresariais lícitas e ilícitas, conforme as características específicas do caso concreto.

Mais uma vez, é de se ressaltar a abrangência e a indeterminação do referido dispositivo legal. Ao mesmo tempo em que incide sobre as mais variadas práticas empresariais, cuja natureza econômica e impacto no mercado podem ser completamente diferentes, o artigo 36 da Lei n. 12.529/11 não define conceitos e categorias que se mostram essenciais para a implementação do controle antitruste de condutas. Assim, cabe ao CADE utilizar, em sua atividade judicante, categorias econômicas relativas à distinção entre práticas horizontais e verticais, entre condutas exclusionárias e condutas colusivas, já que no âmbito legal inexistem quaisquer referências a tais categorias. Da mesma forma, é no âmbito da atividade judicante do CADE que se realizará a atividade de densificação de conceitos como abuso de posição dominante e aumento arbitrário de lucros.

Sem a realização de tal atividade judicante, é impossível se atingir o fim de identificação de condutas potencialmente anticompetitivas ao qual se propõe a Lei n. 12.529/11. Aqui vale notar a relevância da previsão do artigo 36, §1º do referido diploma, que estabelece:

A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.

Essa previsão reproduz, no plano legal do direito antitruste brasileiro, a distinção entre danos a concorrentes e danos a concorrência, que é reconhecida em diferentes jurisdições como peça central para definição do âmbito de aplicação do direito antitruste. Resta claro, portanto, que a implementação do sistema de controle de condutas estabelecido pela Lei n. 12.529/11 demanda a diferenciação entre prejuízos individuais decorrentes de deslocamentos naturais de mercado causados por performances empresariais superiores, que são desejáveis do ponto de vista do direito antitruste, e danos de ordem difusa causados por condutas anticompetitivas.

Dada a escassez de elementos legais que apontem critérios definidos para a forma de diferenciação entre práticas empresariais normais e condutas anticompetitivas, compete ao CADE – enquanto intérprete primário da Lei n. 12.529/11 – densificar o seu conteúdo no exame casuístico das diferentes práticas submetidas a seu escrutínio. Frente à enorme variedade de condutas com potencial para restringir de forma indevida a concorrência que são alcançadas pelo artigo 36 do diploma antitruste, é natural que se desenvolvam regras de legalidade e métodos analíticos diferenciados, que possibilitem o exame dos efeitos de cada tipo de prática empresarial de acordo com suas especificidades.

Em sua tarefa de densificação e especificação do significado do artigo 36 da Lei n. 12.529/11 para as diferentes hipóteses de condutas anticompetitivas, a atividade judicante do CADE será invariavelmente condicionada pelos dois fatores que, conforme analisado no item II.1, influenciam de forma decisiva o desenvolvimento dos *standards* de análise antitruste em outras jurisdições: a preocupação com a ocorrência de erros nas investigações concorrenciais e o imperativo de exequibilidade.

Assim, se por um lado tal atividade judicante volta-se a evitar a ocorrência dos chamados “falsos positivos” e “falsos negativos” na análise de casos concretos, por outra volta-se a criar regras de legalidade que sejam passíveis de implementação na prática consideradas as limitações organizacionais e processuais existentes.

Nesse contexto, é de enorme relevância o desenvolvimento de presunções e filtros de diferente natureza que permitam o enfrentamento da complexidade característica das investigações no âmbito do direito da concorrência. Como já observado em diferentes momentos do presente trabalho, o controle antitruste de condutas é marcado pela forte limitação de informações relevantes disponíveis, pela fragilidade do instrumental empregado pelas autoridades competentes e pela incerteza inerente ao processo decisório. A tentativa de superação de tais imprecisões por meio do aprofundamento da análise econômica acerca dos possíveis efeitos anticompetitivos existentes em um determinado caso concreto não pode representar um prolongamento indeterminado e custoso da investigação antitruste. Pelo contrário, é necessário que as análises na esfera concorrencial sejam desenvolvidas de forma a serem ao mesmo tempo acuradas e relativamente econômicas (Hovenkamp 2005, 194).

Assim, cabe ao CADE, na condução de sua atividade judicante, a formulação de regras de legalidade e formatos analíticos que tornem mais precisos e claros os limites da legalidade no âmbito do direito concorrencial brasileiro.

IV. Conclusão: propostas para uma agenda de pesquisa

O presente trabalho voltou-se a analisar determinadas especificidades do direito antitruste que distanciam o controle repressivo de condutas no âmbito concorrencial de outras modalidades do direito estatal sancionador.

No capítulo I, foram examinadas quatro características que marcam o controle antitruste de condutas: a) a indeterminação normativa que caracteriza os dispositivos legais definidores do conceito do ilícito concorrencial; b) a histórica interdisciplinaridade entre direito e economia no desenvolvimento do direito concorrencial; c) a acentuada imprecisão existente no processo decisório; e d) o amplo espaço decisório conferido às autoridades julgadoras para densificar as vagas previsões legais.

Depois de se constatar que a criação de regras de licitude no controle de condutas ocorre, em larga medida, pela via jurisprudencial, analisou-se, no capítulo II, como as autoridades competentes pela decisão de casos concretos desempenham suas atribuições. Primeiramente, viu-se que a difícil tarefa de diferenciação entre condutas lícitas e ilícitas no campo concorrencial dá-se por meio da construção de regras e métodos analíticos diferenciados conforme a prática empresarial investigada. Examinou-se, então, como a criação de tais regras e métodos decorre de dois fatores: a preocupação com a ocorrência de erros (falsos positivos e falsos negativos) na investigação e a possibilidade de implementação prática das regras, consideradas as várias limitações enfrentadas pelas autoridades na condução de suas atividades investigativas e decisórias. Também foi analisada a importância que o uso de variadas formas de presunções possui para a construção de um sistema de controle antitruste de condutas exequível e eficiente. Por fim, avaliou-se a tradicional distinção entre regra da razão e regra *per se*, de forma a se demonstrar que elas representam dois dentre os vários *standards* analíticos construídos jurisprudencialmente para permitir a diferenciação entre condutas pró- e anticompetitivas.

O capítulo III voltou-se a examinar a estrutura legal do controle antitruste de condutas no Brasil desde a edição da Lei n. 8.884/94. Nele, afirmou-se que o direito concorrencial sancionador reveste-se de duas características centrais: (i) a opção

legislativa por uma técnica de normatização marcada pela indeterminação, abrangência e flexibilidade para conceituação do ilícito antitruste, o que permite classificar o artigo 36 da Lei n. 12.529/11 como uma previsão-quadro e (ii) o amplo espaço de atuação conferido pelo legislador ao CADE para definir de forma precisa os limites da legalidade na esfera concorrencial.

Tais características, longe de representarem uma idiosincrasia do direito brasileiro, também são encontradas na experiência internacional, como se procurou mostrar nos capítulos I e II. Em diferentes jurisdições com tradição no controle de condutas anticompetitivas, o desenvolvimento do direito antitruste repressivo dá-se principalmente pela via jurisprudencial e não pela via legislativa, cabendo em grande parte às autoridades administrativas e judiciais responsáveis pela aplicação das normas concorrenciais a tarefa de delimitar as fronteiras da legalidade na seara antitruste.

A opção por uma solução legislativa dessa natureza responde às diferentes dificuldades encontradas no tratamento legal do controle antitruste de condutas. A impossibilidade de se estabelecer aprioristicamente todas as práticas empresariais lesivas à concorrência, a necessidade de que o direito concorrencial enderece em tempo hábil questões concorrenciais decorrentes de condutas inovadoras e a histórica abertura do direito antitruste aos influxos da ciência econômica impossibilitam a elaboração, no âmbito legislativo, de um rol taxativo de hipóteses de ilegalidade, bem como de um conceito mais denso da infração concorrencial.

Nesse quadro, a opção por uma técnica legislativa flexível, que permita a evolução do controle de condutas pela via jurisprudencial à luz da experiência e do aprendizado, revela-se comum em várias legislações de defesa da concorrência, incluindo a brasileira. Por outro lado, é inegável que tal opção acaba por distanciar o controle antitruste de condutas da estrutura do funcionamento de outras esferas do direito estatal sancionador, fundadas na valorização de princípios como o da culpabilidade, da causalidade e da tipicidade, que são afastados ou ao menos fortemente relativizados no âmbito de investigações concorrenciais.

A constatação de que o direito antitruste repressivo possui uma lógica operacional distinta de outros campos do direito sancionador é, todavia, apenas o

início de uma agenda de pesquisa mais ampla, cujo desenvolvimento se faz necessário para a construção de um sistema de defesa da concorrência ao mesmo tempo eficaz e legítimo.

Com efeito, parte significativa das incompreensões existentes na doutrina nacional acerca de determinados aspectos do controle antitruste de condutas – como a malfadada alegação de inconstitucionalidade da previsão legal de responsabilidade objetiva e as infundadas críticas ao conceito de “ilícito per se” – derivam de demandas legítimas, geralmente ligadas ao ideal de segurança jurídica e de garantia de um espaço mínimo para a defesa do investigado perante a possibilidade de acionamento do *jus puniendi* estatal.

Nas esferas mais tradicionais do direito estatal sancionador, tais demandas são usualmente endereçadas pela via legislativa, por meio da construção de um modelo fechado e previsível de hipóteses de incidência da pretensão punitiva estatal. Como visto, essa solução legislativa revelar-se-ia inócua na esfera da defesa da concorrência, o que não significa de forma alguma que inexista no campo antitruste a necessidade de se assegurar um grau mínimo de segurança jurídica para os agentes investigados por práticas empresariais possivelmente anticompetitivas.

Diante da impossibilidade de se encontrar na legislação concorrencial parâmetros mínimos de previsibilidade acerca de quais condutas configuram infrações à ordem econômica, é para a atividade judicante do CADE que devem se voltar as atenções e os esforços para a estruturação de um direito antitruste que, ao mesmo tempo em que seja efetivo na repressão a condutas anticompetitivas, também se mostre respeitador dos direitos de defesa dos investigados, rejeitando a imposição arbitrária de penalizações.

Nesse contexto, é de fundamental relevância o papel a ser desempenhado pela dogmática jurídica na construção do sistema brasileiro de repressão a infrações à ordem econômica. Perante a flexibilidade e abertura que caracterizam a legislação antitruste brasileira, resta claro que a reflexão dogmática crítica acerca da atividade judicante do CADE mostra-se elemento central para o desenvolvimento de uma política consistente e coerente de repressão a condutas anticompetitivas.

Para tanto, é necessário uma maior aproximação da dogmática antitruste nacional da atividade do CADE. Uma vez compreendida a diferenciada lógica de repressão existente no direito da concorrência, é necessário que questões fundamentais de um sistema de combate a infrações antitruste sejam objeto de profunda análise doutrinária, de maneira a se debater abertamente as implicações das opções decisórias realizadas pela autoridade antitruste.

Apesar de tal análise fugir aos propósitos do presente trabalho, os próximos itens buscam chamar atenção para certas questões que até o presente momento se encontram carentes de um exame dogmático mais profundo, e cujo enfrentamento certamente representaria enorme contribuição para o aperfeiçoamento do direito antitruste repressivo no Brasil.

IV.1. A necessária criação de um ambiente normativo previsível e ordenado

Uma primeira questão de relevo diz respeito à necessidade de o CADE criar, por meio de sua atividade judicante, um ambiente normativo que garanta um mínimo de previsibilidade para a atuação dos agentes econômicos.

Como nota Arthur, *standards* jurídicos operacionais para a implementação de uma lei reguladora da atividade econômica devem fornecer orientação clara para o cumprimento voluntário por parte dos agentes regulados, além de impedir a responsabilização retroativa e arbitrária (Arthur 2000, 339). Dada a impossibilidade de se estabelecer tais *standards* no diploma concorrencial, cabe ao CADE – enquanto centro definidor dos limites da legalidade antitruste no sistema jurídico brasileiro – a tarefa de estruturar um ambiente normativo que permita às empresas desenvolver suas atividades conhecendo quais práticas lhes são, do ponto de vista do direito da concorrência, vedadas.

Em outras palavras, diante do enorme espaço decisório conferido ao CADE pela lei de regência para aferir, em cada caso concreto, a licitude de uma determinada prática empresarial, é de se reconhecer a existência de uma responsabilidade especial do Conselho, na condução de sua atividade judicante, para com os princípios da segurança e estabilidade jurídicas. Assim, é mister que a autoridade desenvolva critérios de decisão claros, estáveis e compreensíveis, de forma que os agentes

econômicos possam identificar, com um mínimo de precisão, os limites da legalidade no direito concorrencial brasileiro.

Vale notar que a exigência de um nível mínimo de previsibilidade e certeza no direito antitruste se refere também ao ônus probatório e ao percurso investigativo a que estão sujeitos as empresas investigadas por possíveis ilícitos concorrenciais. Como estudado ao longo do presente trabalho, a conclusão pela configuração de uma infração antitruste pode exigir diferentes quantidades e diferentes tipos de informações e de análises conforme as características da prática investigada e do mercado afetado.

O fato de o legislador ordinário ter conferido primariamente ao CADE a atribuição de definir o ônus probatório e o caminho analítico necessários para a constatação de uma infração à ordem econômica não significa que tal definição possa ser realizada de qualquer maneira. Pelo contrário, é justamente pela inevitável abertura dos textos legislativos antitruste que cabe à autoridade de defesa da concorrência zelar com especial cuidado pela criação de um ambiente normativo previsível e ordenado, que permita às empresas cumprir voluntariamente com a regulação concorrencial e que possibilite aos investigados desenvolver uma defesa racional diante das acusações que lhes forem eventualmente imputadas.

Nesse cenário, cabe à dogmática a tarefa de analisar criticamente as regras e métodos analíticos desenvolvidos pelo CADE, de forma a verificar se eles se mostram sólidos do ponto de vista da teoria econômica, se eles são capazes de gerar uma previsibilidade mínima para a atuação das empresas, e se eles não representam uma supressão desarrazoada das possibilidades de defesa dos investigados. Não se trata aqui da realização de ataques genéricos e infundados à utilização da regra per se, que em nada contribuem para o aprimoramento do sistema brasileiro de controle antitruste de condutas, mas da busca por uma análise aprofundada e crítica dos parâmetros utilizados pelo CADE para julgamento dos vários tipos de condutas possivelmente anticompetitivas, nos quais invariavelmente se recorre ao uso de diferentes tipos de presunções.

Como observado anteriormente, o uso de presunções em investigações antitruste é fenômeno natural diante das particularidades do contexto decisório

existente no direito da concorrência. É necessário, todavia, verificar se as presunções desenvolvidas pela autoridade antitruste encontram suporte sólido na teoria econômica (Gormsen 2010, 6) e se elas não restringem de forma desarrazoada as possibilidades de defesa dos investigados. Ao mesmo tempo, é preciso que haja uma estabilidade mínima no conjunto de presunções utilizado pelo CADE, de maneira a se preservar expectativas legítimas de segurança jurídica por parte dos administrados.

A criação de um espaço de diálogo produtivo acerca dos impactos concorrenciais associados aos diferentes tipos de condutas e dos melhores critérios para separação entre práticas pró- e anticompetitivas é certamente uma das contribuições mais relevantes que a dogmática jurídica pode fazer para a evolução do direito antitruste repressivo.

IV.2. A revisão judicial das decisões do CADE

Outra questão no direito concorrencial brasileiro que se mostra merecedora de exame dogmático mais profundo diz respeito à forma e à intensidade do escrutínio judicial ao qual estão sujeitas as decisões do CADE.

No âmbito jurisprudencial, nota-se clara controvérsia acerca do tema, havendo decisões que apontam para a impossibilidade de revisão judicial das decisões do CADE³¹ como também julgados que reformam por completo condenações impostas no âmbito administrativo pelo Conselho.³²

O desenvolvimento do sistema brasileiro de repressão a condutas anticompetitivas passa, assim, pela delimitação mais precisa do papel do Judiciário no processo de identificação de possíveis práticas lesivas à concorrência. Também aqui cabe à dogmática jurídica a tarefa de, a partir da correta compreensão das variáveis

³¹ Nesse sentido, ver a decisão da 6.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região no Reexame Necessário n. 2005.34.00.012752-0/DF, em que foi reformada sentença de primeiro grau que anulava a condenação imposta pelo CADE a empresas associadas ao Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do Distrito Federal (Sinpetro/DF). No julgamento do feito no TRF-1, o relator do caso afirmou que cabe ao CADE decidir, em última instância, sobre questões concorrenciais, ressaltando que “*não compete ao Poder Judiciário rever as decisões administrativas proferidas pela autarquia*”.

³² Ver, dentre outras, a decisão da 5.^a Turma do Tribunal Regional Federal da 1.^a Região na Apelação Cível n. 1998.34.00.013139-7/DF, em que se reformou condenação imposta pelo CADE à Associação Médica Brasileira (AMB) pela edição de tabela de honorários. Em julgamento que claramente adentrou o mérito da questão concorrencial discutida, entendeu o TRF-1 que a simples recomendação, por parte da AMB, para utilização de tabela de honorários profissionais não configuraria infração à ordem econômica.

envolvidas, superar soluções simplistas e oferecer alternativas que enderecem de forma adequada a complexidade da questão.

Nesse contexto, mais do que a mera alusão à inafastabilidade do controle judicial decorrente da Carta Constitucional de 1988³³ ou, por outro lado, mais do que a simples afirmação da incapacidade técnica dos juízes brasileiros para examinar questões concorrenciais, importa perceber as especificidades do direito concorrencial para se visualizar possíveis arranjos capazes de criar uma relação frutífera entre a autoridade administrativa de defesa da concorrência e o Judiciário.

Ponto de partida para isso é o reconhecimento da relevância da atividade da autoridade antitruste especializada na densificação dos mandamentos legais relativos à defesa da concorrência. Em diferentes jurisdições, isso pode ser notado na influência que documentos editados pelas autoridades de defesa da concorrência possuem sobre a prática cotidiana do direito antitruste. Guias formulados pelas autoridades para definir os parâmetros da análise concorrencial, que reconhecidamente não possuem valor legal e cuja função original é tão somente orientar a atuação administrativa, acabam por ganhar um espectro de alcance muito mais amplo, determinando em grande parte a atuação dos tribunais e dos agentes privados no campo antitruste (Kaplow e Shapiro 2007, 83). Tal fenômeno deve-se à enorme expertise técnica acumulada pelas autoridades especializadas no enfrentamento cotidiano de problemas concorrenciais, expertise esta que se mostra essencial para o desenvolvimento do direito antitruste.

Por outro lado, também se deve reconhecer a importância da revisão judicial das decisões da autoridade antitruste não só como forma de garantir o respeito a determinados direitos mínimos de defesa, mas também como maneira de se assegurar um mecanismo de *accountability* sobre as atividades da autoridade (Geradin e Petit 2010, 7). Nesse sentido, a possibilidade de revisão judicial mostra-se valorosa, já que obriga a autoridade especializada a dialogar, de maneira inteligível, com outros atores, atenuando o caráter hermético que marca o debate antitruste contemporâneo.

Assim, a partir da correta percepção das especificidades do direito antitruste, podem-se discutir diferentes arranjos institucionais capazes de possibilitar um formato

³³ Constituição Federal, Art. 5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

de escrutínio judicial das decisões do CADE que contribua para o constante aprimoramento do controle antitruste de condutas no direito brasileiro.³⁴

IV.3. A autonomia da defesa da concorrência

Questão que também merece tratamento dogmático mais denso diz respeito ao reconhecimento da defesa da concorrência como um campo autônomo no ordenamento jurídico nacional. A afirmação de tal autonomia não significa que o direito antitruste seja descolado ou isolado de outros campos jurídicos ou da realidade social, voltando-se apenas a destacar a imperiosa necessidade de que as autoridades responsáveis pela defesa da concorrência não percam de vista os objetivos específicos que lhes cabe perseguir, assim como procura explicitar definir algumas finalidades para cuja busca tais autoridades não possuem competência legal nem capacidade institucional.

Essa percepção é extremamente relevante dado que a legislação antitruste, caracterizada por sua indeterminação e abrangência, não delimita de forma exata as hipóteses de infração à ordem econômica e nem define precisamente os problemas que devem ser endereçados por meio do controle antitruste de condutas. Dessa forma, caso inexista uma clareza dogmática quanto à natureza e às limitações do direito da concorrência, a lei antitruste pode acabar sendo utilizada para o alcance de outros fins que não a preservação da concorrência, gerando sérios problemas para a construção de uma política coerente e sistemática de repressão a condutas anticompetitivas.

Nesse sentido, parece preocupante a defesa, encontrada em parte da doutrina nacional, da possibilidade de utilização da legislação antitruste para a promoção de políticas econômicas por parte do Estado que não estão diretamente relacionadas à defesa da concorrência. Segundo tal linha de argumentação, a Constituição de 1988 teria, em seu artigo 170, consagrado a livre concorrência apenas como um meio para o alcance de uma finalidade superior: a garantia a todos de uma existência digna. Assim, a defesa da concorrência não seria um fim em si mesmo, mas um mero

³⁴ Dentre os vários arranjos institucionais possíveis, podem-se citar a criação de varas judiciais especializadas para análise de questões de direito econômico ou, de forma mais inovadora, a supressão da 1ª instância na revisão judicial das decisões do CADE e sua submissão direta aos órgãos colegiados dos tribunais federais, o que poderia ser justificado pelo amplo processo de dilação probatória e de contraditório existente no âmbito administrativo. É claro que a construção de tais arranjos, assim como a de outros possíveis, depende do exame profundo de uma série de questões jurídicas e institucionais, que fogem ao escopo do presente trabalho.

instrumento para se atingir o objetivo mais amplo de promoção da dignidade da pessoa humana, o que permitiria o afastamento ou a flexibilização da legislação antitruste quando assim o exigisse a proteção da referida dignidade. Nessa linha, são, por exemplo, os ensinamentos de Paula Forgioni (Forgioni 2005, 193–194):

No Brasil, a tutela da concorrência não é, portanto, um fim em si mesma e poderá ser afastada quando o escopo maior perseguido pelo sistema assim o exigir.

Tendo-se em mente os objetivos da Lei Antitruste, aparece clara, conjuntamente com o aspecto instrumental desse tipo de norma, sua aptidão para servir à implementação de políticas públicas, especialmente de políticas econômicas entendidas como “meios de que dispõe o Estado para influir de maneira sistemática sobre a econômica”.

Ou seja, o antitruste já não é visto apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutivos do mercado, mas passa a ser encarado como um dos instrumentos (os meios, conforme terminologia utilizada por José Francisco Camargo) de que dispõe o Estado para conduzir o sistema.

A conclusão daí derivada é a possibilidade e mesmo necessidade de uso da legislação antitruste para promoção, por parte do Estado, de outras políticas públicas que não estritamente a defesa da concorrência. Em especial, destaca-se o possível uso das normas antitruste como instrumento de política industrial (Forgioni 2005, 198), ressaltando-se o protecionismo que pode ser alcançado por meio da legislação concorrencial (Forgioni 2005, 195).

Tal construção teórica apresenta sérios riscos à elaboração de um direito antitruste repressivo coerente e racional. Primeiramente, ela atenta contra a criação de um ambiente normativo estável, já que permite a caracterização de infrações à ordem econômica a partir de inúmeros critérios, conforme os valores que se deseje preservar ou a política pública que se deseje promover em uma determinada situação concreta. Se os critérios para aferição da ocorrência de ilícitos antitruste forem a todo o momento influenciados por considerações de política industrial ou de qualquer outra política pública que se considere ligada ao ideal de dignidade da pessoa humana, a construção de um sistema repressivo previsível e organizado torna-se virtualmente impossível, já que a decisão em cada caso concreto dependerá da conjuntura momentânea dos valores que forem considerados dignos de proteção.

Em segundo lugar, essa proposta teórica desconsidera as várias limitações existentes no processo decisório antitruste. Como exposto ao longo do trabalho, investigações concorrenciais são marcadas pela dificuldade de coleta de informações

relevantes e pela fragilidade do aparato analítico disponível. A tentativa de utilização da legislação antitruste para implementação de outras políticas públicas exponencializa essas limitações, uma vez que o instrumental técnico, humano e normativo das autoridades de defesa da concorrência se volta a possibilitar a diferenciação entre condutas pró- e anticompetitivas, e não a endereçar outras questões econômicas relevantes, como a proteção da indústria nacional ou a manutenção de um nível geral de empregos.

Por fim, referida proposta ameaça a própria legitimidade do direito antitruste. Como bem nota Lowe, a legitimidade de longo prazo de qualquer sistema de proteção à concorrência deriva da consistência da abordagem econômica em cada caso concreto (Lowe 2008, 2). Para que a defesa da concorrência se justifique do ponto de vista do interesse público, é necessário que toda intervenção da autoridade antitruste sobre o mercado seja justificada do ponto de vista econômico (Hovenkamp 2008, 10). A sobreposição dessa exigência fundamental ao bom funcionamento do direito antitruste por outros valores e ideais promovidos pelo Estado nas demais esferas de políticas públicas compromete a credibilidade da política de combate a condutas anticompetitivas, que deriva em larga medida da solidez das teses, argumentos e evidências econômicas usados em cada caso concreto.

Do exposto, vê-se que a discussão, no âmbito dogmático, acerca do correto espaço de incidência da legislação concorrencial é questão de enorme relevância para a consolidação e aperfeiçoamento do direito antitruste repressivo no Brasil. Na confusão entre a defesa da concorrência e outras políticas públicas promovidas pelo Estado, é provável que a primeira tenha tudo a perder e as últimas muito pouco a ganhar.

V. Bibliografia

- Amato, Giuliano. 1997. *Antitrust and the Bounds of Power: The Dilemma of Liberal Democracy in the History of the Market*. Hart Publishing.
- Anderson, Patrick, Theodore Bolema, e Ilhan Geckil. 2007. “Damages in Antitrust Cases”. AEG Working Paper 2007-2. East Lansing, Chicago: Anderson Economic Group.
<http://www.andersoneconomicgroup.com/Portals/0/upload/Doc2066.pdf>.
- Arthur, Thomas C. 1986. “Farewell to the Sea of Doubt: Jettisoning the Constitutional Sherman Act”. *California Law Review* 74 (2) (março): 263. doi:10.2307/3480320.
- . 2000. “Workable Rule of Reason: A Less Ambitious Antitrust Role for the Federal Courts, A”. *Antitrust Law Journal* 68: 337.
- Baker, Jonathan. 2002. “A Preface to post-Chicago Antitrust”. In *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, 60–75. Edward Elgar Publishing.
- . 2012. “Exclusion as a Core Competition Concern”. SSRN Scholarly Paper ID 2001579. Rochester, NY: Social Science Research Network.
<http://papers.ssrn.com/abstract=2001579>.
- Baker, Jonathan, e Timothy Bresnahan. 2006. “Economic Evidence in Antitrust: Defining Markets and Measuring Market Power”. SSRN Scholarly Paper ID 931225. Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 328. Rochester, NY: Social Science Research Network.
<http://papers.ssrn.com/abstract=931225>.
- Bergh, Roger Van Den. 2002. “The Difficult Reception of Economic Analysis in European Competition Law”. In *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, 34–59. Edward Elgar Publishing.
- Blanco, Luis Ortis, e Alfonso Lamadrid Plabo. 2011. “EU Competition Law Enforcement: Elements for a Discussion on Effectiveness and Uniformity”. Fordham 38th Conference on International Antitrust Law and Policy

(setembro). http://antitrustlair.files.wordpress.com/2011/09/ortiz-lamadrid_european-comp-l-enforcement.pdf.

Bottini, Pierpaolo. 2011. Crimes de perigo abstrato: direito penal da sociedade de risco, princípio da precaução, evolução dogmática dos crimes de perigo, imputação objetiva e perigo abstrato, direito penal e gestão de risco. *Revista dos Tribunais*.

Bruna, Sérgio Varella. 1997. *O Poder Economico E a Conceituacao Do Abuso Em Seu Exercicio*. Editora Revista dos Tribunais.

Cayseele, Patrick Van. 2002. “The Bounds Approach to Antitrust”. In *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, 87–107. Edward Elgar Publishing.

Chang, Howard, David Evans, e Richard Schmalensee. 2003. “Has the Consumer Harm Standard Lost its Teeth?” SSRN Scholarly Paper ID 332021. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=332021>.

Christiansen, Arndt. 2006. “The ‘more economic approach’ in EU merger control: A critical assessment”. *Research Notes 21e*. Deutsche Bank Research. <http://ideas.repec.org/p/zbw/dbrnrs/21e.html>.

Christiansen, Arndt, e Wolfgang Kerber. 2005. “Competition Policy with Optimally Differentiated Rules Instead of ‘Per se Rules vs. Rule of Reason’”. SSRN Scholarly Paper ID 872694. *Marburg Papers on Economics*. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=872694>.

Cooper, James, Luke Froeb, Daniel O’Brien, e Michael Vita. 2005. “Vertical Restrictions and Antitrust Policy: What about the Evidence?” SSRN Scholarly Paper ID 825089. *Vanderbilt Public Law Research Paper No. 05-32*. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=825089>.

Cretella Júnior, José. *A prática do processo administrativo*. 2^o ed. São Paulo: RT.

- EAGCP, Economic Advisory Group for Competition Policy. 2005. “An Economic Approach to Article 82. Report for the DG Competition”. http://ec.europa.eu/dgs/competition/economist/eagcp_july_21_05.pdf.
- Easterbrook, Frank H. 1984. “Limits of Antitrust”. *Texas Law Review* 63 (1): 1–40.
- Eilmansberger, T. 2005. “How to distinguish good from bad competition under Article 82 EC In search of clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses”. *Common market law review* 42 (1): 129–177.
- Elhauge, Einer. 2003. “Defining Better Monopolization Standards”. *Stanford Law Review* 56 (2) (agosto 29): 253–344.
- Filho, Calixto Salomã. 2003. *Direito Concorrencial: As Conduas*. Malheiros Editores.
- Forgioni, Paula A. 2005. *OS Fundamentos Do Antitruste*. Editora Revista dos Tribunais.
- Fox, Eleanor M. 2002. “What is Harm to Competition - Exclusionary Practices and Anticompetitive Effect”. *Antitrust Law Journal* 70: 371.
- Geradin, Damien, e Nicolas Petit. 2010. “Judicial Review in European Union Competition Law: A Quantitative and Qualitative Assessment”. SSRN Scholarly Paper ID 1698342. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=1698342>.
- Geradin, Damien, Nicolas Petit, Mike Walker, Paul Hofer, e Frédéric Louis. 2005. “The Concept of Dominance in EC Competition Law”. SSRN Scholarly Paper ID 770144. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=770144>.
- Gerard, Damien. 2012. “The Effects-Based Approach Under Article 101 TFEU and its Paradoxes: Modernisation at War with Itself?” SSRN Scholarly Paper ID 2117780. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=2117780>.
- Gerber, David J. 1994. “Transformation of European Community Competition Law, The”. *Harvard International Law Journal* 35: 97.

- Gilberto, André Marques. 2008. O processo antitruste sancionador. LEX MAGISTER.
- Gormsen, Liza Lovdahl. 2010. A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law. 1^o ed. Cambridge University Press.
- Greco, Rogério. 2009. Curso de Direito Penal. 11^o ed. Rio de Janeiro: Impetus.
- Heyer, Ken. 2005. “A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust”. *Antitrust Law Journal* 72 (2): 375–422.
- Horwitz, Robert B. 1991. *The Irony of Regulatory Reform: The Deregulation of American Telecommunications*. Oxford University Press.
- Hovenkamp, Herbert. 2002. “The Reckoning of post-Chicago Antitrust”. In *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, 1–33. Edward Elgar Publishing.
- . 2005. *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*. 3^o ed. West Group.
- . 2008. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Harvard University Press.
- . 2010. “The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm”. SSRN Scholarly Paper ID 1014153. U Iowa Legal Studies Research Paper No. 07-19. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=1014153>.
- Ibáñez Colomo, Pablo. 2012. “Market failures, transaction costs and Article 101(1) TFEU case law”. *European law review* 37 (5) (outubro): 541–562.
- Justen Filho, Marçal. 2010. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 14^o ed. São Paulo: Dialética.
- Kaplow, Louis. 2010. “Why (Ever) Define Markets”. *Harvard Law Review* 124: 437.
- Kaplow, Louis, e Carl Shapiro. 2007. “Antitrust”. SSRN Scholarly Paper ID 961264. Harvard Law and Economics Discussion Paper No. 575. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=961264>.

- Katsoulacos, Yannis, e David Ulph. 2009. "On Optimal Legal Standards for Competition Policy: A General Welfare-Based Analysis*". *The Journal of Industrial Economics* 57 (3): 410–437. doi:10.1111/j.1467-6451.2009.00393.x.
- Kovacic, William E., Robert C. Marshall, Leslie M. Marx, e Halbert L. White. 2011. "Plus Factors and Agreement in Antitrust Law". *Michigan Law Review* 110: 393.
- Kovacic, William E., e Carl Shapiro. 1999. "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking". SSRN Scholarly Paper ID 506284. University of California, Berkeley, Center for Competition Policy Working Paper No. CPC99-09. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=506284>.
- Krattenmaker, Thomas. 1988. "Per Se Violations in Antitrust Law: Confusing Offenses with Defenses". *Georgetown Law Journal* 77: 165–180.
- Krattenmaker, Thomas, Robert Lande, e Steven Salop. 1987. "Monopoly Power and Market Power in Antitrust Law". *Georgetown Law Journal* 76: 241–269.
- Landes, William M., e Richard A. Posner. 1981. "Market Power in Antitrust Cases". *Harvard Law Review* 94 (5) (março): 937. doi:10.2307/1340687.
- Lopatka, John E., e William H. Page. 2004. "Economic Authority and the Limits of Expertise in Antitrust Cases". *Cornell Law Review* 90: 617.
- Lopatka, John, e William Page. 2002. "'Obvious' Consumer Harm in Antitrust Policy: The Chicago School, the post-Chicago School and the Courts". In *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, 129–160. Edward Elgar Publishing.
- Lowe, Philip. 2008. "The design of competition policy institutions for the 21st century: The Experience of the European Commission and DG Competition". *Competition policy newsletter* (3): 1–11.

- Markovits, Richard S. 1984. "Limits to Simplifying Antitrust: A Reply to Professor Easterbrook". *Texas Law Review* 63: 41.
- Monti, Mario. 2001. "The Future for Competition Policy in the European Union". http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-340_en.htm.
- Motta, Massimo. 2004. *Competition Policy: Theory and Practice*. Cambridge University Press.
- Nobre Junior, Edílson Pereira. 2000. "Sanções Administrativas e princípios de direito penal". *Revista de Direito Administrativo* 219 (março): 127–151.
- Odudu, Okeoghene. 2009. "Restrictions of Competition by Object--what's the beef?" *Competition Law Journal* 9 (1): 11.
- Oliveira, Gesner. 2001. *Concorrência: panorama no Brasil e no mundo*. Editora Saraiva.
- Osório, Fábio Medina. 2011. *Direito administrativo sancionador*. 4^o ed. Editora Revista dos Tribunais.
- Petit, Nicolas. 2012. "The Future of the Court of Justice in EU Competition Law - New Role and Responsibilities". SSRN Scholarly Paper ID 2060831. Rochester, NY: Social Science Research Network. <http://papers.ssrn.com/abstract=2060831>.
- Pitofsky, Robert. 1979. "The Political Content of Antitrust". *University of Pennsylvania Law Review* 127 (4) (abril): 1051–1075.
- Schinkel, Maarten Pieter. 2008. "Forensic Economics in Competition Law Enforcement". *Journal of Competition Law and Economics* 4: 1.
- Schultz, Luis F. 2002. "Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes". In *Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*, 97. São Paulo: Singular.
- Sherer, F. M. 2008. "Economics and Antitrust: a Variety of Influences". In *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic*

- Analysis on U.S. Antitrust: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust, 30–39. Oxford University Press.
- Silva, Pablo Rodrigo Alflen da. 2008. “A tecnica das leis penais em branco como instrumento oportuno em um direito penal de risco”. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia* 36: 355.
- Slot, Piet Jan, e Angus Johnston. 2006. *An Introduction to Competition Law*. 1st English Ed. Hart Publishing.
- Tom, Willard K., e Chul Pak. 2000. “Toward a Flexible Rule of Reason”. *Antitrust Law Journal* 68: 391.
- Torres, Ricardo Lobo. 2006. “O principio da tipicidade no direito tributário”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico* 5 (abril). <http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-5-FEVEREIRO-2006-RICARDO%20LOBO.pdf>.
- Utton, M. A. 2005. *Market Dominance And Antitrust Policy*. 2º ed. Edward Elgar Pub.
- Vickers, John. 2005. “Abuse of Market Power”. *The Economic Journal* 115 (504) (julho): 244–261.
- Vitta, Heraldo Garcia. 2003. *A sanção no direito administrativo*. Malheiros.
- Weller, Charles D. 1997. “Antitrust Economics as Science after Daubert”. *Antitrust Bulletin* 42: 871.
- Whish, Richard. 2005. *Competition Law*. 5º ed. Oxford University Press, USA.
- Wils, Wouter. 2011. “Discretion and Prioritisation in Public Antitrust Enforcement, in Particular EU Antitrust Enforcement”. *World Competition: Law and Economics Review* 34 (3) (setembro). <http://papers.ssrn.com/abstract=1759207>.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl, e José Henrique Pierangeli. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.