

ANDRÉ SANTOS FERRAZ

**A Abordagem Estruturalista do CADE em Controle de Concentrações:
Uma análise de sua prática recente *vis-à-vis* as principais escolas
estadunidenses**

Orientadora: Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

BRASÍLIA/DF

2023

ANDRÉ SANTOS FERRAZ

**A Abordagem Estruturalista do CADE em Controle de Concentrações:
Uma análise de sua prática recente *vis-à-vis* as principais escolas
estadunidenses**

Dissertação de Mestrado apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, sob a orientação da Professora Doutora Amanda Flávio de Oliveira.

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA

FACULDADE DE DIREITO

BRASÍLIA/DF

2023

AGRADECIMENTOS

Ao longo da elaboração desta dissertação e do Mestrado como um todo, passei a ter certeza de que pesquisa não se faz individualmente. Para tanto, é necessário, ao menos, apoio, comentários, conversas, discussões, disponibilidade, ideias e sugestões de todos que se voluntariarem a ajudá-lo, acadêmica, pessoal e/ou profissionalmente, em tal período de abdições, dedicação, desafios e esforços. Por sorte, conto com várias pessoas que me auxiliam e contribuem nesta eterna jornada de aprendizados que é a minha vida.

A Deus, agradeço em sua aceção de amor e fraternidade, já que é isso que nos permite conviver entre amigos, colegas e familiares.

À minha esposa Rebeca, agradeço o amor e os diários e reiterados incentivos, bem como, especialmente, a compreensão de que, apesar de a família ser a minha eterna prioridade, em alguns momentos, a minha atenção e paciência acabam sendo desviadas para fatores externos. Você e a Mika fazem todos os meus dias mais leves.

No mesmo sentido, aos meus pais, Andréa e Carlos, a minha gratidão também extrapola esta dissertação, que é, direta e indiretamente, fruto de minha criação. Estou bastante feliz em ter ambos acompanhando a conclusão deste Mestrado, pois foram muitos os apuros e os sustos que passamos – e temos enfrentado com coragem, fé e resiliência – ao longo dos últimos dois anos. Além de agradecer-los, peço desculpas por eventuais friezas e também por algumas faltas de paciência – tenham certeza de que Vocês dois são pilares de minha vida.

Aos meus tios Aline e Daniel, aos meus sogros, Emília e Rubens, e ao meu cunhado, Rubinho, apesar da distância física, sinto e agradeço o carinho e o suporte incondicionais.

À minha orientadora, Professora Amanda Flávio, agradeço a atenção, as contribuições e a disponibilidade para comentários, críticas e sugestões à presente dissertação. Sobretudo, agradeço a confiança depositada em mim. É verdade que, em nosso planejamento inicial, pretendíamos ter concluído esta dissertação antes, mas a minha vida pessoal e profissional acabou sobrestando o fim deste ciclo acadêmico. Diante disso, também é imprescindível agradecer-la pela cotidiana compreensão.

Aos professores e ex-conselheiros do CADE César Mattos e Marcio de Oliveira, agradeço por terem aceitado o nosso convite para composição de minha banca examinadora. Muito me honra receber comentários, críticas e sugestões de profissionais cuja trajetória é admirada por

todos que lhes conhecem e, invariavelmente, por mim. Ao colega Celsinho, também agradeço por compor a banca.

Além disso, é imperativo agradecer a todas e todos colegas, amigas e amigos, com quem aprendo e me divirto sempre que possível! Certamente, cometerei injustiças a seguir. Porém, seria igualmente injusto não me esforçar em uma tentativa de listar, ao menos, aqueles que contribuíram para a formação de alguma das ideias expostas nesta dissertação.

Aos meus brilhantes e dedicados ex-colegas de CADE, Daniel Rebello, Marcelo de Oliveira, Cristiane Albuquerque, Kenys Machado, Pedro Milhomem, Marília Naomi, Ulliana Martinelli, Carolina Helena, Caroline França, Larissa Salsano, Ednei Nascimento, Mário Gordilho, Letícia Versiani, Amanda Athayde, Diogo Thomson, Rodrigo Belon, Rubem Accioly, Lucas Colacino, Livia Melo, Marcus Silveira, Franklin Gonçalves, Rodrigo Ferreira, Edson Junio, Ravvi Madruga, Alexandre Cordeiro, Alden Caribé e demais servidores e ex-servidores, muito obrigado por terem acompanhado e me ensinado a dar os primeiros passos no antitruste prático.

A nobres e diligentes amigas advogadas e amigos advogados com quem já tive ou tenho a oportunidade e o prazer de dividir o dia a dia, Arthur Sadami, Tatiane Zichi, Beatriz Coppola, Eduardo Caminati, Marcio Bueno, Luiz Coimbra, Guilherme Misale, Luiza Avelar, Lucas Rodrigues, Henrique Felix, Vitor Jardim, Frederico Haddad, Jéssica Costa, Eduardo Frade, Vinícius de Carvalho, Anna Binotto e Guilherme Palu, além de todas e todos que estão ou já estiveram no Caminati Bueno Advogados ou no VMCA, certamente, algumas colocações ora feitas já foram alvo de conversas entre nós e, portanto, devo-lhes a Vocês.

Enfim, a todas e todos com quem tive e tenho a oportunidade de aprender e conviver, especialmente, nos últimos dois anos: **MUITO OBRIGADO!**

RESUMO

FERRAZ, André Santos. **A Abordagem Estruturalista do CADE em Controle de Concentrações**: Uma análise de sua prática recente *vis-à-vis* as principais escolas estadunidenses. 2023. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília/DF, 2023.

A hipótese do presente estudo é de que o controle de concentrações conduzido pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), sob a Lei nº 12.529/2011, tem um viés essencialmente estruturalista, contrariando a retórica de uma suposta hegemonia da abordagem chicaguiana no Brasil. A fim de verificar tal hipótese, realiza-se uma revisão bibliográfica quanto às principais escolas antitruste estadunidenses, bem como uma análise normativa e empírica da atual realidade brasileira referente ao controle de concentrações desempenhado pelo CADE. Para tanto, o ponto de partida do presente estudo apresenta os paradigmas propostos pelas escolas de Harvard e de Chicago para a aplicação da política antitruste estadunidense, especialmente, em relação a controle de concentrações. Também são abordados antecedentes históricos e legados das referidas escolas. Na sequência, realiza-se uma análise do conjunto normativo brasileiro, em âmbito constitucional, legal e infralegal, que orienta e pauta a análise antitruste do CADE em sede de controle de concentrações. Por último, a hipótese em tela é testada a partir de um estudo estatístico das decisões do CADE em atos de concentração entre os anos de 2015 e de 2022, verificando e sopesando a análise estrutural *vis-à-vis* a análise de eficiências realizada pela autoridade antitruste brasileira. Os resultados do presente estudo indicam que, em seu controle de concentrações, o CADE tende a conferir maior relevância à sua análise estrutural, sendo que eficiências, apesar de aceitas, não costumam ser suficientes para o órgão aprovar atos de concentração sem restrições.

Palavras-chave: política antitruste; controle de concentrações; Escola de Harvard; Escola de Chicago; Lei nº 12.529/2011; Conselho Administrativo de Defesa Econômica; atos de concentração.

ABSTRACT

FERRAZ, André Santos. **CADE's Structuralist Approach to Merger Control: An analysis of its recent enforcement *vis-à-vis* the leading American schools.** 2023. 134 p. Dissertation (Master of Laws) - Law School, University of Brasília, Brasília/DF, 2023.

The hypothesis of this study is that the Administrative Council for Economic Defense's (CADE) merger control under Law No. 12,529/2011 is essentially structuralist, contrary to the rhetoric of a supposed hegemony of the Chicago approach in Brazil. In order to verify such hypothesis, a literature review is developed regarding the main American antitrust schools, as well as a normative and empirical analysis of the current Brazilian merger control developed by CADE. For this purpose, this study presents the paradigms proposed by the Harvard and Chicago schools regarding the American antitrust policy, especially in relation to merger control. The historical background and legacies of these schools are also covered. Next, an analysis of the Brazilian constitutional, legal, and infra-legal rules, which guides CADE's antitrust analysis regarding merger control, is presented. Finally, the abovementioned hypothesis is tested based on a statistical study of CADE's decisions on merger control cases between the years 2015 and 2022, verifying and weighing the structural analysis *vis-à-vis* the analysis of efficiencies performed by the Brazilian antitrust authority. The results of the present study indicate that in its merger control CADE tends to give greater importance to structural analysis, and that efficiencies, although accepted, are not usually sufficient for the agency to approve mergers without restrictions.

Keywords: competition policy; merger control; Harvard School; Chicago School; Law No. 12,529/2011; Administrative Council for Economic Defense; merger control cases.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1. Amostra de atos de concentração sumários aprovados sem restrições pela SG/CADE, conforme incisos do art. 8º da Resolução CADE nº 33/2022.....	110
Tabela 2. Amostra de atos de concentração ordinários aprovados sem restrições pela SG/CADE	111
Tabela 3. Dados agregados sobre o papel das eficiências em atos de concentração decididos pelo Tribunal Administrativo do CADE	113

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ato de concentração	AC
<i>Concentration ratio</i>	CR
Conselho Administrativo de Defesa Econômica	CADE
Constituição da República Federativa do Brasil de 1988	CF/1988
Departamento de Estudos Econômicos do CADE	DEE
Estrutura-conduta-desempenho	E-C-D
Federal Trade Commission	FTC
Índice de Herfindahl–Hirschman	HHI
Lei Federal nº 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011	Lei nº 12.529/2011
National Industry Recovery Act	NIRA
National Recovery Administration	NRA
<i>Structure-conduct-performance</i>	S-C-P
Superintendência-Geral do CADE	SG/CADE
United States Department of Justice	DOJ

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1. ABORDAGENS TEÓRICAS SOBRE CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES..	15
1.1. Antecedentes históricos ao debate Harvard/Chicago	18
1.2. Escola de Harvard.....	31
1.2.1. Paradigma teórico da Escola de Harvard	33
1.2.2. Agenda da Escola de Harvard para controle de concentrações.....	37
1.2.2.1. <i>Presunções estruturais</i>	37
1.2.2.2. <i>Rivalidade e entrada</i>	40
1.2.2.3. <i>Análise de efeitos</i>	43
1.3. Escola de Chicago.....	45
1.3.1. Paradigma teórico da Escola de Chicago	48
1.3.2. Agenda da Escola de Chicado para controle de concentrações.....	55
1.3.2.1. <i>Presunções estruturais</i>	55
1.3.2.2. <i>Rivalidade e entrada</i>	58
1.3.2.3. <i>Análise de efeitos</i>	61
1.4. O legado do debate entre as escolas de Harvard e Chicago e a política antitruste no Século XXI.....	67
1.4.1. Nova Escola de Harvard.....	69
1.4.2. Nova Escola de Chicago.....	75
1.4.3. A política antitruste no Século XXI: continuidades e “movimento pendular” ...	79
1.5. Conclusões preliminares.....	84
2. O CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES NO BRASIL SOB A LEI Nº 12.529/2011 – UMA ANÁLISE NORMATIVA	87
2.1. Dimensão constitucional do controle de concentrações brasileiro	89
2.2. Dimensão infraconstitucional do controle de concentrações brasileiro	91
2.2.1. A “revolução antitruste brasileira” e os antecedentes da Lei nº 12.529/2011	92
2.2.2. O regime da Lei nº 12.529/2011 no controle de concentrações	95
2.3. Dimensão infralegal do controle de concentrações brasileiro.....	98
2.3.1. Normativos do CADE sobre controle de concentrações	99
2.3.2. Orientações gerais do CADE sobre controle de concentrações	101
2.4. Conclusões preliminares.....	104

3. O CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES NO BRASIL SOB A LEI Nº 12.529/2011	
– UMA ANÁLISE DE PRECEDENTES.....	106
3.1. Metodologia	106
3.2. Resultados	108
3.2.1. Atos de concentração sumários aprovados sem restrições pela SG/CADE	108
3.2.2. Atos de concentração ordinários aprovados sem restrições pela SG/CADE	110
3.2.3. Atos de concentração analisados pelo Tribunal Administrativo do CADE	111
3.3. Conclusões preliminares.....	114
CONCLUSÕES.....	116
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118
ANEXO.....	126

INTRODUÇÃO

Nas Ciências Sociais, costuma ser usual a utilização da figura do *pêndulo* para ilustrar oscilações ideológicas e os seus efeitos em instituições em geral.¹

A imagem do pêndulo trata-se, obviamente, de uma simplificação excessiva da mudança de ideias, encontrando, por isso, severos críticos que alegam a sua ausência de materialidade.² Contudo, ela não deixou de se fazer presente, seja como recurso retórico, seja como recurso didático, nos mais variados campos, inclusive, o próprio antitruste.³

De fato, não foram poucas as situações em que o movimento pendular foi utilizado para definir as rápidas transformações ideológicas e práticas da política antitruste – entre diferentes paradigmas teóricos – em seus mais de cem anos de existência.⁴ Contudo, como já apontado

¹ O surgimento específico dessa alegoria não é pacificado na literatura, a despeito de sua recorrência em diversas áreas. Uma provável origem dessa analogia reporta-se ao tratamento da história proposto por Friedrich Hegel em movimento dialético entre *tese*, *antítese* e *síntese*. Conferir: HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Lectures on the Philosophy of World History**: Introduction. Cambridge: Cambridge University, 1975. Alguns apontariam raízes ainda mais remotas, remontando à Antiguidade. “The hypothesis of pendulum-like cycles is suspect for another reason. It goes back to the archaic myth of the eternal return: in many primitive religions and beliefs, everything moves in cycles, from the ordinary year to the renewed creation and destruction of the universe. This myth influenced some doctrines of the ancient world such as Stoicism and Neo-Pythagoricism” (LEMIEUX, Pierre. Is There a Swing of the Pendulum? **Econlib**, Carmel, 29 de mar. de 2022).

² Para críticas mais recentes e em outras vertentes teóricas a respeito da metáfora do pêndulo, demonstrando a inexistência de evidências econômicas em curto ou longo prazo que justifiquem que a história se comporta em ciclos, conferir: *Ibidem*, 2022.

³ Na presente dissertação, utilizam-se os termos “política antitruste”, “política de defesa da concorrência”, “política concorrencial” e “regulação da concorrência” como sinônimos, especialmente considerando a linguagem adotada pelo ordenamento jurídico pátrio.

⁴ Conferir: MIAZAD, Amelia. Prosocial Antitrust. **Hastings Law Journal**, São Francisco, v 73, n. 3, p. 1637-1696, 2022, p. 158 (“Advocates of the prevailing consumer welfare standard argue that we should celebrate that antitrust law has matured beyond its erratic past and has focused on consumer welfare as competition policy’s north star. But the recent rise of the NeoBrandeis movement and the attention it has garnered from policymakers signals that the pendulum is swinging”); PORTUESE, Aurelien. **Antitrust Law & Economics Under Attack: Populism Versus Innovation**. [S.l.: s.n.], 2021, p. 3 (“The antitrust pendulum is swinging again. Antitrust laws—which aim at regulating competition in a market—as historically swung between two perspectives. On the one hand, some perceive antitrust laws as a political instrument aimed at de-concentrating markets—the protection of small businesses thus requires a continuous restraint on the size of companies to promote competition. This represents the populist view of antitrust where smallness prevails over bigness, irrespective of the economic merits of large companies. On the other hand, some perceive antitrust law as an economic instrument to foster efficiency in the market—the protection of competition suggests that only anticompetitive conduct leading to inefficiencies justifies antitrust interventions. This represents the economic view of antitrust, where efficiency prevails over moral and political concerns”); CRUZ, Peter L. de la. The Antitrust Pendulum Swings to the Populist Pole. **Keller & Heckman Blog**, Washington, D.C., 24 de jun. de 2021; ROSCH, J. Thomas. Has The Pendulum Swung Too Far? Some Reflections on U.S. and EC Jurisprudence. **Federal Trade Commission**, Washington, D.C., 25 de jun. de 2007; PITOFSKY, Robert. Proposals for Revised United States Merger Enforcement in a Global Economy. **Georgetown Law Journal**, Washington D.C., v. 81, n. 2, p. 195-250, 1992, p. 196 (“American antitrust policy has tried to balance possible threats to competition against merger benefits, but remarkably, has careened from one extreme to another in this balancing process”); e HANDLER, Milton. Introduction. **Antitrust Bulletin**, Thousand Oaks, v. 35, n. 1, p. 13-23, 1990, p. 21 (“With the advent of the Reagan administration, a 180-degree change in merger enforcement policy occurred. [...] The pendulum swung from one extreme to another”).

por outros autores, a verdadeira história da defesa da concorrência é uma evolução de continuidades e sobreposições – ainda que a esfera do debate público possa presenciar a alternância do binômio intervenção/não-intervenção ao longo do tempo.⁵

É justamente nesse contexto que se posiciona o presente estudo. Após mais de quatro décadas de – suposto – domínio retórico do discurso da Escola de Chicago, alguns alegam que o pêndulo da política antitruste estaria retornando à defesa de uma abordagem mais intervencionista – calcada em princípios estruturalistas de análise do poder econômico, especialmente, diante do surgimento do grupo que ficou conhecido como neobrandeisiano, que busca justamente resgatar a natureza *política* da política antitruste.⁶

No entanto, ao se observar a operação da política antitruste, especialmente em sede de controle de concentrações, parece ser questionável a alegada hegemonia total do paradigma de Chicago, como sustentado por seus críticos. A despeito de um possível consenso em torno de alguns aspectos da agenda chicaguiana, há evidências de que a condução efetiva do *enforcement* concorrencial distanciar-se-ia de seus pressupostos nos Estados Unidos, aproximando-se, ao contrário, do seu principal rival teórico ao longo do Século XX: a Escola de Harvard.⁷

⁵ “The pendulum narrative satisfies none of these conditions in recounting U.S. antitrust policy. The pendulum narrative is an unreliable tool for either making a positive diagnosis of past experience or using past experience to formulate normative precepts for future enforcement. By accentuating swings between policy extremes, the pendulum narrative obscures how much enforcement success in any one period often draws heavily upon contributions made by the enforcement agencies in earlier periods. An interpretation better attuned to the cumulative, progressive nature of enforcement in many areas reveals how future policy success requires both an accurate sense of the strengths and weaknesses of public enforcement institutions and the willingness of any single administration to invest resources to improve those institutions” (KOVACIC, William E. *The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms*. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 71, n. 2, p. 377-478, 2003, p. 476).

⁶ Conferir: MIZIAD, *op. cit.*, 2022; CRUZ, *op. cit.*, 2021.

⁷ Conferir, exemplificativamente, o trabalho de Einer Elhauge, analisando os posicionamentos da Suprema Corte dos Estados Unidos em matéria concorrencial: ELHAUGE, Einer. *Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent U.S. Supreme Court Decisions?* **CPI**, Chicago, n. 3, n. 2, p. 59-77, 2007. Comentadores indicam, assim, que, ainda que a Escola de Chicago possa ter moldado parte da operação da política antitruste, parcela significativa de suas contribuições não foram adotadas pelo *enforcement* concorrencial. Conferir: HOVENKAMP, Herbert J. **Monopolizing Digital Commerce**. [S.l.: s.n.], 2023a, p. 30 (“Its more pointed contributions faltered. For example, George Stigler’s definition of entry barriers, which would have considerably narrowed the scope of perceived barriers to entry, was never widely adopted by antitrust policy makers or tribunals. Harold Demsetz’s influential view that bidding for natural monopoly markets could displace regulation never took hold as a substitute for regulation, although it did make policymakers more aware of the possibilities of potential competition. The Chicago School view that vertical restraints, such as resale price maintenance, could be fully explained by free rider concerns ended up describing only a small subset of the total. Robert Bork’s view that only mergers to near monopoly should be challenged never took hold, and even the merger guidelines at their most neoliberal point permitted pursuit of mergers that created postmerger market shares of around 30 percent”); HOVENKAMP, Herbert J. **The Antitrust Enterprise: Principle and Execution**. Cambridge: Harvard University, 2008a, p. 37-38 (“while antitrust decision making has moved considerably to the right since 1980, it has not moved as far as the orthodox members of the Chicago School wished it to move. Rather, it has adopted middle-of-the-road positions more reflective of the current Harvard position than any other”); PIRAINO JR., Thomas A. *Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century*. **Indiana Law Journal**, Bloomington, p. 345-409, 2007, p. 359 (“Despite the courts’ and agencies’ willingness to consider economic factors

Nesse sentido, o marco teórico que orienta a presente dissertação é aquele que questiona essa suposta hegemonia chicaguiana. Especificamente, Elhaug já se propôs a realizar tal análise em relação a precedentes da Suprema Corte dos Estados Unidos em matéria antitruste.⁸ Humildemente, esta dissertação propõe-se a fazer tal análise quanto à prática recente do CADE em sede de controle de concentrações.

Com efeito, o correto entendimento de como se moldou a defesa da concorrência desde a segunda metade do Século XX apresenta-se, assim, como uma realidade muito mais complexa do que maniqueísmos simples propostos por críticos e defensores do paradigma chicaguiano. A metáfora do pêndulo, novamente, apresenta-se mais como uma alegoria retórica do que um real instrumento de análise da evolução da política antitruste – o que ainda demanda atenção de pesquisadores, buscando destrinchar a sua efetiva materialidade e natureza entre as mais variadas disputas ideológicas que permeiam a política antitruste.

Dentro desse contexto, a escolha do embate teórico entre as escolas de Harvard e Chicago como definitivo para os contornos adotados pela política antitruste a partir dos anos 1950 justifica-se, como será aprofundado ao longo desta dissertação, por dois motivos centrais. Primeiro, a ascensão de ambas as escolas marca uma mudança na formulação da defesa da concorrência, a partir de uma influência mais direta, específica e própria do pensamento econômico sobre seus desenhos institucionais. Segundo, mesmo que não se pretenda ora negar a existência de outras escolas ao longo da história, ambos os movimentos mantêm, até hoje, legado forte sobre os delineamentos da política antitruste.⁹

É assim que o presente estudo investiga essa construção histórica, de forma a apresentar um enquadramento mais realista de como se construiu a política antitruste no embate entre as escolas de Harvard e Chicago. Buscando superar análises simplistas, que traduzem a evolução

that may reduce merging parties' future market shares, the Chicago School has not been able to convince antitrust regulators to fully recognize economic efficiencies as a mitigating factor in merger cases. Economists have recognized that mergers may achieve economies of scale, synergies, or cost savings that will allow the parties to offer lower prices to consumers after the completion of the transaction. The courts and agencies, however, have not yet been willing to consider such efficiencies as a defense to an otherwise illegal merger”). Em âmbito internacional, estudos empíricos apontam que, ainda que o paradigma chicaguiano possa ter exercido forte influência ideológica ao redor do mundo, significativas limitações foram impostas à sua aplicação prática, seja em decorrência de especificidades resultantes de jurisdições distintas, seja em decorrência de outras influências teóricas (como Harvard) a orientar a implementação e operação da defesa da concorrência em tais países. Conferir: BRADFORD, Anu; CHILTON, Adam S.; LANCIERI, Filippo Maria. The Chicago School's Limited Influence on International Antitrust. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 87, n. 2, p. 297-329, 2020.

⁸ ELHAUGE, *op. cit.*, 2007.

⁹ “My apologies in advance to other great universities for referring to the schools of antitrust thought as the Harvard and Chicago Schools. Many notable scholars who fit these schools are at neither university. I employ the Harvard and Chicago School terminology simply because it is in such widespread usage, and has a historical significance that helps convey the gist of two antitrust philosophies” (ELHAUGE, *op. cit.*, 2007, p. 60).

da defesa da concorrência como uma série de sucessões e rupturas, esta pesquisa visa, ao contrário, compreender simultaneidades e permanências dentro daquilo que se consolidou institucionalmente na governança da competitividade dos mercados.

Para dar cabo a tal objetivo, a metodologia utilizada pode ser dividida em dois grandes blocos. O primeiro deles consiste em uma revisão bibliográfica abrangente sobre a evolução teórica e institucional da disputa Harvard/Chicago. Tomando o recorte específico do controle de concentrações sob esses paradigmas, as leituras e trabalhos abordados ao longo desta dissertação visam a compreender como surgiram e desenvolveram-se esses diferentes marcos teóricos, avaliando seu efetivo impacto sobre a formatação institucional da política antitruste.

O segundo, por seu turno, busca trazer, como estudo de caso, a política antitruste brasileira em sede de controle de concentrações, sob a Lei Federal nº 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011 (Lei nº 12.529/2011). Tomando como base tanto as normas por trás da operacionalização desse mecanismo regulatório quanto seu *enforcement* efetivo, este estudo apresentará como interpretações unívocas e maniqueístas podem falhar em compreender a materialidade do embate entre essas influências teóricas distintas na realidade brasileira.

O presente trabalho dividir-se-á em quatro capítulos, para além desta introdução. O capítulo inicial destina-se a investigar o embate teórico dentro do recorte proposto. Nesse sentido, serão abordados os paradigmas e agendas de *enforcement* das escolas de Harvard e de Chicago, buscando reconstruir sua história institucional e seu impacto sobre a formatação política antitruste estadunidense no controle de concentrações. Os antecedentes históricos e legados das duas escolas também são analisados em subseções específicas.

Em sequência, o segundo capítulo destina-se ao estudo da sistemática normativa de controle de concentrações no Brasil, sob a Lei nº 12.529/2011. A seção, assim, direciona-se a analisar os contornos institucionais dados por instrumentos legais e infralegais que orientam a análise de atos de concentração (ACs) pelo CADE no Brasil.

O terceiro capítulo, por sua vez, busca realizar uma análise empírica a partir dos precedentes em controle de concentrações na vigência da Lei nº 12.529/2011, direcionando-se à compreensão de como o *enforcement* efetivamente se operacionalizou no país, para além de uma mera avaliação estática do seu *framework* institucional. A partir de amostragem dos ACs analisados pelo CADE será demonstrado, dessa forma, como uma simples retórica de dominância de Chicago falha em compreender a realidade institucional brasileira, especialmente da forma que se apresenta seu viés estruturalista.

Por fim, o último capítulo desta dissertação dedica-se às notas conclusivas da presente pesquisa. Para além de uma sumarização das principais conclusões ao longo dos capítulos anteriores, ele também destina-se a apresentar as possíveis implicações gerais do trabalho empreendido.

Ao término do presente estudo, espera-se trazer um panorama mais compreensivo e, sobretudo, real do processo de evolução teórica da política antitruste desde segunda metade do Século XX em sede de controle de estruturas, assim como sua operacionalização no Brasil sob a Lei nº 12.529/2011. Ainda que a regulação da concorrência tenha se disseminado e complexificado ao longo das últimas décadas, avaliações a respeito de seu impacto e sua operacionalização evoluíram de forma tímida.¹⁰

Esta pesquisa, em última instância, pretende questionar a validade de críticas sobre a atual condução da política antitruste, pautadas em retóricas vazias da hegemonia chicaguiana ao redor do mundo – em direção a uma abordagem intervencionista ou não.¹¹ Antes disso, entende-se que, apenas a partir de uma real apreensão de formatação institucional – em suas efetivas características e contradições –, debates e reformas podem traçar os caminhos para a defesa da concorrência no Século XXI.

Para tanto, a hipótese do presente estudo é de que o controle de concentrações conduzido pelo CADE, sob a Lei nº 12.529/2011, tem um viés essencialmente estruturalista, contrariando a retórica de uma suposta hegemonia da abordagem chicaguiana no Brasil. Com efeito, os resultados obtidos indicam que o CADE, apesar de aceitar eficiências em suas análises de atos de concentração, confere maior importância a uma análise eminentemente estrutural, já que eficiências não costumam ser suficientes para o órgão aprovar atos de concentração incondicionalmente.

¹⁰ “Antitrust analysis of individual cases has gotten increasingly sophisticated. Evaluation of antitrust policy has not. There is a need to gather post merger industry data and a need to gather the predictions of DOJ merger analysis in order to evaluate whether U.S. policy and analysis can be improved. Strong opinions are not substitutes for quantitative analysis” (CARLTON, Dennis W. *Why We Need to Measure the Effect of Merger Policy and How to Do It. National Bureau of Economic Research Working Papers*, Cambridge, n. 14719, 2009, p. 21).

¹¹ “Several commentators feel passionately that antitrust is too lax (e.g., *New York Times*) while some claim just the opposite (e.g., *Wall Street Journal*), but passion is no substitute for evidence” (CARLTON, *op. cit.*, 2009, p. 2). A respeito de defesas algumas vezes emocionais de posições teóricas da política antitruste, conferir: SCHREPEL, Thibault. *Antitrust without romance. New York University of Law and Liberty*, Nova York, v. 13, p. 326-431, 2020.

1. ABORDAGENS TEÓRICAS SOBRE CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES

Uma fundamentação econômica, ainda que de forma e em grau distintos, sempre esteve relacionada ao desenvolvimento da política antitruste. De fato, há registro de como, desde a promulgação do Sherman Act em 1890 nos Estados Unidos, diferentes vertentes do pensamento econômico – convém frisar que se tratava de um conhecimento econômico relativamente embrionário – estiveram presentes na história da política antitruste daquele país, reconhecida como pioneira ao redor do mundo.¹²

A despeito disso, a relação entre fundamentação econômica e aplicação da política antitruste nunca foi linear, tampouco simultânea. Ao contrário, essa influência sobre o desenho institucional foi circunscrita por outros fatores que permeavam a sua execução. Especialmente, o ambiente político no qual se encontrava a regulação da concorrência foi, muitas vezes, determinante para os eventuais contornos que seriam adotados em sua estruturação e operacionalização ao longo dos anos.¹³

O tensionamento constante em torno da fundamentação econômica que circunscrevia a estruturação desse mecanismo regulatório,¹⁴ entre a sucessão de inúmeras “escolas” e

¹² Conferir: PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 346 (“Over the 115 years since the adoption of the Sherman Act, the courts and enforcement agencies have altered their interpretation of the antitrust laws to match prevailing economic assumptions”); KOVACIC, William E. The Influence of Economics on Antitrust Law. **Economic Inquiry**, Fountain Valley, v. 30, p. 294-306, 1992, p. 294 (“Rowe [1984] and Hovenkamp [1989] show that economists and economic theory have influenced antitrust doctrine and policy throughout the period since the passage of the Sherman Act”).

¹³ “Despite attempts to camouflage antitrust law as purely economic, it has always been steeped in political ideologies. Even Robert Bork, who severed antitrust from its ‘socio-political’ origins and fastened it to economic impacts, admits that ‘[antitrust] is . . . an expression of a social philosophy, an educative force, and a political symbol of extraordinary potency’” (MIAZAD, *op. cit.*, 2022, p. 1657-1658); “the political environment affects how heavily judges and enforcement agencies rely upon economic analysis and the type of economic theory used as a basis for decision making. Changes in the political climate toward business determine whether antitrust enforcement policy and judicial doctrine take expansive or narrow paths” (KOVACIC, *op. cit.*, 1992, p. 302).

¹⁴ Dentro do escopo da presente dissertação, a regulação assim como o Estado Regulador são tomados de forma ampla. Entende-se aqui que tanto a regulação como o Estado Regulador são fenômenos polimórficos, unificados pelo propósito comum de intervir de forma ativa (por meio de política industrial, por exemplo) ou passiva (por meio da definição de limitações para a atuação dos agentes econômicos) sobre a economia. Conferir: LEVI-FAUR, David. The Odyssey of the Regulatory State: From a “Thin” Monomorphic Concept to a “Thick” and Polymorphic Concept. **Law & Policy**, Denver, v. 35, n. 1-2, p. 29-50, 2013. Assim, a política concorrencial para as finalidades desta dissertação pode ser entendida como uma manifestação da regulação e do Estado Regulador. Isso não significa, importa ressaltar, que não há aqueles que algumas vezes buscam distinguir a concorrência da regulação setorial em sentido estrito, mas apenas que para as finalidades deste estudo essa clivagem não se faz necessária. Conferir: COLOMO, Pablo. On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory. **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 29, n. 1, p. 261-306, 2010.

abordagens distintas sobre seu *enforcement*,¹⁵ não produz, necessariamente, transformações imediatas e drásticas, mas mediatas e incrementais. No entanto, a relação entre o pensamento econômico e a política antitruste encontraria um paradigma fundamental ao longo da segunda metade do Século XX: o surgimento da Escola de Harvard e o futuro embate com a sua sucessora, a Escola de Chicago.

Se, até então, a economia tivera um papel distinto e potencialmente mais indireto na construção da política antitruste, a sua evolução enquanto ciência e um *set* de transformações políticas e sociais iniciadas nos anos 1950 sobre a regulação como um todo levariam à sua progressiva centralidade – processo capitaneado pelas escolas de Harvard e Chicago.¹⁶ Não de outra forma, esses movimentos e as teorias econômicas que os instruíam levariam a reformas institucionais significativas, para além de produzirem herdeiros teóricos pelas décadas que se seguiriam depois de seus ápices.¹⁷

Este capítulo da pesquisa busca apresentar como essa evolução se operacionalizou nos Estados Unidos desde uma fase inicial de relativa indiferença da política antitruste ao pensamento econômico, até uma etapa de centralidade, ainda pertinente, do embate Harvard/Chicago. Mais especificamente, no que tange à estruturação da atividade de controle

¹⁵ “It has long been fashionable to categorize antitrust by its ‘schools.’” (CRANE, Daniel A. A Neo-Chicago Perspective on Antitrust Institutions. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 78, n. 1, p. 43-65, 2012, p. 43).

¹⁶ Conferir: PAGE, William H. The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. In: ABA (Org.). *Issues in Competition Law and Policy*. Chicago: ABA, 2008, v. 1, p. 17 (“In the *formative* period, the Supreme Court invoked freedom of contract as a limitation on the reach of antitrust rules. In the post-New Deal period, the Supreme Court largely accepted the intentional vision’s idea of market coercion and the attendant view that arrangements that limited dealer freedom harmed the competitive process. This shift in perspective led the court to create new rules of per se illegality and to close exceptions to existing ones. Beginning in 1977, however, the Chicago School’s version of the evolutionary vision has guided antitrust evolution. The changes have come first in subsidiary decisions on questions like antitrust injury, evidentiary sufficiency, and characterization, but experience in these contexts has led to changes in the substantive law, primarily in the direction of versions of the rule of reason. In recent years, Post-Chicago economic analyses have qualified some of the traditional Chicago positions, and these insights have begun to influence the law, though they have not slowed the trend toward fewer rules of per se illegality”); KOVACIC, *op. cit.*, 1992, p. 302 (“By itself, an intellectual vision may have little impact, but it may offer a goal toward which to divert political currents. An inventory of ideas helps determine whether discontent with existing policies and doctrine will be translated into genuine change. The degree to which public moods shape antitrust doctrine and policy often depends upon the availability of an intellectual justification for change”).

¹⁷ “Two opposing economic theories have battled for dominance during the modern antitrust era. In the 1960s and 1970s, the courts and agencies adopted the economic theories of a group of Harvard scholars who assumed that firms with market power would act in an anticompetitive manner. Under the ‘Harvard School’ approach, the courts and agencies presumed the illegality of any mergers, joint ventures, or agreements that allowed firms to obtain, enhance, or exercise market power, regardless of whether the conduct had the potential to benefit consumers by lowering prices or increasing output. However, beginning in the late 1970s, the courts and agencies began to adopt the theories of a group of University of Chicago academics, who taught that the only legitimate goal of the antitrust laws was to promote consumer welfare. Under the ‘Chicago School’ approach, the courts and agencies became much less willing to prohibit competitive conduct on its face. Instead, they felt compelled to engage in an extensive factual inquiry to confirm the effects of particular conduct on consumers before finding it illegal” (PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 346).

de concentrações, igualmente pretende-se discutir como tais marcos teóricos efetivamente afetaram a estruturação institucional dessa esfera de *enforcement*. O presente capítulo divide-se em quatro seções, além de uma síntese conclusiva ao final do capítulo.

Em primeiro lugar, serão apresentados os antecedentes históricos ao embate Harvard/Chicago na formulação da regulação da concorrência nos Estados Unidos. Assim, apresenta-se um breve panorama do relacionamento peculiar entre política antitruste e pensamento econômico, naquilo que poderia ser descrito como a era “formativa” da política antitruste estadunidense.

Na sequência, em segundo lugar, analisa-se o surgimento e pressupostos teóricos daquilo que se convencionou denominar de “Escola de Harvard”. Adicionalmente, busca-se compreender como esse paradigma teórico constituiu a sua agenda no controle de concentrações, a partir de sua perspectiva em relação a três aspectos fundamentais: (i) presunções estruturais; (ii) rivalidade e entrada; (iii) análise de efeitos.

Em terceiro lugar, será abordado como, em resposta à influência da Escola de Harvard, um outro movimento estruturou-se em torno da política antitruste: a assim descrita “Escola de Chicago”. De maneira similar ao subcapítulo anterior, apresenta-se tanto o paradigma teórico desse movimento quanto a sua agenda para o controle de concentrações, a partir dos mesmos aspectos – presunções estruturais, rivalidade e entrada e análise de efeitos.

Por fim, busca-se compreender o legado do debate Harvard/Chicago após os respectivos ápices dessas escolas. Será analisado como essas duas agendas produziram seus sucessores teóricos, impactando, até hoje, a formulação e os debates em torno política antitruste: a Nova Escola de Harvard e a Nova Escola de Chicago – usualmente englobadas dentro daquilo que se convencionou denominar de movimentos “Pós-Chicago”. Também será abordado como esse legado posiciona-se diante do surgimento no Século XXI de um novo movimento que visa a romper a herança de tais duas escolas – aquilo que ficou conhecido como movimento “neobrandeisiano”.¹⁸

¹⁸ A despeito de o termo “neobrandeisiano” ter sido cunhado pelos próprios teóricos integrantes desse movimento de proposta de transformação da agenda da política concorrencial, tal grupo de comentaristas e teóricos foi pejorativa e originalmente descrito como “antitrust hipsterism”, a partir de *tweet* do advogado Kostya Medvedovsky referente à resposta de Joshua Wright às opiniões de Lina Khan sobre a necessidade de reverter alguns precedentes consolidados na política antitruste. Disponível em: <<https://twitter.com/kmedved/status/876869328934711296>>. Acesso em: 3 de abr. de 2023.

1.1. Antecedentes históricos ao debate Harvard/Chicago

A história da política antitruste contava com mais de 60 anos desde a promulgação do Sherman Act em 1890, quando a Escola de Harvard passa a dominar o *enforcement* concorrencial em meados dos anos 1950. Evidentemente, esse período não consiste em um vácuo. Apesar do embate Harvard/Chicago ser definitivo para a modulação da defesa da concorrência na segunda metade do Século XX e início do Século XXI, essa disputa estava calcada em mais de seis décadas de aplicação prática e formulação teórica da legislação antitruste nos Estados Unidos.

É possível encontrar diversas propostas de periodização da história da política antitruste dentro da literatura sobre o tema, especialmente no que se refere ao período que antecedeu o debate Harvard/Chicago.¹⁹ Em qualquer cenário, a despeito de características específicas de fases desse período, entende-se que é possível tratá-lo de maneira unitária, enquanto uma era formativa da política antitruste nos Estados Unidos. Isso se dá, dentro do escopo da presente pesquisa, tanto pela formulação básica da política antitruste no país ao longo dessa fase²⁰ quanto pelo papel mais restrito das ideias econômicas na determinação de seu conteúdo material.

De fato, ao tempo da promulgação do Sherman Act em 1890, o pensamento econômico começava a se debruçar mais detidamente sobre problemáticas da concorrência e da

¹⁹ “• 1900–1920. After initial administrative neglect and judicial hostility, this era ushered in the promise of antitrust with the breakup of Standard Oil and the enactment of the Clayton and Federal Trade Commission Acts to prevent the formation of trusts and monopolies. • 1920s–1930s. Antitrust activity was rare since administrations generally preferred industry-government cooperation (and, during the early New Deal, economic planning and industry codes of fair competition), over robust antitrust enforcement” (STUCKE, Maurice E.; EZRACHI, Ariel. *The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement*. **Harvard Business Review**, Cambridge, 15 de dez. de 2017).

²⁰ Conferir: BAKER, Jonathan B. A preface to post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESE, Roberto; BERGH, Roger Van den (Orgs.). **Post-Chicago Developments in Antitrust Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2002, p. 60 (“Three broad eras of antitrust interpretation can be discerned through the judicial response to the statutory inkblots: a classical era around the end of the nineteenth century, a structural era around the middle of the twentieth century, and a Chicago School perspective characterizing the last quarter of the twentieth century”); e HOVENKAMP, Herbert J. The Invention of Antitrust. **Southern California Law Review**, Los Angeles, v. 96, p. 131-208, 2023, p. 133 (“The long American Progressive Era to the New Deal, roughly 1900 into the early 1930s, was the formative age of antitrust policy. During this period a diverse group of policy makers developed nearly all of the analytic tools that antitrust law uses today to evaluate business practices or market structures thought to be anticompetitive. For all intents and purposes, they invented antitrust law. In fact, after decades of experimentation we are reclaiming much of it. The extraordinary Progressive influence on antitrust policy was at least partly a historical coincidence. The passage of the Sherman and Clayton Acts and the development of techniques for evaluating practices tracked extraordinary developments in technology as well as social and economic thought. Antitrust policy would have looked very different had it developed a half century earlier”).

manutenção da competitividade dos mercados. Um dos mais relevantes economistas em língua inglesa da chamada “revolução marginalista”,²¹ Alfred Marshall já buscava aplicar o instrumental desenvolvido por aquilo que seria a base da economia moderna para matérias de concorrência, remetendo a pensamentos ainda anteriores à virada marginalista da economia como os do francês Antoine Augustin Cournot.²² Cournot tornar-se-ia possivelmente um dos pais da organização industrial, ao buscar criar modelos sobre os efeitos de diferentes estruturas de mercado (monopólios, duopólios ou oligopólios) sobre curvas de oferta e demanda ainda em 1838.²³

Outras teorias que consubstanciavam a fundamentação econômica sobre a dinâmica competitiva dos mercados surgiram a partir daí até a Escola de Harvard. Entretanto, o que torna possível entender a era formativa da política antitruste como um período único é precisamente que esse mecanismo regulatório manteve-se relativamente blindado daquilo que seria o instrumental econômico desenvolvido após a revolução marginalista e que formaria uma das origens das Ciências Econômicas modernas.

Diferentemente do que se sucedeu com as Escolas de Harvard e de Chicago, a definição e aplicação substantiva do Direito Concorrencial ocorreria por um viés essencialmente jurídico, e não econômico, especialmente nos casos pré-*New Deal*. A esse respeito, dois padrões principais foram observados, em que a legislação antitruste era entendida sob uma perspectiva de “*common law*” ou de “*rule of reason*” – primitiva, e não com a visão atual de “regra da razão”. Enquanto sob a primeira abordagem as violações antitruste eram tratadas como uma

²¹ Herbert J. Hovenkamp apontaria que foi justamente a virada marginalista que produziu a ideia de que mercados poderiam ter falhas, sujeitas à correção pela intervenção do Estado: “Marginalism began with the premise that value is a measurable expression of human choice. Value depended on willingness to pay or willingness to forego. Further, marginalism distinguished among goods depending on costs, availability, and preference. One corollary was the increasing belief that markets were not all the same and did not all function equally well. This opened the way for more substantial if selective intervention to correct market deficiencies” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2023, p. 146).

²² “Marshall was not the first marginalist, but he did turn marginalism into a practical tool of competition analysis. He explained that he had come to attach great importance to the fact that our observations of nature, in the moral as in the physical world, relate not so much to aggregate quantities, as to increments of quantities, and that in particular the demand for a thing is a continuous function, of which the ‘marginal’ increment is, in stable equilibrium, balanced against the corresponding increment of its cost of production. [...] Marshall set industrial organization economics on the path of studying industries individually by identifying goods, which he termed ‘commodities,’ that were sufficiently similar that they could be said to compete with each other. He borrowed from Augustin Cournot the definition that a ‘market’ is the ‘whole of any region in which buyers and sellers are in such free intercourse with one another that the prices of the same goods tend to equality easily and quickly’.” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2023, p. 148-150).

²³ Tamanha seria a relevância de Cournot que, como será abordado abaixo, mesmo a Escola de Harvard partia de alguns de seus pressupostos. Conferir: PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 348 (“The Harvard economists were heavily influenced by the classic theory of structuralism set forth by Augustin Cournot in 1838. [...] Cournot hypothesized that oligopolists would calculate their output so that, together, they would be able to achieve a profit-maximizing price approaching the monopoly level”).

forma de infração do *common law*, a ser definida em sua materialidade pela construção jurisprudencial e não por uma base factual,²⁴ a segunda abordagem, derivada de leituras distintas do *common law*, sustentaria que apenas práticas comerciais restritivas irrazoáveis (*unreasonable*) eram ilegais sob Sherman Act, promovendo um exame jurídico de razoabilidade.²⁵

Antes de uma orientação material econômica, o viés político – ou populista, conforme alguns comentadores – seria definitivo para consecução da política antitruste nos Estados Unidos em sua era formativa. De fato, a própria origem do Sherman Act em 1890, ainda que disputada dentro da literatura sobre o tema,²⁶ dificilmente pode ser afastada de seu projeto majoritariamente político.²⁷

Precedida por legislações locais e inúmeros litígios que visavam especialmente controlar o crescimento e a cobrança de taxas abusivas por ferrovias,²⁸ o Sherman Act seria elevado a um

²⁴ Conferir: DEWEY, Donald. The Common-Law Background of Antitrust Policy. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 41, n. 6, p. 759-786, 1955; LETWIN, William. The First Decade of the Sherman Act: Judicial Interpretation. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 68, n. 5, p. 900-929, 1959b, p. 900 (“The gravest problems of interpretation arose from ambiguities in both the legal theory and language of the act. It was based on the common law, and judges generally agreed that it should be interpreted according to the common law; yet they varied widely in their opinions of what the precedents dictated. [...] Congress had intended by this concise formula to outlaw three sorts of agreement known to the common law, each having a proper common-law name: contracts in restraint of trade, combinations in restraint of trade, and conspiracies in restraint of trade”); BAXTER, William F. Separation of Powers, Prosecutorial Discretion, and the Common Law Nature of Antitrust Law. **Texas Law Review**, Austin, v. 60, n. 4, p. 661-704, 1982, p. 663 (“The antitrust laws were written with awareness of the diversity of business conduct and with the knowledge that the detailed statutes which would prohibit socially undesirable conduct would lack the flexibility needed to encourage (and at times even permit) desirable conduct. To provide this flexibility, Congress adopted what is in essence enabling legislation that has permitted a common-law refinement of antitrust law through an evolution guided by only the most general statutory directions”).

²⁵ Essa abordagem foi promovida juízes como Edward Douglass White na Suprema Corte Americana. Seus votos nos casos *Standard Oil Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 63-67 (1911) e *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897) expressavam a necessidade de um exame jurídico de razoabilidade para aplicação do Sherman Act. Disponível em: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/> e <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/>. Acesso em: 23 de mar. de 2023. Conferir: LETWIN, *op. cit.*, 1959b, p. 920-922; BAXTER, *op. cit.*, 1982, p. 666-667; BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**. Nova York: Free Press, 1993, p. 21-41; e BICKEL, Alexander M.; SCHIMIDT JR. Benno C. **The Judiciary and Responsible Government 1910-21**. Nova York: Macmillan, 1984, p. 86-199.

²⁶ Herbert J. Hovenkamp sustenta existirem ao menos três visões principais em disputa pelas origens do Sherman Act: (i) aquelas que alegam uma natureza intrinsecamente consumerista na aprovação da legislação; (ii) aquelas que a atribuem a um encontro de grupos de pressão diversos, sem um escopo delimitado de interesses; e (iii) aquelas que a entendem como uma primeira resposta institucional a um sentimento crescente de dominação econômica. Conferir: HOVENKAMP, Herbert J. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**. 6ª ed. Saint Paul: West Group, 2020, p. 69-73.

²⁷ “The legislative history of the Sherman Act reveals its deeply populist sentiments and prevalent view that ‘big is bad.’ Economists were always dubious of the Sherman Act. While some dismissed it as an impotent challenge to stronger market forces, others worried that it would thwart the economic efficiencies that only scale could offer. Both groups were relegated to the periphery as lawmakers remained incensed with assailing concentrations of power” (MIAZAD, *op. cit.*, 2022, p. 158-159).

²⁸ “The legislative debate leading up to the Sherman Act can hardly be characterized as a dispute about economic theory. That came later as litigants and courts looked for tools that would enable them to assess practices in a coherent way” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2023, p. 133).

verdadeiro instrumento de ordenação da concentração de poder econômico por agentes privados.²⁹ Não de outra forma, tornar-se-ia célebre a colocação do próprio Senador John Sherman de que se o povo não tolerava um rei “como manifestação de poder político”, também não deveria tolerar “um rei sobre a produção, transporte e comércio de qualquer bem necessário à vida”. Assim, seria repudiável “se submeter a um autocrata do comércio, com poder para impedir concorrência e para fixar o preço de qualquer mercadoria”.³⁰

Esse mote³¹ de combate à concentração do poder econômico, mesmo que não previsto expressamente no Sherman Act, marcaria toda a era formativa da política antitruste ainda que em um processo não-linear. Essa abertura semântica, inclusive, levaria a dificuldades na definição daquilo que efetivamente deveria ser o objeto de *enforcement* da regulação da concorrência.³² De fato, em contexto maior, o Estado Regulador³³ ainda caminhava seus primeiros passos, enxergando o mercado muito mais como um campo de controle e ordenação social do que um espaço em que a sua intervenção possuía uma finalidade de promoção de suas virtudes, a partir de um objetivo claro e determinado – como se tornaria, posteriormente, a ideia de maximização de eficiência.

²⁹ Conferir: PAGE, *op. cit.*, 2008, v. 1, p. 4 (“Antitrust emerged in the late nineteenth century as a response to the growth of the trusts and their power in the American economy. In that period, the prevailing ideology of government’s role in the economy was *laissez faire*, but it had recently been attacked by a variety of progressive social movements that advocated greater governmental intervention”); HOVENKAMP, Herbert J. The Slogans and Goals of Antitrust Law. **Faculty Scholarship at Penn Carey Law School**, Filadélfia, n. 2853, 2022, p. 8 (“While it has never obtained traction in the legal literature, the idea that antitrust should be concerned with corporate “bigness” has been popular with the public since the antitrust movement began, and continues to be so”).
³⁰ “If we will not endure a king as a political power, we should not endure a king over the production, transportation, and sale of any of the necessities of life. If we would not submit to an emperor, we should not submit to an autocrat of trade, with power to prevent competition and to fix the price of any commodity” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Congressional Record**. Washigton, D.C., 1890, v. 21, p. 2457).

³¹ Herbert J. Hovenkamp ressalta que *slogans*, em contraste com *goals*, na política antitruste, como a proteção de um processo competitivo, operam como declarações de princípios abstratas e justamente por isso indisputáveis, sem definição material do que o direito concorrencial deve efetivamente perquirir. Conferir: HOVENKAMP, *op. cit.*, 2022, p. 4-5 (“These various expressions can also be described as either slogans or goals. Slogans are intended to produce broad assent, even among people who might disagree strongly about specific rules or outcomes. As a *statement* of principle, a successful slogan is pleasing to hear and difficult to dispute. [...] While slogans can produce widespread assent, they have the disadvantage that they do not identify the conduct that they do and do not condemn. Indeed, that is why they can claim such broad consensus. In contrast to slogans, the term “goal” implies an identifiable target, such as a soccer goalpost or a basketball hoop. Goals are less likely to claim broad assent. Once a particular goal is accepted, however, it produces more consensus around a particular outcome. This is not to say that goals are easy to measure, and often they are not. Rather, a goal creates a common set of criteria for measurement. It does not remove every dispute about whether a particular player actually scored”).

³² Conferir: PAGE, *op. cit.*, 2008, v. 1, p. 4-5 (“Under a pure evolutionary vision, the self-correcting mechanisms of the market would break down private cartels and monopolies, except when government privileges protected them. Consequently, in interpreting the prohibitions of the Sherman Act, the Court was most likely to condemn practices that more closely resembled public restraints on commerce and appeared to inhibit the market’s ability to correct the restraint. They were least likely to condemn arrangements with an established pedigree of validity in the common law”).

³³ Conferir: LEVI-FAUR, *op. cit.*, 2013.

Não seria de se estranhar, assim, que as primeiras décadas de aplicação da política antitruste nos Estados Unidos tenham tido uma natureza essencialmente errática. Não apenas os juízes se demonstrariam largamente hesitantes em tomar decisões com base no então recente marco legal concorrencial do país, como o próprio governo relutou em levar adiante casos de natureza antitruste.³⁴ Talvez, o maior indicador dessa trajetória irregular e do cenário de incerteza em torno dessa política, tenha sido a grande onda de fusões, ocorrida na sequência da promulgação do Sherman Act, entre 1895 e 1904.³⁵

Uma transformação incremental, contudo, teria início durante a presidência de Theodore Roosevelt (1901-1909). Com o avanço industrial acelerado dos Estados Unidos, o próprio Theodore Roosevelt ressoaria em alguns escritos e discursos preocupações acerca dos riscos democráticos que poderiam se originar do *big business*.³⁶ Essas inquietações canalizariam uma resposta institucional do governo dos Estados Unidos levada a cabo especialmente por meio da aceleração da litigância antitruste. De fato, o seu Attorney General, Philander C. Knox, seria responsável por 44 casos deflagrados, conduzidos e decididos entre 1901 e 1909³⁷ – o que conferiria ao presidente a fama de “*Trust-buster*”.³⁸

³⁴ Conferir: LETWIN, *op. cit.*, 1959, p. 900 (“As the first effort to control the economy at large, the Sherman antitrust law posed special problems for judges. Antitrust cases required more thorough and delicate analysis of economic issues than had ever been needed in resolving questions under the older branches of law. In some instances, they called for a fuller understanding of monopolistic and competitive behavior than economic theory could offer then, or can now. [...] But the greatest difficulty, especially pressing through the early years, was not so much to determine the facts of a case as to discover the meaning of the statute”); LETWIN, William. The First Decade of the Sherman Act: Early Administration. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 68, n. 3, p. 464-495, 1959a, p. 495 (“once the courts have handed down a series of decisions which suggest that the statute is, after all, applicable in some degree, a striking absence of enforcement must be attributed to government policy”).

³⁵ Conferir: LAMOREAUX, Naomi R. **The Great Merger Movement in American Business, 1895-1904**. Cambridge: Cambridge University, 1985. George Bittlingmayer sustenta o Sherman Act e sua aplicação durante a década de 1890 está relacionada ao aumento da grande onda de fusões de 1895 a 1904, especialmente considerando que pela legislação as fusões e aquisições ainda eram legais, enquanto práticas colusivas ou restritivas não. Conferir: BITTLINGMAYER, George. Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave? **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 28, n. 1, p. 77-118, 1985.

³⁶ Conferir: ROOSEVELT, Theodore. **American Problems**. Nova York: Outlook, 1910, p. 59 (“The greatest evils in our industrial system to-day are those which rise from the abuses of aggregated wealth; and our great problem is to overcome these evils and cut out these abuses. No one man can deal with this matter. It is the affair of the people as a whole. When aggregated wealth demands what is unfair, its immense power can be met only by the still greater power of the people as a whole, exerted in the only way it can be exerted, through the Government; and we must be resolutely prepared to use the power of the Government to any needed extent, even though it be necessary to tread paths which are yet untrod”); WU, Tim. **The Curse of Bigness: Antitrust in the New Gilded Age**. Nova York: Columbia Global Reports, 2018, p. 47-49.

³⁷ Knox desempenharia um papel importante na consolidação da política antitruste nos Estados Unidos, inclusive pela estruturação de uma divisão separada para assuntos dessa natureza em 1903, como um antecedente institucional da Antitrust Division do Department of Justice (DOJ).

³⁸ Charles S. Dana mencionaria essa fama adquirida pelo presidente em um texto de 1905: “It is hardly to be supposed that Mr. Roosevelt, who during the first year of his Presidency acquired something of a reputation as a ‘trust-buster,’ has desisted altogether from his attacks upon the trusts” (DANA, Charles S. Theodore Roosevelt and Tiberius Gracchus. **The Northern Iowa**, Cedar Falls, n. 180, n. 580, p. 327-334, 1905, p. 332).

Mais do que um movimento esporádico, a virada conduzida por Theodore Roosevelt não se encerraria com o fim de seu mandato. Seu sucessor, o Presidente William Howard Taft e sua administração foram responsáveis por 80 casos antitruste ao longo de sua presidência,³⁹ demonstrando que uma nova tendência havia se consolidado em torno da efetivação da política antitruste no país, resguardada pela ideia de proteção democrática em uma sociedade transformada pela expansão industrial.

Esse avanço da política antitruste na era formativa, no entanto, seria apenas consagrado nos anos de presidência de Woodrow Wilson. Intimamente ligado aos demais pensadores da *Progressive Era* nos Estados Unidos,⁴⁰ Wilson vocalizaria as preocupações com a concentração de poder em torno de grandes corporações, alinhado com aquilo que Theodore Roosevelt originalmente reportava como uma preocupação política democrática em relação a *big business*.

No decorrer da presidência de Wilson, foram conduzidas significativas reformas direcionadas ao enrijecimento legal da defesa da concorrência no país, como a aprovação do Federal Trade Commission (FTC) Act e do Clayton Act em 1914 – este último estabelecendo, entre outras disposições, o controle de concentrações nos Estados Unidos.⁴¹ Ao longo do governo de Wilson, vale destacar, o número de casos de natureza antitruste levados a cabo também aumentou, com 88 demandas apresentadas.⁴²

Louis D. Brandeis surgiria, nesse contexto, como artífice central dessas reformas,⁴³ além de ser nomeado por Wilson para ocupar a Suprema Corte dos Estados Unidos em 1916,⁴⁴

³⁹ Conferir: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Federal Antitrust Laws with Amendments**. Washington, D.C., 1920, p. 83-105.

⁴⁰ O próprio Wilson seria autor do livro *The New Freedom*, onde ativamente defendia uma carta ampla de reformas institucionais, dentre as quais a promoção da concorrência, a serem realizadas em um novo mundo industrial que se consolidava nos Estados Unidos. Conferir: WILSON, Woodrow. **The New Freedom: A Call for the Emancipation of the Generous Energies of a People**. Nova York: Doubleday, Page & Company, 1913. A respeito da agenda desses pensadores na esfera antitruste, conferir: HOVENKAMP, *op. cit.*, 2023, p. 133 (“The Progressive Era antitrust movement was both political and economic. It reflected the emergence of new interest groups as well as new sources of economic concern and theoretical developments. The emergent interest groups were large multistate business, the trade association movement dominated by small business, consumers, and labor. The new sources of concern were industrialization, the rise of modern distribution, the labor movement, and the increasing importance of consumers as market participants. The new theoretical developments were the rise of marginalist economics and industrial organization theory, which provided competition analysts with a set of tools like none they had before”).

⁴¹ Conferir: WINERMAN, Marc. The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 71, n. 1, p. 1-97, 2003.

⁴² Conferir: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, 1920, p. 106-40.

⁴³ “Portrayed as the ‘champion of small business’ and a fierce opponent to the scale economies enjoyed by large corporations, Brandeis was instrumental in passing the Federal Trade Commission Act and the Clayton Act of 1914” (PORTUESE, *op. cit.*, 2021, p. 17).

⁴⁴ A respeito do histórico profissional de Brandeis, conferir: MCCRAW, Thomas K. **Prophets or Regulation: Charles Francis Adams; Louis D. Brandeis; James M. Landis; Alfred E. Kahn**. Cambridge: Bellknap, 1984, p. 80 (“His career as a practicing lawyer, which began in 1878 and ended with his appointment to the Supreme Court in

tornando-se o principal expoente teórico da era formativa da política antitruste. O “advogado do povo” destacar-se-ia não apenas por expressar e canalizar parte da revolta popular contra o sentimento de dominação econômica pelo *big business* que levou à própria promulgação da legislação concorrencial, mas também buscava conferir-lhe uma maior materialidade teórica e prática.⁴⁵

Brandeis sustentava que a liberdade política só poderia ser alcançada a partir da obtenção de uma organização democrática e desconcentrada do campo econômico – *i.e.*, pulverizada entre agentes econômicos de menor porte.⁴⁶ Dessa forma, a plena independência dos cidadãos dos Estados Unidos não poderia ser obtida se eles dependessem de conglomerados industriais, enquanto empregadores, responsáveis pela administração de suas finanças ou como produtores e distribuidores de bens essenciais.⁴⁷

Nesse contexto, o poder econômico surgia como o principal obstáculo para a consecução desse ideal democrático. Brandeis não enxergava a concentração simplesmente como uma questão de dominação de estruturas econômicas específica ou tendo seus efeitos restritos apenas sobre o campo do mercado. Ele entendia o poder econômico como um fenômeno amplo, além de essencialmente político,⁴⁸ onde a grandeza tomada em sentido abstrato deveria ser ordenada pela regulação.

No que se refere especificamente à matéria concorrencial, a obra brandeisiana buscava, pela primeira vez, sistematizar abordagens a respeito do exame de legalidade de práticas comerciais e combinações entre unidades empresariais. Dessa forma, buscava efetivamente

1916, coincided almost precisely with the principal phase of the rise of center firms, which occurred between about 1880 and 1920”).

⁴⁵ “As the ‘people’s lawyer’ of the Progressive Era, Brandeis embodied the popular revolt against the sudden domination of the nation’s economic life by big business. [...] Brandeis watched the business revolution as it developed, tried his best to understand it, and found it, on the whole, hostile to his own values of autonomous individualism. For that reason he fought it, and in his crusades against what he called the ‘curse of bigness’ he was a formidable champion” (MCCRAW, *op. cit.*, 1984, p. 80).

⁴⁶ Conferir: BRANDEIS, Louis D. *Big Business and Industrial Liberty*. In: FRAENKEL, Osmond K. (Org.). **The Curse of Bigness**: miscellaneous papers of Louis D. Brandeis. Nova York: Viking, 1934a, p. 39 (“Either political liberty will be extinguished or industrial liberty must be restored”).

⁴⁷ “Politically, the American working man is free – so far as law can make him so. But is really free? Can any man be really free who is constantly in danger of becoming dependent for mere subsistence upon somebody and something else than his own exertion and conduct? [...] Government permits conditions to exist which make large classes of citizens financially dependent, the great evil of dependence should at least be minimized by the State’s assuming, or causing to be assumed by others, in some form the burden of incident to its own shortcomings” (BRANDEIS, Louis D. **Business – A Profession**. Boston: Small, Maynard & Company, 1914, p. 199).

⁴⁸ Conferir, exemplificativamente, o voto de Brandeis no caso *American Column & Lumber Co. v. United States*, 257 U.S. 377 (1921): “For the essence of restraint is power, and power may arise merely out of position. Wherever a dominant position has been attained, restraint necessarily arises. And when dominance is attained, or is sought, through combination, however good the motives or the manners of those participating, the Sherman Law is violated, provided, of course, that the restraint be what is called unreasonable”. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/257/377/>>. Acesso em: 23 de mar. de 2023.

conferir materialidade ao mote de combate a grandeza para além de uma análise casuística, começando a engendrará-lo dentro de conceitos como os expostos acima que, ainda que políticos, poderiam constituir um norte à política antitruste.

Um exemplo disso é sua proposta para análise da legalidade de trustes. Brandeis agrupava os avanços da concentração em torno de trustes em quatro classes: (i) os compromissos horizontais entre concorrentes para não comercializarem mercadorias abaixo de determinados preços; (ii) os acordos entre concorrentes em torno de um ente central neutro (um *trustee*, comitê ou mesmo uma pessoa jurídica para esse fim), destinado a equalização de preços; (iii) os *trusts* propriamente ditos, em que todos os acionistas delegavam a capacidade de representação a partir de sua participação social para determinados indivíduos, os *trusts*; e (iv) a efetiva concentração de diversas empresas em uma única unidade industrial.⁴⁹

Ainda que Brandeis enxergasse qualquer combinação entre agentes econômico como potencialmente negativa, os dois primeiros tipos de trustes seriam menos problemáticos do que os dois últimos. Em sua perspectiva, isso decorreria do fato de que as duas últimas formas de concentração feririam de maneira mais drástica (terceiro tipo de truste) ou eliminariam por completo (quarto tipo de truste) a autonomia e liberdade de pequenos negócios,⁵⁰ independentemente dos seus alegados efeitos benéficos a consumidores.⁵¹

Outro exemplo interessante é o caso de fixação de preço de revenda por entes verticalmente relacionados e a discriminação entre revendedores. Brandeis advogaria abertamente pela legalidade de acordos verticais de fixação de preço ou de condições de revenda como forma de maximizar o número e concorrência entre pequenos revendedores.⁵²

⁴⁹ “Brandeis went on to describe four different varieties of trusts and to argue that, all together, these four had evolved sequentially. The first class, he wrote, ‘presents the cases of several competing manufacturers, producers or traders agreeing not to sell their product below certain prices.’ [...] The second class of trusts Brandeis identified ‘is presented by agreement creating some central body, created with the design of equalizing prices,’ and administered by ‘some neutral party, as trustee, committee or corporation.’ [...] ‘The third class of trade combinations,’ Brandeis continued, ‘is the trust proper ... all of the stockholders in a corporation transfer all of their stock to certain individuals, generally three or more, as trustees. [...] The fourth class of combination that Brandeis analyzed was an actual merger of many companies into ‘one huge corporation.’” (MCCRAW, *op. cit.*, 1984, p. 94).

⁵⁰ “[The third class] was the kind of combination that Brandeis himself detested, because it interfered with the autonomy of the small independent businessmen who were absorbed into the trust. [...]. In this tightest form of combination [the fourth class of combination], he observed, ‘all semblance of individual activity is removed.’” (MCCRAW, *op. cit.*, 1984, p. 96).

⁵¹ Também sobre esse ponto, Thomas K. McCraw afirmaria que: “For Brandeis himself, the economic effects mattered far less than the social and political ones. He focused not on increases in consumer welfare but on decreases in the autonomy of small producers” (MCCRAW, *op. cit.*, 1984, p. 96).

⁵² Conferir seu voto no caso *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/220/373/>>. Acesso em: 23 de mar. de 2023. Conferir também seu artigo *Competition that Kills*, publicado originalmente em 1913 na *Harper’s Weekley*: BRANDEIS, *op. cit.*, 1914, p. 237-254. Em algumas entrevistas, Brandeis novamente repetiria a necessidade de fixação de preços de revenda,

De forma similar, diante do mesmo objetivo de maximização da concorrência na revenda, Brandeis também seria um defensor vocal da impossibilidade de discriminação, pela concessão de descontos ou pela cobrança de taxas, de revendedores pelo volume comercializado, mesmo que isso pudesse acarretar em maiores preços a consumidores finais – lógica percussora daquela que daria origem ao Robinson-Patman Act em 1936.⁵³

Dois comentários são dignos de nota dentro do esquema teórico brandeisiano. Primeiro, destaca-se que o consumidor não era essencialmente o destinatário da agenda brandeisiana. Especialmente considerando suas próprias visões pessoais e políticas, Brandeis desenvolveria uma apatia pela figura do consumidor médio, considerando a potencial irracionalidade e conspicuidade de seu consumo em massa a sustentar o *big business*. Assim, ele destinaria pouca atenção a arranjos potencialmente menos benéficos a consumidores dentro da sistemática geral de seu pensamento.⁵⁴ Brandeis não necessariamente se preocupava com questões distributivas dentro da regulação concorrencial dos mercados. Antes disso, a concorrência surgia como um fator de ordenação social do mercado, a garantir a liberdade individual e o exercício democrático em face da concentração do poder econômico por grandes conglomerados empresariais.⁵⁵

Segundo, Brandeis também não era um opositor da ideia de que a evolução tecnológica e a evolução industrial seriam capazes de gerar eficiências benéficas à sociedade. Ao contrário, Brandeis afirmaria que “a eficiência é a esperança da democracia”, representando “uma maior produção como menos esforço e a um menor custo”, elevando as condições de vida da

diferenciando-a de práticas danosas e uniformizadoras conduzidas por monopólios: BRANDEIS, Louis D. On Maintaining Makers' Prices. In: FRAENKEL, Osmond K. (Org.). **The Curse of Bigness**: miscellaneous papers of Louis D. Brandeis. Nova York: Viking, 1934c.

⁵³ Conferir seu voto no caso *Louis K. Liggett Co. v. Lee*, 288 U.S. 517 (1933). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/288/517/>>. Acesso em: 23 de mar. de 2023. Conferir também: MCCRAW, *op. cit.*, 1984, p. 104-105 (“He was willing to take the extreme step of forbidding the ancient and universal practice of charging less per unit for large quantities than for small ones, in order to maximize the absolute number of retailers”).

⁵⁴ “The consumer, then, was not Brandeis' ideal American, and Brandeis himself never represented the type of consumer advocate so prominent in later years. Again, the reason had less to do with economics than with personal values. Repelled by the flaunting materialism abroad in America, Brandeis angrily denounced conspicuous consumption. [...] Consumers had in effect betrayed him; they had refused to follow his precepts against bigness; they had revealed their true nature by passively buying the endless stream of goods that flowed from the center economy. [...] This was fundamentally an economic argument. But in the absence of an adequate framework of economic theory, Brandeis, like many later reformers, had only his personal and political sensibilities to guide him. His intense predisposition in favor of small units led him to endorse loose, horizontal, productively inefficient, consumer-injuring associations for the suppression of competition” (MCCRAW, *op. cit.*, 1984, p. 107-108).

⁵⁵ “Unlike the contemporary Neo-Brandeis movement, however, Brandeis did not necessarily view antitrust law as a vehicle for wealth redistribution. Rather, he viewed antitrust as a way to restore personal *liberty* and democratic ideals by combatting concentrations of power” (MIAZAD, *op. cit.*, 2022, p. 1659-1660).

população.⁵⁶ Contudo, eficiências seriam obtidas essencialmente por práticas de administração, segundo o autor.⁵⁷ Mesmo que entendesse que empresas pudessem obter algum grau de ganho de eficiência por meio do crescimento em estágios iniciais de seu desenvolvimento, entendia que as desvantagens da grandeza superavam suas vantagens.⁵⁸

Em suma, a agenda para a política antitruste, conforme formulada por Brandeis, representava a materialização de seus ideais mais amplos acerca da sua visão de democracia político-econômica e do combate à concentração do poder como elemento central nesse processo. A defesa da concorrência, em diálogo com as ideias de alguns de seus antecessores teóricos, era vista como parte desse sistema de defesa social a partir do controle da dominância dos agentes privados.

A efervescência dos anos 1910 e 1920 na condução da defesa da concorrência sob esse viés político de controle democrático do poder econômico não permaneceria ileso ao longo das décadas subsequentes. Possivelmente, o período que segue a crise de 1929 inicia a decadência da era formativa da política antitruste, dentro do contexto de maior experimentalismo do Estado Regulador, que ainda engatinhava nas primeiras décadas do Século XX.

A eleição de Franklin D. Roosevelt e a promoção do *New Deal* como resposta ao *crash* financeiro simbolizam não apenas capítulos de uma história de intervencionismo sobre a economia, mas pontos de virada essenciais sobre os vetores de orientação daquilo que viria a ser o Estado Regulador. De fato, daí em diante, a ordenação do campo econômico passaria progressivamente a ser insulada de um controle direto pelo governo, repousando cada vez mais

⁵⁶ “Efficiency is the hope of democracy. Efficiency means greater production with less effort and at less cost, through the elimination of unnecessary waste, human and material. [...] These demands for shorter working time, for higher earnings and for better conditions cannot conceivably be met unless the productivity of man is increased” (BRANDEIS, Louis D. Efficiency and social ideals. In: FRAËNKEL, Osmond K. (Org.). **The Curse of Bigness: miscellaneous papers of Louis D. Brandeis.** Nova York: Viking, 1934b, p. 51).

⁵⁷ “it may safely be asserted that in America there is no line of business in which all or most concerns or plants must be concentrated in order to attain the size of greatest efficiency. For, while a business may be too small to be efficient, efficiency does not grow indefinitely with increasing size” (BRANDEIS, *op. cit.*, 1914, p. 199). Conferir os comentários de Brandeis a respeito de uma administração científica: *Ibidem*, p. 37-50. Conferir também: HOVENKAMP, *op. cit.*, 2022, p. 32 (“For Brandeis, most efficiency came not from size but rather from management. He was an enthusiastic follower of ‘Taylorism’ or ‘scientific management,’ which attempted to instruct firms in cost reducing or time saving processes. In 1914 he argued to the shortlived United States Commission on Industrial Relations that organized labor should embrace scientific management”).

⁵⁸ “Brandeis’s hostility to chains and other large sellers reflected an antinomy in his own beliefs about business efficiency. In a 1914 address to the U.S. Chamber of Commerce he acknowledged that firms can attain greater efficiency through growth. However, they reached maximum efficiency ‘at a fairly early stage.’ From that point ‘the disadvantages of size outweigh in many respects the advantage of size.’ The one advantage that the large firm continued to hold, he argued, was in the ‘collection and getting of knowledge.’ Within this he also included research laboratories, which ‘can be maintained only by great concerns’” (*Ibidem*, p. 31-32).

em agentes detentores de expertises específicos, organizados em diferentes entes reguladores e pautados pela evolução das Ciências Econômicas.⁵⁹

No que se refere à regulação da concorrência, vale destacar que o próprio Franklin D. Roosevelt detinha uma posição ambivalente em relação à concentração de mercado e a presença de monopólios enquanto capitães de indústria.⁶⁰ De fato, em um primeiro momento sua presidência inclusive promoveria práticas comerciais tidas como de natureza anticompetitiva ou, no mínimo, concentracionistas, visando a acelerar a recuperação econômica dos Estados Unidos. Mais peculiarmente, essas políticas seriam conduzidas por uma agência administrativa própria, a National Recovery Administration (NRA), nos termos do National Industry Recovery Act (NIRA) de 1933.⁶¹

Foi apenas quando a Suprema Corte declarou a inconstitucionalidade de uma série de previsões do NIRA em 1935, partindo da premissa que a lei criaria uma delegação ilegal de competências do Legislativo ao Executivo,⁶² que Franklin D. Roosevelt se viu obrigado a reorientar sua política econômica no que se refere à concorrência.⁶³ Desse momento em diante, Franklin D. Roosevelt nomearia Thurman Arnold como chefe da Antitrust Division do DOJ em 1938,⁶⁴ dando sequência à tradição *trust-busting* do governo estadunidense iniciada com seu

⁵⁹ Essa abordagem foi amplamente promovida por James M. Landis, que ocupou vários cargos da administração do governo de Roosevelt, inclusive dentro do FTC. Conferir: RITCHIE, Donald A. **James M. Landis: Dean of the Regulators**. Cambridge: Harvard University, 1980; LANDIS, James M. **The Administrative Process**. New Haven: Yale University, 1938; e MCCRAW, *op. cit.*, 1984, p. 153-209.

⁶⁰ Conferir: HAWLEY, Ellis W. **The New Deal and the Problem of Monopoly**. Princeton: Princeton University, 1966.

⁶¹ Conferir: HOVENKAMP, *op. cit.*, 2020, p. 80 (descrevendo as perspectivas ambivalentes sobre concorrência ao longo dos anos 1930 e a abordagem mais leniente em relação à concentração de mercado adotada pelo governo de Roosevelt); WU, *op. cit.*, 2018, p. 78-79 (“The laws did suffer a near-death experience in the early 1930s, at a time when nationalization and central planning were in fashion around the world. During FDR’s first New Deal, Congress effectively suspended the laws in a failed effort to generate economic recovery”).

⁶² Conferir caso *A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U.S. 495 (1935). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/295/495/>>. Acesso em: 15 de mar. de 2023.

⁶³ Conferir: SAWYER, Laura Phillips. **American Fair Trade: Proprietary Capitalism, Corporatism, and the “New Competition,” 1890-1940**. Nova York: Cambridge University, 2018, p. 269 (“Industrial corporate leaders appeared to embrace New Deal plans to alleviate the destructive practices of free market competition and harmonize supply and demand so as to raise prices in all sectors of the economy”).

⁶⁴ “However, with the Great Depression, the emergence of the New Deal, and the rise of Keynesian economics, an alternative approach to antitrust became dominant — what Page terms the ‘intentional vision’ and what is referred to here as the populist doctrine. Indeed, the Roosevelt Administration’s Justice Department took a much more interventionist approach to antitrust, and in particular focused on preserving small competitors and insulating them from ‘coercion’ by their suppliers and from competition from larger firms. The Supreme Court at the time, influenced by the Roosevelt appointments, began to adopt this general view. Beginning with the tenure of Thurman Arnold as Assistant Attorney General, the Antitrust Division began an ambitious enforcement program aimed, in part, at changing the law to reflect a different understanding of markets. One area of special emphasis was distributional restraints. In an era when larger chain stores were emerging, Arnold believed big business was choking off the channels of distribution by coercive measures that undermined the freedom of action of independent dealers. A majority in Congress held this view as well, as evidenced by the passage of the Robinson-Patman Act of 1936, which attempted to protect small businesses from discriminatory pricing by their suppliers”

parente e antecessor Theodore Roosevelt. Vale destacar que, ao final do mesmo ano, sob a chefia de Arnold, o DOJ apresentou 1.375 *complaints* em 213 casos distintos.⁶⁵ Além disso, essa virada também pode ser representada pela aprovação do Robinson-Patman Act em 1936, destinado à proibição de práticas discriminatórias entre agentes verticalmente integrados.

A despeito desse retorno a uma abordagem mais agressiva, importa notar que o viés político forte, que marcara esse mecanismo regulatório desde sua origem, começa a ser progressivamente relativizado. Não em outro sentido, ao longo desse período, a política antitruste começa a dar sinais de um processo de maior abertura à racionalidade econômica na definição de seu conteúdo material, ainda que pautando-se em ideias e teorias econômicas que já contavam com décadas de existência.⁶⁶

Após a Segunda Guerra Mundial, dificilmente poderia se enxergar a política antitruste como um vetor essencialmente político de securitização da democracia. A moderna teoria econômica começaria a avançar em passos largos, especialmente sobre o campo da organização industrial, influenciando cada vez mais um modelo regulatório calcado em seus paradigmas. Progressivamente, a ideia de que algum grau de concentração econômica era tanto inevitável quanto positivo para a criação de eficiências tornou-se aceitável dentro do debate da política antitruste.

Assim novas dificuldades seriam colocadas à tarefa da defesa da concorrência como uma melhor compreensão das estruturas competitivas em si, e não meramente ideias abstratas de grandeza⁶⁷ – o que levaria a uma demanda crescente por um instrumental econômico capaz de

(ATKINSON, Robert D.; AUDRETSCH, David B. **Economic Doctrine and Approaches to Antitrust**. Washington, D.C.: ITIF, 2011, p. 9).

⁶⁵ Conferir: WALLER, *op. cit.*, 2004, p. 594; HOVENKAMP, *op. cit.*, 2020, p. 80; e WU, *op. cit.*, 2018, p. 79.

⁶⁶ Um exemplo disso é a teoria de “*ruinous competition*” formulada ainda em 1887 por John Bates Clark, mas que exerceria alguma influência na configuração da política antitruste mais de quatro décadas depois, por meio de reorientações da jurisprudência do país. Conferir: HOVENKAMP, Herbert J. Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique. **Columbia Business Law Journal**, v. 2001, n. 2, p. 257-338, 2001, p. 259-262 (“In the 1890s, economists struggling with the first marginalist models in economics had difficulty explaining how a competitive enterprise could ever recover its fixed costs. Finding no adequate explanation, several economists argued that firms with significant fixed costs would be driven to ‘ruinous competition’ that would invariably yield low returns, bankruptcy, and harmful destruction of assets. John Bates Clark, perhaps the most important American economist of his generation, argued in 1887 that certain industries subject to high fixed costs and economies of scale were so prone to overproduction that the firms in them must either collude or face ‘widespread ruin.’ [...] But the economic debate over the possibility of ruinous competition continued into the 1920s and 1930s and had a significant influence on antitrust policy making, such as the important United States Steel merger decision in 1920. The theory also played a significant role in the trade association movement of the 1920s and the movement for voluntary cooperation among firms in the 1930s”).

⁶⁷ “This assumption had numerous implications that were relevant to antitrust. One was to invite questions about exactly how to identify who was in such a market and who was not. A second was to consider whether the identity of the firms in this grouping changed over time. The concept of ‘entry barriers’ explained the likelihood that firms would cross this line, coming in when profits were high. A third was to make the analysis of relationships among competitors, or ‘horizontal’ relationships very different from the analysis of vertical or other relationships. A fourth

mensurar o momento exato da necessidade de sua intervenção.⁶⁸ Estava, assim, aberto o caminho para o surgimento de uma transformação drástica na relação entre o pensamento econômico e a regulação da concorrência, que se iniciaria ao longo das décadas seguintes.

Brandeis não foi, nesse contexto, o único comentador a expressar o desconforto político da era formativa com a concentração do poder econômico, nem a complexidade dessa fase histórica pode ser integralmente resumida às suas ideias. Contudo, foi ele que melhor conseguiu expressar e sistematizar uma abordagem da defesa da concorrência em relação a concentrações em suas primeiras décadas de existência, a partir da promulgação do Clayton Act em 1914. Brandeis, dessa maneira, entenderia que os custos políticos da grandeza resultantes seriam praticamente inadmissíveis em uma sociedade industrial, formando uma posição estridentemente contrária a concentrações, independentemente de sua natureza. Para Brandeis, enquanto representante máximo dessa fase, a maior eficiência econômica deveria respeitar esse conjunto de valores e ser obtidos, antes de tudo, por mecanismos orgânicos de crescimento, como aprimoramentos de gestão.

Como nota final, ressalta-se que, possivelmente, o maior legado da era formativa da política antitruste foi justamente a ideia de que a competitividade dos mercados, antes de ser um fato dado, era uma construção institucional. Ainda que partindo de uma mera visão de ordenação política e social no início desse período para uma efetiva demanda por instrumentais econômicos capazes de lidar com estruturas de mercado concentradas ao final dele, a defesa da concorrência consolidou uma premissa que se tornaria pressuposto de parte das escolas da política antitruste: mercados e a manutenção da competição são fruto da agência humana.⁶⁹ Não de outra forma, parcela do arcabouço institucional da política antitruste estadunidense foi

was a search for the conditions that either furthered or undermined competition once such a group of firms or their commodities had been defined” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2023, p. 150).

⁶⁸ Conferir: HOVENKAMP, *op. cit.*, 2020, p. 80 (“Undoubtedly the most lasting legacy of the problems attending the New Deal and the recovery was the increasing attempt by antitrust policy makers after World War II to take efficiency concerns more seriously, and to recognize that bigness and even a certain amount of oligopoly were a fact of life. This required a more sophisticated dialogue between antitrust and economic theory”); e HOVENKAMP, *op. cit.*, 2022, p. 9 (“Making ‘bigness’ itself the evil often ignores many characteristics of large firms that are beneficial and even essential to the economy and society. In this sense ‘bigness’ operates in populist antitrust rhetoric much like the word “immigrant” does in right-wing populist political rhetoric, using a single term to mask a complex phenomenon. The anti-immigrant rhetoric ignores the fact that we are a nation of immigrants, that they have always been central to American economic and social development and diversity, and that new immigration is essential to economic growth. In the same way, the large business firm has been a significant driver of American economic growth, innovation, variety, opportunity, and consumer welfare”).

⁶⁹ “This change in the conception of markets from a pure product of nature to a created human institution was perhaps Progressive economics’ most important contribution. Markets became imagined as human creations and not merely a reflection of permanent natural laws. Their design was a product not only of preference but also of state policy, which could be for good or for ill.” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2023, p. 146).

desenvolvida ao longo desse período, que, ainda que indiretamente, exerceria influência sobre a consecução na regulação da concorrência ao longo da segunda metade do Século XX.⁷⁰

1.2. Escola de Harvard

No período que se seguiu ao *New Deal*, a relação entre o pensamento econômico e a política antitruste passa por uma transformação. Como ressaltado acima, o principal legado da presidência de Franklin D. Roosevelt ao fim da era formativa, após os anos 1930 e 1940, foi um indicativo da maior necessidade de orientação das políticas públicas em campo regulatório pela teoria econômica – contexto que permearia a toda a estruturação do Estado Regulador, iniciada ao longo de sua administração.

A política antitruste não escapou dessa tendência. Após as décadas formativas da disciplina concorrencial nos Estados Unidos, a sua operação parecia indicar cada vez mais para a necessidade de um instrumental distinto daquele utilizado até então. Nesse sentido, as preocupações essencialmente políticas acerca da acumulação do poder econômico – que deram a tônica do desenho desse mecanismo regulatório ao longo das primeiras décadas de sua existência – foram sendo progressivamente preteridas em benefício de abordagens incrementalmente calcadas no desenvolvimento das Ciências Econômicas. Justamente diante dessa necessidade de racionalização econômica da consecução da política antitruste, o resgate de teorias econômicas e que se desenvolveriam nos anos seguintes no campo da moderna organização industrial ganhou tração.

O passo seguinte desse processo ocorreria, inicialmente, por uma melhor compreensão acerca das *estruturas* que conformam mercados e suas implicações sobre o comportamento competitivo de empresas.⁷¹ Precisamente nesse contexto que Donald F. Turner e Phillip Areeda,

⁷⁰ Conferir: CRANE, Daniel A. All I Really Need to Know About Antitrust I Learned in 1912. *Iowa Law Review*, Iowa City, v. 100, n. 5, p. 2025-2038, 2015; e HOVENKAMP, *op. cit.*, 2023, p. 133-134 (“Nearly all of these developments placed antitrust theory on an expansion course that prevailed until the reaction against the New Deal found a voice in the neoliberalism of the 1940s, particularly as expressed by the Chicago School. Even so, the neoliberal revolution adopted most of these tools, although it modified some of them and rejected a few”).

⁷¹ Vale destacar que esse processo foi marcado por um *crescendo* gradual, sendo que já nos anos 1920 e 1930 tribunais já demonstravam a necessidade de melhor entendimento a respeito desse tópico, pavimentando o caminho para as transformações que seriam testemunhadas nas décadas subsequentes. Conferir: HOVENKAMP, *op. cit.*, 2023a, p. 23 (“Gradually, concerns about structural requirements became more prominent. The opinion in *United States v. United States Steel Corp.* was more concerned with market structure, refusing to condemn the company’s formation by merger, mainly because the defendant’s market share had declined to around 40 percent. As a result,

acadêmicos proeminentes ligados à Universidade de Harvard, resgatariam as ideias de economistas como Edward Chamberlain e Edward S. Mason para identificação de comportamentos anticompetitivos a partir de estruturas industriais específicas – teorias que seriam, ainda, refinadas ao longo dos anos 1950 por Joe S. Bain.⁷²

Não apenas tais integrantes da Escola de Harvard ocupariam cargos de relevo para a formulação e operação da política antitruste – Phillip Areeda atuaria diretamente nas administrações dos presidentes Dwight D. Eisenhower (entre 1956 e 1961), Richard Nixon (1969) e Gerald Ford (entre 1974 a 1975),⁷³ enquanto Donald F. Turner se tornaria *head* da Antitrust Division do DOJ entre 1965 e 1968 por nomeação do Presidente Lyndon B. Johnson –,⁷⁴ mas também parte significativa de sua agenda traduzir-se-ia em reformas institucionais significativas. Em 1950, o controle de concentrações sofreria uma importante mudança legal, por meio da aprovação do Celler–Kefauver Act, com a ampliação do seu escopo sobre verticalizações ou consolidações conglomeradas, operadas por meio de compras de ativos, de participações societárias ou de agentes fora de uma relação de concorrência horizontal direta.⁷⁵

Em dimensão infralegal, poucos anos depois, em 1955, foi publicado o *Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws*, que discutia largamente a necessidade de melhor compreensão por tribunais e reguladores sobre aspectos estruturais do mercado para a condução da política antitruste, com base nos parâmetros disponíveis à época pela moderna organização industrial.⁷⁶ Como sinal máximo da consagração da agenda harvardiana, ainda, o DOJ publicaria, ainda, as *1968 Merger Guidelines*, adotando parte substantiva de seus pressupostos para o *enforcement* concorrencial sobre estruturas.

A presente subseção destina-se, dessa forma, à compreensão da Escola de Harvard. Em primeiro plano, serão abordados os principais pressupostos que conformariam seu paradigma teórico. Na sequência, em segundo plano, busca-se debater como tais paradigmas modularam

although the defendant may once have been a monopoly, it was not so anymore. [...] Decisions such as *United States Steel* and *International Harvester* paved the way for a structural revolution that began to take form in the 1930s and 1940s”).

⁷² “The Harvard scholars included Donald F. Turner and Philip Areeda, who were influenced by earlier Harvard economists such as Edward Chamberlain, Edward Mason, and Joe Bain” (PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 346).

⁷³ Conferir: BREYER, Stephen G. *et al.* In Memoriam: Phillip E. Areeda. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 109, n. 5, p. 889-910; e ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DOJ. **Harvard Law Professor Phillip Areeda Receives the Antitrust Division's 1995 John Sherman Award**. Washington, D.C., 1995.

⁷⁴ Conferir: BREYER, Stephen G. Donald F. Turner. **The Antitrust Bulletin**, Thousand Oaks, v. 41, n. 4, p. 725-728, 1996.

⁷⁵ Conferir: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Celler-Kefauver Act: Sixteen Years of Enforcement**. Washington, D.C., 1967.

⁷⁶ Conferir: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws**. Washington, D.C., 1955.

uma agenda específica desse movimento para a consecução do controle de concentrações nos Estados Unidos entre as décadas de 1950 a 1970.

1.2.1. Paradigma teórico da Escola de Harvard

A investigação daquilo que representava o paradigma teórico sustentado pela Escola de Harvard necessariamente implica na revisão de um *core* de economistas que dariam os principais pressupostos de sua sustentação: Chamberlain, Mason e Bain. Tais autores ligados ao influente departamento de economia da Universidade de Harvard dariam a tônica do modelo de avaliação concorrencial que seria largamente adotado pelos operadores da política antitruste. Não apenas suas contribuições a respeito da concentração industrial seriam relevantes para as Ciências Econômicas, mas também influenciariam uma série de agendas de pesquisa correlatas, incluindo aquelas relacionadas à regulação e ao Direito Concorrencial.⁷⁷

Um primeiro passo importante dos pressupostos a orientar esse grupo de economistas é o abandono de abordagens idealistas a respeito da concorrência. Tais ideias passam a ser externalizadas especialmente por Chamberlain,⁷⁸ mas também por outros autores não ligados à

⁷⁷ “The Harvard University economics department, the nation’s most influential at the time, promoted this movement heavily with its ‘case study’ approach that guided the research agendas of numerous graduate students. A principal purpose of these Harvard-published industry studies was to stress how individual markets or firms had distinct features that required particularized analysis. These studies were abetted by increasing attention paid to ‘industrial concentration,’ or markets as measured by census data that contained a small number of firms. Many economists found ominous implications for competition. Accelerating this trend was renewed interest in the theory of oligopoly, and a little later, Harvard professor Edward Chamberlin’s theory of product differentiation and monopolistic competition. These forced even closer scrutiny of the differences among markets or firms” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2023a, p. 25).

⁷⁸ “The explicit recognition that product is differentiated brings into the open the problem of variety and makes it dear that *pure competition may no longer be regarded as in any sense an ‘ideal’ for purposes of welfare economics*. In many cases it would be quite impossible to establish it, even supposing it to be desirable. Retail shops, for example, could not all be located on the same spot, and personal differences between actors, singers, professional men, and business men could not be eliminated. But even where possible, it would not be desirable to standardize products beyond a certain point. Differences in tastes, desires, incomes, and locations of buyers, and differences in the uses which they wish to make of commodities all indicate the need for variety and the necessity of substituting for the concept of a ‘competitive ideal’ an ideal involving both monopoly and competition. How much and what kinds of monopoly, and with what measure of social control, become the questions” (CHAMBERLAIN, Edward H. **The Theory of Monopolistic Competition: A Re-orientation of the Theory of Value**. Cambridge: Harvard, 1933, p. 214-215).

Universidade de Harvard, como John Maurice Clark, filho do economista John Bates Clark, ao propor a ideia de *workable competition*.⁷⁹

Ainda muito influenciados pela teoria clássica de Cournot, esses economistas desenvolveriam uma interpretação relativamente determinista da organização industrial.⁸⁰ Em uma abordagem que seria denominada “estruturalista”, esse grupo de acadêmicos argumentava que configurações estruturais específicas de mercados seriam determinantes à *performance* dos agentes em um jogo competitivo. Estruturas concentradas tenderiam a um pior desempenho pelos concorrentes em um determinado mercado – ideia que seria adotada pelos juristas da mesma universidade a fim de criar um parâmetro técnico de aplicação da política antitruste.⁸¹

Importante notar que isso envolvia uma tentativa de racionalização, pela aplicação de teorias derivadas das Ciências Econômicas, da retórica da política antitruste construída na era formativa. Nesse contexto, a Escola de Harvard buscaria revestir com instrumental econômico a ideia de que defesa da concorrência destinava-se a uma proteção da liberdade econômica individual diante do *big business* – cenário no qual a formulação de uma abordagem fundamentalmente estruturalista parecia se acomodar bem.⁸²

Essa fundamentação econômica seria utilizada pelos juristas da mesma universidade na consecução de um instrumento prático e técnico para a aplicação material da política antitruste: o paradigma estrutura-conduta-desempenho (E-C-D) – ou, em inglês, *structure-conduct-*

⁷⁹ “Theories of imperfect and ‘monopolistic’ competition have for some time been current, in an unformulated state, in the field of economic policy; and important beginnings have been made at formulation by economic theorists. As a necessary step in this last development, the conception of ‘perfect competition’ has itself for the first time received really specific definition and elaboration. With this has come the realization that ‘perfect competition’ does not and cannot exist and has presumably never existed, for reasons quite apart from any inescapable tendency toward collusion, such as Adam Smith noted in his familiar remark on the gettings-together of members of a trade. What we have left is an unreal or ideal standard which may serve as a starting point of analysis and a norm with which to compare actual competitive conditions. It has also served as a standard by which to judge them” (CLARK, John Maurice. *Toward a Concept of Workable Competition*. **The American Economic Review**, Nashville, v. 30, n. 2, p. 241-256, 1940, p. 241).

⁸⁰ “The idea of a correlation between the number of firms in a market and its degree of competitiveness dates back to Cournot, a French mathematician who wrote in the mid-nineteenth century. In Cournot’s model, as the number of effective competitive players in a market becomes smaller, the margin between price and marginal cost increases until it reaches the monopoly level with a single firm” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2023, p. 153).

⁸¹ Conferir: PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 348-349 (“In the middle of the twentieth century, Harvard economists such as Edward Chamberlain, Edward Mason, and Joe Bain argued that an industry’s structure, that is, the number of firms in the market and their relative sizes, determines how effectively firms will perform in that market. Beginning in the 1960s, Harvard professors applied the structural approach of the Harvard economists to antitrust theory. These scholars argued that, when markets are concentrated, firms are more likely to engage in anticompetitive conduct”).

⁸² “Harvard School academics pointed out that, when Congress enacted the Sherman and Clayton Acts, it was concerned with the growing economic and political power of trusts such as the Standard Oil Company and United States Steel Corporation. In construing the broad language of the Sherman and Clayton Acts, the courts should be guided by Congress’s desire to protect individual competitors from the market power wielded by large firms” (PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 349).

performance (S-C-P). Dessa forma, entendia-se que estruturas industriais concentradas levariam provavelmente a comportamentos colusivos ou anticompetitivos, diminuindo, conseqüentemente, o desempenho geral do mercado.⁸³

Isso implicaria uma abordagem causal da política antitruste a partir da identificação de potenciais estruturas mais ou menos concentradas. Dessa forma, mesmo que dimensões competitivas distintas – como o condicionamento do mercado (marcado pela rivalidade e entrada de concorrentes) e o desempenho econômico dos agentes econômicos – pudessem estar presentes no horizonte analítico desse marco teórico, elas desempenhariam um papel secundário, fundamentalmente determinadas pela configuração estrutural dos mercados.⁸⁴ Em raciocínio inverso, também passa-se a entender que a intervenção estrutural pela desconcentração de mercados muito provavelmente resultaria em uma melhora de seu desempenho.

Em termos de *enforcement*, dentro desse esquema teórico, operações que alteram a configuração industrial de mercados, mesmo que minimamente, no sentido de sua concentração, eram ilícitas.⁸⁵ De maneira análoga, alegadas condutas anticompetitivas eram

⁸³ Conferir: ATKINSON; AUDRETSCH, *op. cit.*, 2011, p. 10 (“At a scholarly level, this populist approach to antitrust became known as the Harvard structure-conduct-performance paradigm. This view, best characterized by Kaysen and Turner, was that market power per se is harmful, and therefore should be illegal. The focus of analysis was on market structure rather than on business conduct as the source of adverse economic performance. In other words, markets in which single or few firms controlled more than a certain percent of production were automatically suspect. Indeed, the holders of the populist doctrine continue to see large firms and concentrated industries as leading to allocative inefficiency (and harm to consumers, small businesses and others)”).

⁸⁴ Conferir: ATKINSON; AUDRETSCH, *op. cit.*, 2011, p. 10 (“Because they argue that market forces are insufficient to challenge the entrenched power of a dominant firm, the populists emphasize structuralist solutions, such as aggressive merger enforcement and the breakup of large firms. Even George Stigler, who subsequently abandoned this school, was sympathetic with the structuralist view when he wrote, ‘An industry which does not have a competitive structure will not have competitive behavior.’ The populist doctrine may have made a certain amount of sense at the time, when the economy was national in scope and dominated by large firms in commodity type industries with little dynamism and entry. But the economy is very different today”); e DONSIMONI, Marie-Paule; GEROSKI, Paul; JACQUEMIN, Alexis. Concentration Indices and Market Power: Two Views. **The Journal of Industrial Economics**, Abingdon-on-Thames, v. 32, n. 4, p. 419-434, 1984, p. 421-422 (“To sum up, the structuralist hypothesis (at least in its more sensitive versions) is a joint hypothesis outlining the causal determination of performance through the collective interdependent effects of several facets of market structure on conduct”).

⁸⁵ “Harvard School scholars believed that mergers and joint ventures which substantially increased concentration levels in the relevant market made it easier for the remaining firms to engage in anticompetitive conduct. Either the merged entity acting alone (defined as ‘unilateral effects’) or the merged entity collaborating with the remaining firms in the market (defined as ‘coordinated effects’) could limit competition by charging higher prices, lowering output, reducing product quality, or slowing innovation” (PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 357). Nesse sentido, também: “The populists focus on market structure and are sympathetic toward deconcentration schemes where antitrust is used to break up firms, even if there is no evidence of exclusionary conduct. In addition, populists generally believe that industries can be deconcentrated with few efficiency losses. Likewise, populists consider merger enforcement not only laudable, but perhaps the strongest, most decisive component of antitrust, and generally favor toughening Section 7 of the Clayton Act (merger enforcement), particularly with regard to horizontal acquisitions” (ATKINSON; AUDRETSCH, *op. cit.*, 2011, p. 18). Vale destacar que aqui, Robert D.

entendidas como infrações justamente a partir de um exame da configuração estrutural dos mercados em que teriam ocorrido.⁸⁶

Inevitavelmente, esse paradigma teórico levaria a uma abordagem mais intervencionista da política antitruste. Vale destacar que isso se sucederia em parte por uma herança da desconfiança gerada durante a era formativa a respeito da concentração industrial como um todo, mesmo que muito do casuísmo e expansionismo que marcavam essa fase anterior tenham sido limitados pelo estabelecimento parâmetros técnicos promovidos pelo paradigma da Escola de Harvard para a disciplina dos mercados.⁸⁷

Ao final desse período, a Escola de Harvard e seus principais pressupostos alterariam efetivamente para sempre a forma de se conduzir a política antitruste, traçando uma linha divisória clara em relação à era formativa, a partir de uma efetiva tentativa de orientação de parâmetros econômicos técnicos de sua aplicação – no caso, essencialmente as estruturas de mercado. A agenda desse paradigma teórico para o controle de concentrações – objeto da subseção seguinte – seria, dessa forma, inclusive alvo de reformas infralegais explícitas, como a publicação das *1968 Merger Guidelines* do DOJ.⁸⁸

Atkinson e David B. Audretsch utilizam o termo “populista” para se referir aos teóricos ligados à tradição da Escola de Harvard.

⁸⁶ “In monopolization cases the effect of the S-C-P paradigm was to turn courts to increased (but often misguided) analysis of a defendant’s market power, but reduced analysis of conduct. That is, once the market power requirements were met, liability could be based on much weaker forms of anticompetitive conduct than courts had previously required” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2020, p. 55).

⁸⁷ Conferir: CRANE, *op. cit.*, 2012, p. 45 (“The roots of the story go back to at least the 18th century, but I pick up the story in the post-War era. During the 1950s and '60s, a structuralist ‘Harvard School’ associated with Joe Bain, Carl Kaysen, and Donald Turner dominated U.S. antitrust thought. Harvard - or what I will later call Paleo-Harvard rested interventionist policy prescriptions on a deterministic structure-conduct-performance paradigm in which the structure of a market predetermined its competitive performance”); e ATKINSON; AUDRETSCH, *op. cit.*, 2011, p. 9 (“Hart notes that this tradition continued into the 1940s and through the 1970s, and was characterized by efforts to ‘establish market structures for ideal performance.’ After WWII, large national, and in many cases multinational corporations emerged and in many industries gained considerable market share. As such, there was a growing concern among holders of the populist antitrust doctrine that, in some cases and some industries, firms had become too powerful and too concentrated. These large firms now came to be seen as retarding entry and innovation rather than driving growth (the pre-Depression view). The focus shifted from protecting small firms to policing ‘oligopolies.’ Because of this, the court was more willing to intervene in relationship to vertical restraints”).

⁸⁸ Conferir: YOO, Christopher S. The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, v. 168, p. 2145-2169, 2020, p. 2149 (In addition, the initial Merger Guidelines promulgated by the Department of Justice under the leadership of Harvard School scholar Donald Turner were skeptical about horizontal mergers in concentrated markets that would create firms with as little as eight percent market share and disfavored any vertical merger involving firms holding as little as six to ten percent of the market”).

1.2.2. Agenda da Escola de Harvard para controle de concentrações

Esta subseção destina-se, com base nas considerações acima, a apresentar a agenda específica da Escola de Harvard para controle de concentrações. A partir dessa proposta, optou-se por selecionar três etapas centrais ao *enforcement* concorrencial de estruturas: (i) as presunções estruturais, a indicar o grau de preocupação em torno de uma concentração; (ii) o exame das condições de rivalidade e entrada dos mercados potencialmente afetados, verificando a possibilidade de sua autocorreção por meio da própria pressão competitiva do mercado; e (iii) a avaliação dos potenciais efeitos resultantes da operação, para seu balanceamento com os riscos concorrenciais dela decorrentes.

Esse roteiro de avaliação decorre da própria lógica trifásica do paradigma de E-C-D. De fato, a despeito da sucessão de outros marcos teóricos, como a Escola de Chicago, o controle de concentrações continua sendo altamente influenciado até os dias de hoje por essas etapas de análise, pautando-se em ordem pelas estruturas e pelas condições competitivas de mercado para, ao fim, se analisarem efeitos decorrentes de uma operação.⁸⁹

1.2.2.1. Presunções estruturais

Justamente em razão da centralidade do paradigma de E-C-D, teóricos ligados à Escola de Harvard entenderiam que a identificação de modificações estruturais de mercados, em direção a uma maior ou menor concentração, resumiria a maior parte da avaliação concorrencial. Mason, exemplificativamente, descreveria as vantagens de testes estruturais tanto a partir de sua maior precisão quanto praticidade de aplicação em termos de *enforcement* por parte de tribunais e reguladores. Assim, as dificuldades principais de tal abordagem se resumiriam muito mais em compreender aquilo que constituiria efetivamente um mercado

⁸⁹ “Finally, there is one area where a more orthodox form of the S-C-P paradigm continues to have force, and that is merger policy. The ‘may *** substantially *** lessen competition’ standard of § 7 of Clayton Act invites courts to consider whether a merger may be anticompetitive after it has occurred. In order to make that decision the judge need not observe actual non-competitive conduct, but must ascertain only that market conditions are conducive to such conduct, and that the merger changes the structure in a way that increases the likelihood of such conduct. This analysis remains mainly, although not exclusively, structural” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2020, p. 58).

relevante onde ocorre uma determinada concentração – isto é, o que incluir dentro desse conceito em termos de produto e de abrangência geográfica.⁹⁰

Essa abordagem seria progressivamente sustentada por juristas como Turner na busca de um mecanismo técnico para condução de *enforcement* – em um percurso de (i) definição de um mercado relevante, (ii) verificação das participações de mercado e, em caso de uma concentração significativa de *market share*, (iii) identificação de preocupações concorrenciais.⁹¹ É precisamente diante da desconfiança da concentração de poder de mercado, que presunções estruturais bastante rígidas e conservadoras seriam estabelecidas como “gatilhos” dentro da agenda do controle de concentrações – a partir das quais qualquer operação quase inevitavelmente seria entendida como preocupante sob uma perspectiva antitruste.⁹²

Tais presunções começariam a ganhar popularidade em termos de *design* institucional da própria política antitruste, além de comporem o imaginário e a prática de seus aplicadores a partir da segunda metade do Século XX.⁹³ De fato, essa era a orientação sugerida pelo próprio

⁹⁰ MASON, Edward S. The Current Status of the Monopoly Problem in the United States. **Harvard Law Review**, p. 1265-1285, 1949, p. 1280 (“In some ways the market structure tests are more precise and lend themselves more readily to administrative and judicial application. The number of buyers and sellers and the market-percentage share of each are roughly ascertainable facts, the chief difficulty being to know how much to include in a given market and what to exclude”); e PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 357 (“Under the Harvard School approach, the courts and enforcement agencies defined a relevant market, assigned market shares to each of the competitors in the market, and presumed the illegality of transactions that increased market concentration levels beyond particular thresholds. As the Supreme Court noted, “market definition generally determine[d] the result of the case”).

⁹¹ Conferir exemplificativamente: TURNER, Donald F. The Role of the Market Concept in Antitrust Law. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 49, n. 3, p. 1145-1154, 1980, p. 1147 (“A difficulty with market definition is that in the end you have to define the market, obviously, and where you have some rather close questions and the court says, ‘Okay, we are going to stop here and we are not going to include anything past that,’ even though the conclusion is not all that clear, you then arrive at a market and get a huge market share. [...] In economic terms, monopoly power or market power is the power that a single firm or a group of firms would have to raise price without a total or costly loss of sales. Economists, if they had the data, could not only tell you whether market power existed; they also measure the degree”).

⁹² Conferir: PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 357 (“Under the Harvard School approach, the courts and agencies applied the market share presumption of illegality regardless of whether the transaction at issue had the potential to lower costs or prices or otherwise benefit consumers”).

⁹³ John Kwoka aponta que, a despeito das *1968 Merger Guidelines* serem um marco na formalização dessas presunções, suas origens materiais são mais remotas, no caso *United States v. Philadelphia Nat'l Bank*, 374 U.S. 321 (1963), demonstrando a aceitação geral desse mecanismo de análise no controle de concentrações, mesmo antes de sua efetiva institucionalização pelo DOJ: “Although the ‘structural presumption’ originated with the Supreme Court opinion in *Philadelphia National Bank*, that term cannot be found there. Rather, the court made the case for relying on market structure in a series observations about both procedure and substance. First, it observed that whether ‘the effect of the merger ‘may be substantially to lessen competition’ ... is not the kind of question which is susceptible of a ready and precise answer in most cases’ due to the predictive nature of the question. It went on to urge that ‘in any case in which it is possible ... to simplify the test of illegality, the courts ought to do so in the interest of sound and practical judicial administration.’ Further, it opined that intense congressional concern with the rising tide of concentration ‘warrants dispensing, in certain cases with elaborate proof of market structure, market behavior, or probable anticompetitive effects.’ These observations were followed by the key prescriptive statement that ‘a merger which produces a firm controlling an undue percentage share of the relevant market, and results in a significant increase the concentration of firms in that market is so inherently likely to lessen competition substantially that it must be enjoined in the absence of evidence clearly showing that the merger is not likely to have such anticompetitive effects.’” (KWOKA, John. The Structural Presumption and

relatório sobre a legislação e prática concorrencial estadunidense de 1955, sendo a estrutura de mercado o principal fator de análise no controle de concentrações.⁹⁴ Mais adiante, incorporando boa parte dessas sugestões bem como uma tendência jurisprudencial estruturalista, as *1968 Merger Guidelines* também definiriam uma série de presunções estruturais para a orientação do *enforcement* do DOJ.

Críticos começariam a apontar que tais presunções estruturais eram extremamente rígidas, absolutamente deletérias aos consumidores ao vedar importantes efeitos positivos que poderiam surgir de concentrações. Nessa situação extrema, a Suprema Corte chegou a decidir que a aquisição pela Brown da empresa G. R. Kinney Co. seria ilegal, ainda que a participação conjunta das empresas no mercado de sapatos fosse de apenas 4,5%. Adicionalmente, por aspectos verticais, a operação foi considerada como ilegal, ainda que Kinney detivesse apenas 1,2% do mercado nacional de varejo de sapatos.⁹⁵

De qualquer forma, ao final, a Escola de Harvard buscou superar uma dificuldade sobre a qual a era formativa se debatia ao se basear no mote de combate ao *big business*: como definir o momento de intervenção concorrencial sobre concentrações. De fato, ao propor uma série de presunções estruturais, inspiradas pelo paradigma E-C-D, a agenda harvardiana traçou um requisito formal técnico que, apesar de alvo de sucessivas críticas, representava um primeiro passo na superação de uma abordagem completamente casuística e limitava a ação das agências antitruste estadunidenses tribunais a um parâmetro objetivo de avaliação concorrencial no controle de concentrações.

the Safe Harbor in Merger Review: False Positives or Unwarranted Concerns? *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 81, n. 3, p. 837-872, 2017, p. 840).

⁹⁴ “Initially relevant are the salient characteristics of the merging companies. These include: the size of each (measured perhaps by assets, total sales, total capacity, etc.); their major products; location of their plants; geographic market areas in which each sells or buys; their methods of sale, and classes of customers; sales of major products in major markets prior to the acquisition; special technologies or know-how; and growth history)” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, 1955, p. 125).

⁹⁵ Conferir caso *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962). Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/370/294/>>. Acesso em: 4 de abr. de 2023. Bork criticou fortemente tal decisão: “It would be overhasty to say that the *Brown Shoe* opinion is the worst antitrust essay ever written. The connoisseur of bad antitrust opinions must take into account *Fortner Enterprises I*, *Utah Pie*, *Sealy*, *Schwinn*, *Procter & Gamble*, *Von’s Grocery*, and many others, to cite only of the more recent cases. Still, all things considered, *Brown Shoe* has considerable claim to the title. It is not merely a bad case, it is also a trend setter – as if the poems of E. A. Guest had determined the course of modern literature” (BORK, *op. cit.*, 1993, p. 210).

1.2.2.2. Rivalidade e entrada

Uma característica peculiar a respeito dos economistas ligados à tradição harvardiana é que boa parte de seus trabalhos se destinava a uma melhor compreensão de condições de entrada de mercados em condições de concorrência imperfeita. Acadêmicos como Bain dedicariam diversos de seus estudos a traçar as correlações entre as configurações industriais de mercados e os fatores de rivalidade e entrada a moldar o condicionamento do comportamento de agentes em sua dinâmica competitiva.⁹⁶

De fato, a necessidade de análise desses fatores permeou não apenas os aplicadores da política antitruste nos Estados Unidos, mas também seu arcabouço infralegal. Tanto o mencionado relatório sobre a legislação e prática concorrencial estadunidense de 1955⁹⁷ quanto as *1968 Merger Guidelines* passam a fazer referência a esses conceitos para a consecução do controle de concentrações no país.

Isso não significa que teses relativas à possibilidade de rivalidade e entrada de concorrentes seriam fáceis de se sustentar, como “válvulas de escape” da análise

⁹⁶ Conferir, exemplificativamente: BAIN, Joe S. Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries. **The American Economic Review**, Nashville, v. 44, n. 1, p. 15-39, 1954; BAIN, Joe S. Conditions of Entry and the Emergence of Monopoly. In: CHAMBERLAIN, Edward H. (Org.). **Monopoly and Competition and Their Regulation**: Papers and Proceedings of a Conference held by the International Economic Association. Nova York: Stockton, 1954, p. 215 (“A potentially important set of forces affecting the emergence of monopoly in any industry is found in the variety of basic environmental circumstances which influence the ability and disposition of successive additional sellers to enter the industry. The character of these circumstances may very strongly affect the probability that monopoly will emerge and remain”); BAIN, Joe S. **Barriers to New Competition**: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries. Cambridge: Harvard University, 1956, p. 2 (“the condition of entry has generally received only nominal attention as a regulator of market conduct and performance. Typical versions of abstract price theory recognize the long-run impact of an assumed ‘free’ or ‘easy’ entry of new firms to industries with many small sellers. But when they turn to the very important category of oligopolistic industries, they ordinarily fail to distinguish numerous possible alternative situations with respect to the condition of entry, and to identify and develop appropriate assumptions relative to the structural determinants of the condition of entry”).

⁹⁷ “Product, geographic, and functional markets identified, it may then become relevant to examine questions like: (a) What companies buy or sell in the market, how many, and what are the significant differences among them: (i) large medium, and small (market shares, or rank of large companies, etc.); (ii) degrees of vertical integration; (iii) uses of the product; and (iv) the significance of the product under study in the output or in the purchases of different companies; (c) What methods of sales are used in the market: (i) how are the prices of different sellers related; what of price history; (ii) how free are buyers or sellers to seek new suppliers or outlets; what determines whether changes will be made? (d) What are the opportunities for entry of new companies or for expansion of existing companies into particular product or geographic markets? (e) What are the opportunities for innovation in products, in techniques, in methods of sale, etc. (f) What types of natural limitations on resources, economies of scale, or special national policies modify the conditions under which companies compete? (g) What is the long-run supply and demand picture and how does it influence the character of competition?” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, 1955, p. 126).

concorrencial.⁹⁸ Mais do que representarem potenciais espaços de melhor compreensão da dinâmica competitiva dos mercados, tais fatores eram usualmente tomados como expressão de teorias de dano. Exemplificativamente, são as *1968 Merger Guidelines*, ao expressarem uma reprovabilidade geral de integrações verticais diante dos riscos de elevação de barreiras à entrada⁹⁹ – ratificando uma opinião que havia sido externada por economistas como Bain, ao apontar que concentrações e economias de escala obstaculizavam a atuação de entrantes.¹⁰⁰

Isso resultaria da própria compreensão daquilo que se entende por tais conceitos dentro de um léxico harvardiano. As condições de concorrência entre rivais existentes ou futuros em um determinado mercado seriam determinadas justamente a partir de sua configuração estrutural, modulando, assim, o comportamento desses agentes em sua dinâmica competitiva em termos de rivalidade e entrada.¹⁰¹ O subproduto dessa abordagem seria a elaboração de uma teoria do preço-limite pelos autores estruturalistas, por meio da qual se sustentava que os

⁹⁸ Aqui faz-se referência à terminologia utilizada por Paula A. Forgioni para descrever os “*meios técnicos que permitam à realidade permear o processo de interpretação/aplicação das normas nela contidas*” (FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 204).

⁹⁹ “With respect to vertical mergers (i.e., acquisitions ‘backward’ into a supplying market or ‘forward’ into a purchasing market), the Department’s enforcement activity under Section 7 of the Clayton Act, as in the merger field generally, is intended to prevent changes in market structure that are likely to lead over the course of time to significant anticompetitive consequences. In general, the Department believes that such consequences can be expected to occur whenever a particular vertical acquisition, or series of acquisitions, by one or more of the firms in a supplying or purchasing market, tends significantly to raise barriers to entry in either market or to disadvantage existing non-integrated or partly integrated firms in either market in ways unrelated to economic efficiency. [...] [V]ertical mergers tend to raise barriers to entry in undesirable ways, particularly the following: (i) by foreclosing equal access to potential customers, thus reducing the ability of non-integrated firms to capture competitively the market share needed to achieve an efficient level of production, or imposing the burden of entry on an integrated basis (i.e., at both the supplying and purchasing levels) even though entry at a single level would permit efficient operation; (ii) by foreclosing equal access to potential suppliers, thus either increasing the risk of a price or supply squeeze on the new entrant or imposing the additional burden of entry as an integrated firm; or (iii) by facilitating promotional product differentiation, when the merger involves a manufacturing firm’s acquisition of firms at the retail level” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **1968 Merger Guidelines**. Washington, D.C., 1968).

¹⁰⁰ “The economies of large plants frequently erect formidable barriers to entry in the shape of absolute capital requirements. Moderately to very high barriers of this sort were found in all but four or five of the industries studied” (BAIN, *op. cit.*, 1954, p. 38).

¹⁰¹ Nesse sentido, é curioso perceber que Chamberlain, por exemplo, chega a afirmar a desnecessidade de utilização da ideia de entrada, em benefício de uma melhor compreensão daquilo que são substitutos de um determinado produto ou serviço em uma relação de concorrência “In the matter of entry, all that we need to say is that wherever in the economic system there are profit possibilities they will be exploited so far as possible. The enjoyment of large profits by any particular firm is evidently an indication that others, by producing dose substitutes, may be able to compete some of them away. The results may be very simply described without any concept of freedom or restriction of entry — without even the concept of an ‘industry’: some firms in the system earn no profits in excess of the minimum counted as a cost, others earn more than this, and in various degrees” (CHAMBERLAIN, *op. cit.*, 1933, p. 201-202). Conferir também: WEISS, Leonard. The structure-conduct-performance paradigm. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, v. 124, p. 1104-1140, 1979, p. 1105 (“The main predictions of the structure-conduct-performance paradigm are: (1) that concentration will facilitate collusion, whether tacit or explicit, and (2) that as barriers to entry rise, the optimal price-cost margin of the leading firm or firms likewise will increase”).

oligopolistas estabeleceriam preços em níveis que desencorajariam seus rivais potenciais em entrarem ou competirem no mercado.¹⁰²

Bain, nesse sentido, afirma que o comportamento competitivo dos agentes não seria um aspecto de análise independente capaz, por si só, de desenvolver generalizações científicas suficientes a informar aspectos sobre o desempenho econômico do mercado. Nesse contexto, o condicionamento concorrencial do mercado inevitavelmente retornaria a uma análise estrutural.¹⁰³

Em razão do determinismo sequencial do paradigma E-C-D, rivalidade e entrada são muito mais vistas como extensões da própria estrutura de mercado, implicando meros refinamentos das presunções estruturais sustentadas pela Escola de Harvard. Incumbia-se, assim, o controle de concentrações dessa tarefa, deixando que o próprio mercado, em estruturas tidas como mais competitivas, disciplinasse o comportamento dos agentes.¹⁰⁴

A despeito de drásticas críticas promovidas pela Escola de Chicago nesse tocante – especialmente a partir de contribuições na teoria do preço, como se apresentará mais abaixo –, a Escola de Harvard inauguraria a necessidade de se analisar mercados e concentrações em perspectiva dinâmica, diferentemente das preocupações gerais e estáticas acerca do *big business* sustentadas ao longo da era formativa. Estava, assim, aberto o caminho para que análises mais

¹⁰² “The doctrine of limit pricing by oligopolists asserted that the firms in an industry would set prices at such a level as to discourage or prevent entry of additional firms into an industry. The theory had a long prehistory under the name of potential competition, but it was given an explicit formulation by Sylos-Labini (1962), Joe Bain (1949), and Franco Modigliani (1958). This version gave rise to a substantial literature, but at no time was a direct empirical test made of this theory as against explicit alternative theories of oligopoly behavior” (STIGLER, George S. Nobel Lecture: The Process and Progress of Economics. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 91, n. 4, p. 529-545, 1983, p. 542). Conferir também: CUBERO, Ana Rosado. **Barriers to Competition**. Londres: Pickering & Chatto, 2010, p. 66-70.

¹⁰³ “Are there any important foregone alternatives overlooked in the preceding discussion? Assuming that we all want to explain the economic performance of industries, what about emphasizing market conduct instead of market structure as a determinant of performance? Unfortunately, it turns out that market conduct is so difficult to measure, except in terms of the market performance with which it is linked, that it does not in general appear to be an independent” aspect of behavior useful in developing *scientific* generalizations concerning its relation to performance” (BAIN, Joe S. Structure versus Conduct as Indicators of Market Performance: The Chicago-School Attempts Revisited. **Antitrust Law & Economics Review**, Vero Beach, v. 18, n. 2, p. 17-50, 1986, p. 30).

¹⁰⁴ “As a result, the best course for antitrust was to go after the structure, and the conduct would take care of itself” (HOVENKAMP, Herbert J. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. In: PITOFSKY, Robert (Org.). **How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust**. Oxford: Oxford University, 2008b, p. 109). Veja-se também, nesse sentido, as *1968 Merger Guidelines*: “Market structure is the focus of the Department’s merger policy chiefly because the conduct of the individual firms in a market tends to be controlled by the structure of that market, i.e., by those market conditions which are fairly permanent or subject only to slow change (such as, principally, the number of substantial firms selling in the market, the relative sizes of their respective market shares, and the substantiality of barriers to the entry of new firms into the market)” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, 1968).

realistas a respeito do jogo competitivo dos agentes fossem formuladas e refinada pela agenda chicaguiana.

1.2.2.3. *Análise de efeitos*

Um último aspecto consiste na questão da avaliação de efeitos decorrentes de concentrações. Ao contrário do senso comum, essa etapa de análise não era integralmente desprezada para a agenda harvardiana. Os esforços teóricos da Escola de Harvard partem da tentativa de compreensão da correlação entre estruturas industriais específicas e seu desempenho econômico.¹⁰⁵

A assunção da tese de que inexistiria um tamanho ótimo de firmas, mas um espectro de possibilidades e configurações industriais capazes de levar a melhores resultados – ou melhor desempenho –, marcou a transição de uma era formativa, bastante refratária à grandeza, para uma abordagem progressivamente mais instruída pelo instrumental das Ciências Econômicas, a fim de identificar em que medida relações de concorrência imperfeita deveriam ser corrigidas. Isso não significaria, no entanto, que tais resultados seriam tomados como vitais para a análise concorrencial.¹⁰⁶

De fato, o que deve ser ressaltado dentro da análise de efeitos realizada pela Escola de Harvard, é que os efeitos de uma concentração eram compreendidos muito mais como consequências lógicas das configurações industriais dos mercados potencialmente afetados. Mason apontaria, nesse sentido, dificuldade inerente de se analisar a *performance* industrial de forma direta, sendo praticamente impraticáveis dentro de uma rotina de casos analisados por tribunais.¹⁰⁷

¹⁰⁵ “Ever since the merger movement of the late nineteenth century, American economists have been recurrently interested in the extent to which large size is necessary for business efficiency. Was the merger movement necessary; was the rule of reason economically justifiable; can this or that concentrated industry be atomized without loss of efficiency? These continue to be important questions to students of recent industrial history and contemporary antitrust policy” (BAIN, *op. cit.*, 1954, p. 15).

¹⁰⁶ Veja-se, por exemplo, os comentários de Clark a respeito desse aspecto: “The indicated conclusion is that there is typically no definite ‘optimum size,’ but rather a wide optimum range of size, within which most plants fall; and that economies due to size are far from being such a vitally important factor as is suggested by the type of theoretical cost curve now in general use.” (CLARK, *op. cit.*, 1940, p. 249).

¹⁰⁷ “When one turns, however, to the problem of testing adequate business performance, it would have to be said that although it is probably possible to arrive at informed judgments, it is extremely difficult to devise tests that can be administered by a court of law” (MASON, *op. cit.*, 1949, p. 1281). E continua: “No one familiar with the

Mais do que isso, a agenda harvardiana tomara para si uma posição refratária a potenciais alegações de economias decorrentes de uma maior escala de agentes econômicos, assumindo antes que concentrações entre agentes econômicos poderiam levar a novos movimentos concentracionistas no longo prazo, diminuindo a eficiência total do mercado. Mesmo que ressaltando a possibilidade de decisões extremadas, afirmava que economias de escala decorrentes da concentração de *players* dominantes frequentemente elevariam as barreiras à entrada, dificultando a operação de entrantes, na medida que modelariam os investimentos de capital necessários para efetivamente competir pelo mercado.

Nota-se que essa abordagem seria refletida em orientações diretas de *enforcement* influenciadas pelo paradigma harvardiano. Apesar de considerações sobre a estruturação e condicionamento dos mercados, o relatório sobre a legislação e prática concorrencial estadunidense de 1955 não menciona a análise de possíveis efeitos positivos decorrentes de uma concentração.¹⁰⁸ Da mesma forma, as *1968 Merger Guidelines* são patentes ao afirmar que, apenas em circunstâncias excepcionais, o DOJ aceitaria incrementos de eficiência como uma justificativa para a aprovação de concentrações.¹⁰⁹

Torna-se também compreensível, diante desse quadro, a crítica que seria direcionada pela Escola de Chicago a esse aspecto da agenda harvardiana. Precisamente em razão pela pouca importância dada à uma análise mais robusta e compreensão mais ampla das possíveis eficiências que poderiam surgir de uma concentração industrial – premissa que a Escola de Harvard não negava completamente, mas enxergava com inúmeras ressalvas –, que essa abordagem seria progressivamente taxada como “protecionista”, direcionando-se aos interesses de agentes ineficientes, antes daqueles do mercado e dos consumidores como um todo.¹¹⁰ Isso

statistical and other material pertaining to the business, performance of firms and industries would deny the extreme difficulty of constructing from this material a watertight case for or against the performance of particular firms in particular industries. Few, on the other hand, would deny that with respect to many industrial- markets an informed judgment is possible” (*Ibidem*, p. 1282).

¹⁰⁸ Conferir: ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, 1955, p. 115-128.

¹⁰⁹ “Unless there are exceptional circumstances, the Department will not accept as a justification for an acquisition normally subject to challenge under its horizontal merger standards the claim that the merger will produce economies (i.e., improvements in efficiency) because, among other reasons, (i) the Department's adherence to the standards will usually result in no challenge being made to mergers of the kind most likely to involve companies operating significantly below the size necessary to achieve significant economies of scale; (ii) where substantial economies are potentially available to a firm, they can normally be realized through internal expansion; and (iii) there usually are severe difficulties in accurately establishing the existence and magnitude of economies claimed for a merger” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, 1968).

¹¹⁰ Conferir: BLAKE, Harlan M.; JONES, William K. In Defense of Antitrust. *Columbia Law Review*, Nova York, v. 65, n. 3, p. 277-400, 1965, p. 381 (“Bork and Bowman charge that the antitrust laws are being directed towards a ‘protectionist’ policy ‘of preserving competitors from their more energetic and efficient rivals,’ at the expense of businessmen's freedom to serve both their own and the public's best interests”); e PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 34 (“Harvard scholars opposed market concentration, even when it might lower costs and prices, thereby benefiting consumers. Harvard scholarship convinced many judges to presume the illegality of any

também justifica a relativa indiferença de comentadores harvardianos aos objetivos da política antitruste, diferentemente do que ocorreria com seus sucessores chicaguianos na defesa do bem-estar do consumidor como parâmetro orientador de sua aplicação.¹¹¹

Em qualquer cenário, enquanto nota final, a Escola de Harvard representou um avanço material na consecução da política antitruste. Muito em resposta a excessos na era formativa, juristas ligados à sua tradição, como Turner e Areeda, buscavam trazer um instrumental técnico e prático para aplicadores da defesa da concorrência, baseado primordialmente pelo condicionamento estrutural do mercado no paradigma E-C-D.

Justamente aí encontra-se a sua contribuição primordial: esse movimento buscou trazer certeza e tecnicidade ao *enforcement* concorrencial, distanciando-se daquilo que se havia praticado até então. O paradigma poderia ter possíveis falhas que seriam apontadas por seus críticos chicaguianos, é certo, mas ele representou um verdadeiro divisor de águas dentro da política antitruste a partir da segunda metade do Século XX.¹¹²

1.3. Escola de Chicago

A agenda harvardiana, como abordado, apresentaria um ponto de virada crítico do relacionamento entre pensamento econômico e operacionalização da política antitruste. De fato, ela representou um empreendimento, até então inédito, de racionalização da defesa da concorrência, pelo empréstimo de um instrumental técnico das Ciências Econômicas – mais especificamente, das leituras de autores como Chamberlain, Mason e Bain sobre organização industrial.

No entanto, foi com a Escola de Chicago que esse esforço teórico de racionalização econômica da defesa da concorrência conheceria um refinamento substancial. Como apontado,

conduct by firms with market power, regardless of its effect on consumers. [...] The Harvard School approach, however, also had serious disadvantages. Harvard School jurists were too quick to find fault with aggressive competition. The courts and agencies prevented large firms from engaging in competitive conduct that could have benefited consumers and would have been perfectly permissible for firms with lower market shares”).

¹¹¹ “The chastised Harvard School that emerged in the late 1970s in the writings of Phillip E. Areeda and a converted Donald F. Turner were much less ambitious about the goals of antitrust, much more concerned with conduct as such, and significantly more skeptical about the benefits of aggressive judicial intervention” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2008b, p. 109).

¹¹² “The Harvard School approach had many advantages. If antitrust analysis under the Harvard School was not perfect, at least it was certain” (PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 349).

em grande medida, antes de apresentar um rompimento direto com a era formativa, a agenda harvardiana buscava conferir-lhe um instrumental técnico econômico de aplicação – cenário no qual uma abordagem estruturalista tanto permitia conter os excessos da fase anterior quanto apresentar uma racionalidade econômica para uma tendência mais intervencionista sobre a economia. Até esse momento, o debate acerca dos objetivos essencialmente políticos da disciplina antitruste não havia sofrido perturbações substanciais, de maneira que, ainda que evoluíssem os mecanismos de *enforcement*, a racionalidade e justificativa políticas de intervenção continuavam sendo um pano de fundo retórico relevante de sua consecução.

Precisamente diante desse cenário, a Escola de Chicago representaria uma ruptura, partindo não apenas de um *background* econômico distinto, mas também de uma orientação teórica oposta na relação entre governos, mercados e sociedade civil. Essa transição seria originada em um processo transformativo mais amplo, que abarcaria toda a reestruturação da governança econômica dos Estados Unidos.

Nesse contexto, o fim dos “Trinta Gloriosos” e o marco temporal dos choques do petróleo nos anos 1970, simbolizando o desempenho econômico insatisfatório do país, daria voz a um grupo distinto de economistas, que, apesar de terem apresentado algumas de suas contribuições já no final da década de 1930, tinham, até então, permanecido à sombra do debate da regulação.¹¹³ Acadêmicos como Ronald H. Coase, George Stigler e Milton Friedman, ligados à Universidade de Chicago, passariam a propor uma agenda transformativa para o papel do Estado na ordenação econômica.

Os economistas da Escola de Chicago, de fato, não restringiriam as suas preocupações meramente à esfera acadêmica, mas apresentavam-se, antes de tudo, como um grupo vocal de promotores de uma agenda de reformas. Mais do que uma inovação de suas ideias, que já eram há conhecidas dentro do debate econômico, esses pensadores ganhariam a sua oxigenação justamente na crise de um modelo de Estado Regulador que havia permanecido intacto desde o *New Deal*. É, assim, somente com o surgimento de um movimento mais amplo convencionalmente rotulado como “neoliberal”, que suas ideias ganhariam tração sobre os campos econômico, social, ideológico e político.¹¹⁴

¹¹³ Para uma bibliografia acerca do contexto político, social e econômico que permearia essas transformações, bem como o histórico de construção da agenda teórica e prática neoliberal, conferir: HARVEY, David. **A Brief History of Neoliberalism**. Oxford: Oxford University, 2005.

¹¹⁴ Camden Hutchison sustentaria que a nomeação de integrantes conservadores para a Suprema Corte por Richard Nixon abriria caminho para viradas jurisprudenciais que seriam propostas dentro do paradigma chicaguiano. Conferir: HUTCHISON, Camden. Law and Economics Scholarship and Supreme Court Antitrust Jurisprudence, 1950–2010. **Lewis & Clark Law Review**, Portland, v. 21, n. 1, p. 145-2019, 2017.

Não seria de se espantar paralelamente que, ainda que juristas também ligados à Universidade de Chicago reverberassem essas premissas econômicas na relação entre Direito e Economia – e, mais especificamente, na política antitruste – desde os anos 1960, suas posições apenas ganhassem visibilidade anos depois, quando transformações de inspiração neoliberal tomavam os mais diversos espaços políticos da sociedade.¹¹⁵ De fato, Robert H. Bork, Frank H. Easterbrook e Richard A. Posner, representantes mais proeminentes desse grupo, dependeriam largamente da maior popularização de suas ideias ao longo da década de 1970 e, particularmente, da eleição de Ronald Reagan em 1980, para conduzir mudanças efetivas na operação material da defesa da concorrência nos Estados Unidos.¹¹⁶

Nesse contexto, durante a presidência de Reagan não apenas esses pensadores ganhariam cargos relevantes especialmente no Judiciário,¹¹⁷ como também as suas ideias se tornariam hegemônicas na retórica da formulação teórica e operação prática da política antitruste. Mudanças de *enforcement* da política antitruste – seja por meio de reorientações de órgãos como o DOJ e o FTC,¹¹⁸ seja através de viradas de jurisprudência operadas pela Suprema Corte¹¹⁹ – e reformas institucionais, como a publicação das *1982 Merger Guidelines* pelo DOJ,

¹¹⁵ “Bork’s existential claim was powerful for many reasons. It arrived in the midst of the deregulatory impulses of the late 1970s and on the cusp of the Reagan Revolution. It pitted the interests of consumers against those of inefficient producers during a period of dramatic inflation and pro-consumer sentiment. It was grounded in assertions about the will of Congress and the responsibility of the courts” (CRANE, Daniel A. The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy. *Antitrust Law Journal*, Chicago, v. 79, n. 3, p. 835-853, 2014, p. 835).

¹¹⁶ Para um comentário geral a respeito dos principais contornos da Escola de Chicago, conferir: HOVENKAMP, Herbert J.; MORTON, Fiona Scott. Framing the Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, Filadélfia, v. 168, n. 7, p. 1843-1878, 2020.

¹¹⁷ “The Chicago School began to impact antitrust case law in the late 1970s, when several Chicago School scholars, including Robert Bork, Frank Easterbrook, and Richard Posner, were appointed to the federal bench” (PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 351).

¹¹⁸ “In part because of perceived excesses from the populist approach, plus changing economic conditions (including increased international competition and economic dynamism), a new school of antitrust, the Chicago school, emerged in the 1970s and gained prominence in the 1980s, particularly as the Reagan administration embraced much of what its adherents wrote. The Reagan administration explicitly directed the Department of Justice to relax antitrust enforcement. Just as its close intellectual cousin, supply-side economics, called for a dramatic reduction of the role of government and regulation, the Chicago school called for a dramatic reduction of antitrust enforcement. Proponents argued that markets were much more contestable and disciplining than the populists thought, and that government attempts to intervene vis-à-vis antitrust legislation caused more harm than good” (ATKINSON; AUDRETSCH, *op. cit.*, 2011, p. 11). Conferir também: CAMPBELL, Thomas J. The Antitrust Record of the First Reagan Administration. *Texas Law Review*, Austin, v. 64, n. 2, p. 353-370, 1985; TOLLISON, Robert D. Antitrust in the Reagan administration: A report from the Belly of the beast. *International Journal of Industrial Organization*, Amsterdã, v. 1, n. 2, p. 211-221, 1983; LANDE, Robert H. A Framework for Evaluating the Antitrust Legacy of the Reagan Administration. *Federal Bar News & Journal*, Arlington, v. 35, n. 5, p. 228-231, 1988; KOVACIC, William E. Built to Last? The Antitrust Legacy of the Reagan Administration, 35 *Federal Bar News & Journal*, Arlington, v. 35, n. 5, p. 244-250, 1988.

¹¹⁹ “The Chicago School scored some important victories over the Populist School in the Supreme Court, which increasingly framed antitrust law in terms of consumer welfare and economic efficiency. Consistent with this emphasis on economic effects, the Supreme Court gradually overruled the cases holding vertical contractual restraints per se illegal, a development that participants in this symposium applauded as wise (YOO, *op. cit.*, 2020, p. 2150).

incorporariam premissas importantes da agenda chicaguiana para a defesa da concorrência no controle de concentrações.

Sendo inegável o impacto de suas propostas para a política antitruste,¹²⁰ a presente subseção destina-se, à compreensão dos pressupostos da Escola de Chicago em contraste com seus predecessores teóricos. Na sequência, será apresentado como esse paradigma teórico engendraria a agenda chicaguiana para o controle de concentrações, com um *set* de propostas de revisão dos parâmetros de avaliação concorrencial originalmente construídos sob a Escola de Harvard.

1.3.1. Paradigma teórico da Escola de Chicago

Os antecedentes teóricos da Escola de Chicago, como indicado acima, poderiam ser encontrados na teoria do preço, qualificada por economistas chicaguianos ainda na primeira metade do Século XX. Legatários de uma herança microeconômica neoclássica, tais acadêmicos compartilhariam a premissa fundamental de que agentes econômicos são entes racionais, autointeressados e maximizadores de lucro, em uma abordagem essencialmente alocativa.¹²¹

No que se refere ao campo da organização industrial, tais economistas inverteriam a lógica estruturalista estabelecida por acadêmicos como Chamberlain, Mason e Bain. Stigler, nesse sentido, apontaria que uma teoria satisfatória a respeito de oligopólios apenas poderia ser construída sobre uma compreensão apropriada do relacionamento de rivais – isto é, não por meio de assunções a partir de estruturas industriais, mas, antes, através de uma análise dedutiva

¹²⁰ “By the early 1990s, the Chicago School had completed a revolution in antitrust analysis. No longer willing to indulge a presumption of illegality for many types of competitive conduct, the courts and agencies insisted on proof of specific anticompetitive effects before finding defendants' conduct illegal. It was insufficient for a plaintiff to prove that an individual firm or a group of competitors possessed significant market power. In addition, plaintiffs would have to demonstrate, through empirical evidence, that the conduct at issue harmed consumers by increasing prices or decreasing output.

This approach led the courts and agencies to become more lenient in allowing firms to acquire and exercise market power. In 1979, the Supreme Court refused to presume the illegality of a price-fixing agreement among a group of musical composers [...]” (PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 351).

¹²¹ “Abstractly, I define price theory as neoclassical microeconomic analysis that attempts to simplify a rich (high-dimensional heterogeneity, many agents, dynamics, etc.) and often incompletely specified model for the purposes of answering a simple (scalar or low-dimensional) allocative question” (WEYL, E. Glen. Price Theory. **Journal of Economic Literature**, Nashville, v. 57, n. 2, p. 329-382, 2019, p. 330).

sobre seu comportamento competitivo a qualificar a compreensão de configurações de concorrência imperfeita.¹²²

Nesse contexto, exemplificativamente, Stigler partiria de tais pressupostos para enfrentar as ideias estruturalistas de que ganhos escala elevariam barreiras à entrada.¹²³ Mesmo que Friedman destinasse a sua atenção primária à macroeconomia,¹²⁴ os seus diálogos com Stigler seriam fundamentais para a formulação conjunta entre os economistas de sua teoria do preço.¹²⁵ Coase, por seu turno, também se basearia nesse léxico teórico, contribuindo para a construção de uma compreensão mais apurada de verticalizações¹²⁶ – ideias depois complementadas e incrementadas pelo trabalho de Oliver E. Williamson.¹²⁷

Especialmente pelas figuras de Aaron Director e de Edward Levi, precursores da literatura de *law and economics*,¹²⁸ essas ideias seriam transmitidas para além das Ciências Econômicas, exercendo uma influência definitiva sobre a formação de juristas na Universidade de Chicago.¹²⁹ Assim, alguns dos acadêmicos chicaguanos centrais como Posner e Bork

¹²² “A satisfactory theory of oligopoly cannot begin with assumptions concerning the way in which each firm views its interdependence with its rivals. If we adhere to the traditional theory of profit-maximizing enterprises, then behavior is no longer something to be assumed but rather something to be deduced. The firms in an industry will behave in such a way, given the demand-and-supply functions (including those of rivals), that their profits will be maximized” (STIGLER, George J. *A Theory of Oligopoly*. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 72, n. 1, p. 44-61, 1964, p. 44).

¹²³ “But if the demand is larger, or much less elastic than average cost, the economies of scale may not prevent the entrance of a considerable number of rivals. [...] This situation is illustrated in the retailing of food. There are not great economies from operating a large store rather than a small one, and consumers attach some value to a conveniently located store. Hence in sparsely settled sections the stores will be smaller and more numerous relative to consumers. No appreciable monopoly profits are to be expected in this case, nor will prices be appreciably above the (competitive) levels in densely populated sections” (STIGLER, George J. **The Theory of Price**. 4ª ed. Nova York: Macmillan, 1987, p. 205).

¹²⁴ Conferir: FRIEDMAN, Milton. **Price Theory**. New Brunswick: Transaction, 2007.

¹²⁵ Conferir, nesse sentido, a correspondência entre os dois economistas a respeito da temática: HAMMOND, Daniel J.; HAMMOND, Claire H. (Orgs.). **Making Chicago Price Theory: Friedman–Stigler correspondence 1945–1957**. Londres: Routledge, 2006.

¹²⁶ Conferir: COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. **Economica**, Londres, V. 4, N. 16. P. 386-405, 1937.

¹²⁷ Conferir: WILLIAMSON, Oliver E. Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations. **The American Economic Review**, Nashville, v. 63, n. 2, p. 316-325, 1973; e WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications**. Nova York: Free Press, 1983.

¹²⁸ “The historical accounts of the Chicago School of Antitrust uniformly agree on the central influence of Aaron Director and the Antitrust Law course he taught with Edward Levi at the University of Chicago. [...] Director and Levi’s written contributions are limited, but their influence on several generations of antitrust scholars is well documented.

The first generation of these scholars include John McGee, Lester Telser, Ward Bowman, and Robert Bork” (KOBAYASHI, Bruce H.; MURIS, Timothy J. *Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century*. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 78, n. 1, p. 147-172, 2012, p. 150-151).

¹²⁹ Vale destacar, porém, que a Escola de Chicago não se limitava apenas à Universidade de Chicago, bem como essa transição representa uma transformação ideológica na abordagem da Universidade de Chicago sobre a intervenção econômica: “The Chicago School of antitrust is a misnomer: [...] There are two, and not one, Chicago Schools. The first Chicago School started in the 1930s with economists such as Frank Knight, Jacob Viner, and Henry Simons. They supported interventionist antitrust policy and focused on the objective of market de-concentration. The second Chicago School proved to be the most influential on antitrust. Scholars such as Richard Posner, Aaron Director, embodied the second Chicago School. But no other scholar parallel Robert Bork’s standing

reconheceriam não apenas o papel desses agentes transmissores em uma área nascente da análise econômica do direito, mas também o impacto direto do ideário que circunscrevia a teoria do preço como formulada por tais economistas sobre a formação de um paradigma chicaguiano para a política antitruste.¹³⁰

Ainda que, como ocorrido com movimentos anteriores, não se apresentassem como um corpo uniforme de acadêmicos,¹³¹ esses juristas foram capazes de erguer uma nova abordagem prática para a condução da defesa da concorrência, incorporando as principais premissas das contribuições dos economistas neoclássicos e promovendo um *set* de reformas para a operação material da política antitruste. Mais especificamente, esse movimento passaria a disputar a maioria dos pressupostos centrais que haviam sido estabelecidos e consolidados por sua antecessora teórica, a Escola de Harvard.

De fato, o paradigma chicaguiano estaria destinado essencialmente a apresentar uma resposta tanto teórica quanto prática ao marco proposto pela tradição harvardiana – que passaria progressivamente a ser rotulada como populista, ultrapassada e danosa na formulação da *policy*.¹³² Especialmente dentro desse contexto, o principal flanco sobre o qual a Escola de Harvard sofreria pesadas críticas por esse grupo de acadêmicos foi justamente a sua abordagem estruturalista, que seria relativizada pela Escola de Chicago.

Com base em novos e mais desenvolvidos estudos, os chicaguianos buscariam demonstrar a inexistência do determinismo proposto pelo estruturalismo harvardiano,¹³³ de maneira que

in the (second) Chicago School. After earlier writings, Robert Bork wrote his most influential book *The Antitrust Paradox*” (PORTUESE, *op. cit.*, 2021, p. 4).

¹³⁰ Conferir: BORK, *op. cit.*, 1993, p. xiii (“Though a major part of the argument in antitrust had to do with its goals, the dispute about the actual legal rules was carried on in terms of price theory. Price theory is not only a powerful tool of analysis, it is also a powerful form of rethoric”); POSNER, Richard A. The Chicago School of antitrust analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, v. 127, p. 925-948, 1979, p. 932 (“The Chicago school has largely prevailed with respect to its basic point: that the proper lens for viewing antitrust problems is price theory”).

¹³¹ Conferir: KOBAYASHI; MURIS, *op. cit.*, 2012, p. 171 (“To list five prominent Chicagoans alphabetically Baxter, Bork, Bowman, Posner, and Stigler—they disagreed among themselves on, or had not addressed fully, the appropriate policies toward mergers, predatory pricing, tying, rule of reason analysis, and other important issues”); e CRANE, *op. cit.*, 2012, p. 44 (“Intellectual ‘schools’ tend to be ‘Protestant’ rather than ‘Catholic,’ meaning that there is no central creedal authority to delimit orthodoxy and heresy. It is difficult enough to draw the lines around the Chicago School, whose titans, such as Richard Posner, Frank Easterbrook, Aaron Director, and Robert Bork, are associated with the University of Chicago”).

¹³² “The Chicago school, which emanated from the works of legal scholars such as Director, Bowman, Bork, McGee, Posner and Stigler, (many of whom were at the University of Chicago), was a reaction to the populist-based Harvard orthodoxy, just as supply-side economics was a reaction to the Keynesian orthodoxy. The Chicago school applied the doctrine of neoclassical economics that was based on the view that markets generally got it right” (ATKINSON; AUDRETSCH, *op. cit.*, 2011, p. 11).

¹³³ “During the 1970s and '80s, the Chicago School—or perhaps we should now call it the Paleo-Chicago School—scored a knockout punch against the Paleo-Harvard School by significantly discrediting its empirical assertions

configurações estruturais imperfeitas (oligopólios, duopólios ou monopólios) não representavam nada além de estágios distintos da evolução natural dos mercados,¹³⁴ moldados principalmente pela perseguição individual saudável de maximização.

Antes de o comportamento competitivo das firmas ser determinado exclusivamente pelas estruturas de mercado, ele as justificaria. Isso explicaria, sob uma perspectiva chicaguiana porque, mesmo em estruturas concentradas, concorrentes continuariam rivalizando acirradamente e a entrada, justamente pela atratividade dos lucros oligopolistas, poderia permanecer atrativa.

Além disso, precisamente porque o paradigma teórico Escola de Chicago subverteria o determinismo estruturalista harvardiano, a análise de eficiências ganharia centralidade dentro de seu ideário. De fato, a obtenção de eficiências pelos agentes econômicos, ao contrário, que modelaria as estratégias competitivas dos agentes econômicos e as estruturas de mercado daí resultantes, de maneira que sustentariam que a Escola de Harvard teria interpretado de forma equivocada as interfaces entre estruturas de mercado, comportamentos competitivos e desempenho econômico no jogo concorrencial da economia.¹³⁵

Tão relevante seria a compreensão dos efeitos decorrentes de concentrações e práticas empresariais que a Escola de Chicago assumiria que o ganho de bem-estar por consumidores seria o único objetivo da política antitruste.¹³⁶ Se esse fora um debate secundário e relativamente esquecido para a tradição harvardiana, chicaguianos, dentre os quais mais

about the relationship between structure and performance and explaining that many practices once understood as anticompetitive were competitively benign” (CRANE, *op. cit.*, 2012, p. 44).

¹³⁴ “This structuralist view became a principal target of the Chicago School, whose proponents argued that markets really do not differ all that much, and perfect competition models provide the best explanation for all of them. In particular, George Stigler championed the view, aided later by Milton Friedman, that perfect competition, collusion, and monopoly described all of the relevant states of the economic world.” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2023a, p. 29).

¹³⁵ Conferir: PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 350 (“Chicago School academics argued that the Harvard School misjudged the ways in which firms continue to compete, even when they have relatively few rivals. Chicago School scholars believed that markets were likely to correct against any competitive imbalances on their own, without intervention by antitrust regulators”); e HOVENKAMP, *op. cit.*, 2001, p. 266-267 (“To oversimplify, its advocates believed that markets were far more robust than people had previously imagined, and nearly always work themselves toward the competitive solution. Further, effective competition requires many fewer firms than once believed – in most cases three is sufficient. Even when competition is not sufficient, any attempt at monopoly pricing will be undermined by new entry, and in an efficient capital market such entry will almost always occur. Finally, while markets work themselves pure, government intervention can hardly make that claim. More often than not, court-ordered antitrust fixes actually make markets less rather than more competitive or injure consumers for the benefit of competitors. As a result, the best antitrust policy is one of doing as little as possible, confined to blatant practices such as naked price fixing or market division”).

¹³⁶ “The Chicago School challenged each of these commitments. In particular, it rejected populists’ advocacy for continuing to base antitrust on a plurality of considerations in favor of making economic efficiency and consumer welfare the sole guide to antitrust law. This early Chicago work was backed by empirical scholarship, a fact noted even by notable Chicago School critics” (YOO, *op. cit.*, 2020, p. 2149).

especificamente Bork, afirmariam que a multiplicidade de objetivos políticos para a tutela da concorrência, herança da era formativa, levaria a uma aplicação prática contraditória.¹³⁷ Justamente pela inexistência da previsão legislativa estrita da proteção da liberdade econômica individual por meio da disciplina concorrencial,¹³⁸ Bork, em uma posição mais radical, passaria argumentar que o objetivo original da política antitruste, desde sua concepção sempre havia sido a proteção do bem-estar dos consumidores.¹³⁹

Vale destacar que, a despeito de diversas críticas acerca da ausência de evidências dessa releitura histórica,¹⁴⁰ Bork sustentaria esse argumento especialmente a partir das premissas econômicas desenvolvidas por Williamson ainda nos anos 1960 sobre a relação entre eficiências/excedentes e tutela da concorrência.¹⁴¹ Em tais escritos, Williamson defenderia a possibilidade de se sustentar eficiências como uma defesa da legalidade de concentrações, bem

¹³⁷ Conferir: BORK, *op. cit.*, 1993, p. 50 (“Despite the obtrusive importance of this issue, the federal courts in over eighty years have never settled for long upon a definitive statement of the law’s goals. Today the courts seem as far as ever from the necessary clarity of purpose. A survey of judicial opinion, not to mention the surrounding confusion of scholarly and professional commentary, is likely to leave the impression that antitrust is a cornucopia of social values, all of them rather vague and undefined but infinitely attractive”); e PORTUESE, *op. cit.*, 2021, p. 5 (“Bork considered that antitrust issues appeared contradictory: Some antitrust solutions preserve competition while others suppress competition. This is due to inconsistent premises upon which antitrust policy develops, and it leads to a ‘crisis in antitrust’ - ‘a policy at war with itself’ according to Bork’s subtitle”).

¹³⁸ “By the late 1960s, a group of scholars at the University of Chicago had set forth an opposing theory of antitrust analysis in a series of articles and treatises. These scholars found no evidence that Congress’s intent under the antitrust laws was to protect individual competitors against large firms’ exercise of market power. In a 1966 law review article, Robert Bork argued that the antitrust laws were designed simply to increase the efficiency of the American economy. Bork defined economic efficiency in terms of conditions that maximized wealth, and he equated wealth enhancement with ‘consumer welfare,’ meaning lower costs, reduced prices, and increased output of products and services desired by customers” (PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 350).

¹³⁹ “The conventional indicia of legislative intent overwhelmingly support the conclusion that the antitrust laws should be interpreted as designed for the sole purpose of forwarding consumer welfare” (BORK, *op. cit.*, 1993, p. 71).

¹⁴⁰ “The framers of the Sherman Act were not contemplating Pareto-efficiency when they drafted the statute. Pareto had not yet develop it at the time the Sherman Act was passed. The concepts of allocative efficiency and deadweight loss from monopoly were almost certainly not known to the framers of the Sherman Act. Most of the modern welfare economics of competition and monopoly was developed during the 1930s and after” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2020, p. 70).

¹⁴¹ “A more explicit focus on the relationship between consumer welfare and antitrust policy emerged in the work of Oliver Williamson in the 1960s. He hypothesized a welfare tradeoff that occurs when a practice results simultaneously in output-reducing monopoly and productive efficiency. A practice should be deemed a welfare improvement and thus lawful under the antitrust laws, he reasoned, if the production cost savings that it generated was greater than the economic loss occasioned by increased monopoly.

Williamson did not use the term “consumer welfare” in his original proposal, although he did speak of loss of consumers’ surplus from increased monopoly power. Aggregate consumers’ surplus, which is output multiplied by the surplus consumers obtain from each transaction, should be the same thing as consumer welfare. Surplus in this context refers to the difference between a consumer’s willingness to pay and the actual price. For example, if a consumer is willing to pay \$4 for a loaf of bread but is able to buy it for \$3, that transaction yields a \$1 surplus. [...] In 1978 Robert Bork borrowed the Williamson model but renamed it ‘consumer welfare.’ That name has stuck and has become very influential, particularly in more conservative and neoliberal antitrust circles” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2022, p. 63).

como o aprimoramento do instrumental para a sua análise por autoridades concorrenciais, mas não mencionaria explicitamente a ideia de um “bem-estar do consumidor”.¹⁴²

A apropriação borkiana da defesa de eficiências de Williamson posteriormente levaria a dissensos internos à própria Escola de Chicago, como se apresentará abaixo, mas, em qualquer cenário, prestou-se a popularizar e consolidar esse ideal como objetivo único da política antitruste. Em verdade, se é possível sustentar uma vitória sólida e duradoura do paradigma chicaguiano sobre a Escola de Harvard, ela consistiria na unificação do mote da defesa da concorrência em torno do benefício aos consumidores.

Ligado ao contexto maior do neoliberalismo em ascensão em que o paradigma teórico chicaguiano encontrava-se, vale destacar também a desconfiança da ação governamental. Se a tradição harvardiana pretendia apresentar um instrumental técnico que racionalizasse e justificasse uma abordagem intervencionista, capaz tanto de proteger os mercados de comportamentos anticompetitivos quanto promover um melhor desempenho econômico a partir de intervenções estruturais, a Escola de Chicago sustentaria que o Estado estaria por trás das principais barreiras à entrada e da menor da competitividade.¹⁴³

Como reconhecido por alguns dos mais célebres chicaguianos, a defesa da concorrência não era simplesmente uma *set* de previsões econômicas, mas uma filosofia social, uma força educativa e um símbolo político que marcava as origens profundas da regulação nos Estados Unidos.¹⁴⁴ Outros integrantes da Escola de Chicago, como Posner, chegariam a posicionamentos ainda mais radicais no sentido da desconstrução do arcabouço institucional da própria política antitruste ao defender a extinção do FTC, sob o argumento de que os seus custos superariam os seus benefícios.¹⁴⁵

¹⁴² Conferir: WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs. **The American Economic Review**, Nashville, v. 58, n. 1 p. 18-36, 1968; e WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an Antitrust Defense Revisited. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, v. 125, n. 4, p. 699-736, 1977.

¹⁴³ Nesse sentido é o célebre artigo de Stigler *The Theory of Economic Regulation*: “We propose the general hypothesis: every industry or occupation that has enough political power to utilize the state will seek to control entry. In addition, the regulatory policy will often be so fashioned as to retard the rate of growth of new firms” (STIGLER, George J. *The Theory of Economic Regulation*. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Santa Monica, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971, p. 5).

¹⁴⁴ “The situation would be sufficiently serious if antitrust were merely a set of economic prescriptions applicable to a sector of the economy. But it is much more than that; it is also an expression of a social philosophy, an educative force, and a political symbol of extraordinary potency. Its capture by the opponents of the free market is thus likely to have effects far beyond the confines of antitrust itself” (BORK, Robert H.; BOWMAN JR., Ward S. *Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy*. **Columbia Law Review**, Nova York, v. 65, n. 3, p. 363-376, 1965, p. 364).

¹⁴⁵ “In the real world, a choice among institutional arrangements for dealing with social problems is a choice among highly imperfect alternatives. A free market backed up by private judicial remedies will not eliminate all frauds, nor will the Antitrust Division acting through the courts eliminate all restraints of trade. It does not follow, however, that the administrative process is a sound alternative or supplement to these approaches. On what

Mais do que um mero elemento retórico, o neoliberalismo constituiria um importante corolário do paradigma teórico chicaguiano, ao lado dos pressupostos econômicos que o circundavam: a intervenção, em cenários de incertezas, seria sempre potencialmente mais danosa do que a crença no potencial autocorretivo dos mercados.¹⁴⁶

A Escola de Chicago pôde construir um paradigma teórico próprio para toda a agenda da política antitruste. Seus integrantes proporião uma verdadeira revolução à tutela da defesa da concorrência, menos pela introdução de um instrumental econômico técnico à sua disciplina – preconizada, antes, pela tradição harvardiana – e mais por uma compreensão mais realista dos mercados, com base em um modelo de análise econômica distinto, focado efetivamente no comportamento competitivo dos agentes econômicos visando maximização.¹⁴⁷

Os integrantes da Escola de Chicago seriam, então, capazes de efetivamente sustentar uma agenda de reformas afirmando que o caráter excessivamente intervencionista de aplicação da política antitruste até então¹⁴⁸ gerava, paradoxalmente, prejuízo à concorrência e aos consumidores em si.¹⁴⁹ Essa seria essencialmente a estratégia adotada por Bork na remodelação e ressignificação da tutela da concorrência.¹⁵⁰ Ainda que, como busca-se discutir ao longo desta dissertação, o impacto material de suas contribuições, especialmente as mais ousadas, possa ser

evidence we have, the costs of having a Federal Trade Commission appear to exceed the benefits” (POSNER, Richard A. The Federal Antitrust Commission. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 37, n. 1, p. 47-89, 1969, p. 89).

¹⁴⁶ Conferir: EASTBROOK, Frank H. Limits of Antitrust. **Texas Law Review**, Austin, v. 63, n. 1, p. 1-40, 1984.

¹⁴⁷ Conferir: HOVENKAMP, *op. cit.*, 2001, p. 265 (“In sum, one who observed the relative lack of economic citation in antitrust literature before 1980 and its significant increase thereafter would be seriously misled to believe that antitrust first developed an ‘economic approach’ when the Chicago School entered the field. To be sure, Chicago School antitrust has had significant and lasting consequences for antitrust. But it was hardly antitrust’s ‘discovery’ of economics. Rather, it represented the adoption of a different economic model, coupled with more explicit recognition of economics in the judicial literature than judges were accustomed to using”); e BAKER, Jonathan B. Recent Developments in Economics that Challenge Chicago School Views. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 58, n. 2, p. 645-655, 1989, p. 646 (“Through the influence of the Chicago School, economics has become the essence of antitrust. But no one believes that economic knowledge was certified as complete on the day Professor Stigler was awarded the Nobel Prize”).

¹⁴⁸ “The Chicago School offered an elegant, pro-market and largely anti-government vision of antitrust policy” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2001, p. 266).

¹⁴⁹ “This misconception, coupled occasionally with real hostility toward the free market, exists in varying degrees in the courts, in the governmental enforcement agencies, and in the Congress, with the result that in crucial areas the doctrines of antitrust are performing a 180-degree turn away from competition” (BORK; BOWMAN JR., *op. cit.*, 1965, p. 364).

¹⁵⁰ “Bork employed two strategies to convince the reader to follow his recommendations. First, he described how current antitrust enforcement and cases are misguided, thwart competition, punish superior efficiency absent anticompetitive conduct, and are inconsistent with one another. Second, he recommended applying economic analysis for antitrust issues to achieve greater efficiency, a more stable legal environment, and ignoring the popular and Congressional moods that may erode ‘the intellectual and moral legitimacy of capitalism.’ Thus, the second (normative) tenet of Bork lies in what we call the ‘Borkian Hypothesis.’ This Hypothesis is three-pronged:

- i) Congressional intent when passing the Sherman Act was to promote the welfare of consumers;
- ii) Antitrust needs to promote the principle of economic efficiency;
- iii) Economic efficiency for antitrust means the consumer welfare standard” (PORTUESE, *op. cit.*, 2021, p. 5).

questionável, é inegável que a Escola de Chicago tornar-se-ia sinônimo de análise econômica fundamentada da política antitruste e conformaria o seu debate nas décadas que seguiriam os anos 1980.¹⁵¹

1.3.2. Agenda da Escola de Chicago para controle de concentrações

A despeito do paradigma teórico chicaguiano expandir-se para distintos aspectos da formulação e teorização, foi justamente no controle de concentrações que a Escola de Chicago encontrou o principal legado desastroso da tradição harvardiana.¹⁵² Casos como o supramencionado *Brown Shoe Co., Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962), nesse sentido, seriam um ponto de partida bastante relevante para a estruturação da agenda da Escola de Chicago como um todo – tornando-se um marco de referência comum dentro da crítica chicaguiana.

Muito em razão de uma *path dependence* da herança estruturalista harvardiana, no entanto, as suas ideias seriam conformadas pelas próprias etapas de análise derivadas historicamente de tal paradigma. O presente subcapítulo, nesse contexto, busca discutir como a agenda chicaguiana qualificaria e se distanciaria de seu predecessor teórico na consecução do controle de concentrações, especificamente no que se diz respeito à adoção de presunções estruturais, entendimento de condições de entrada e rivalidade e o papel da análise de efeitos.

1.3.2.1. Presunções estruturais

Ainda que a Escola de Chicago apresentasse uma crítica direta ao determinismo do paradigma E-C-D, isso não significa que a sua agenda para o controle de concentrações

¹⁵¹ “Chicago was essential to the 20th century development of sound antitrust principles. Invoking Chicago, either pro or con, in most arguments about antitrust policy today is frequently meaningless or, worse, a wasteful distraction” (KOBAYASHI; MURIS, *op. cit.*, 2012, p. 172).

¹⁵² “In dismal contrast has been the record of the courts in the field of mergers and of practices that are thought to injure competition by injuring competitors. [...] It is here that antitrust has gone awry and that the immediate cause of its crisis lies. In order to understand the crisis, it is essential to understand the doctrines that underlie the courts' performance” (BORK; BOWMAN JR., *op. cit.*, 1965, p. 366).

desconsiderasse, por absoluto, a utilização de presunções estruturais para indicar situações concorrencialmente mais preocupantes para o *enforcement* antitruste. Antes disso, a agenda chicaguiana buscou equalizar a existência de tais presunções a seus pressupostos teóricos econômicos que a informavam por meio de duas frentes distintas.

Em primeiro lugar, essas presunções foram, em linhas gerais, abrandadas. Muito em razão dos comportamentos competitivos das firmas, a Escola de Chicago sustentaria que monopólios ou oligopólios com potencial danoso aos consumidores seriam raros ou, mesmo, transitórios. Justamente em razão da elevação de lucros decorrentes de monopólios ou oligopólios, rivais, existentes ou potenciais, estariam progressivamente dispostos a competir.¹⁵³

Confiando largamente no potencial de autocorreção dos mercados, diversos posicionamentos de autores ligados à tradição chicaguiana levariam a uma presunção problemática de estruturas muito mais permissiva, considerando também as potenciais eficiências que poderiam estar ligadas a ganhos de escala ou de escopo. Esse ponto seria analisado no campo econômico por Stigler, ao observar que mercados mais concentrados estavam correlacionados a possíveis reduções de preços.¹⁵⁴

Juristas como Bork, mesmo que assumindo certa dificuldade em determinar se operações que levassem a duopólios deveriam ser permitidas, defenderia a provável legalidade dessas concentrações e daquelas que resultassem em até 70% de participação de mercado.¹⁵⁵ Posner, por seu turno, sustentaria uma abordagem menos leniente, afirmando que cenários preocupantes

¹⁵³ “In contrast, holders of the Chicago school doctrine argue that monopolies are likely to be rare because, in the absence of state privilege, their profits strongly attract new entrants to the market. They consider entry barriers to be ‘vague notions’ from the ‘scribbling of academics.’ In this view, excessive rates of return attract competitors, and potential competitors have the ability to enter all markets that are not natural monopolies. Thus, market power is often self correcting, and in cases where it is less so it is a result of actions taken by the firm to be more efficient. Finally, they argue that any effort to limit concentration results in losses of efficiency. Likewise, any effort to enforce Section 7 of the Clayton Act with regards to mergers is a mistake, resulting in a loss of efficiency. As Robert Bork argued, ‘It would be easy enough to parade the horrors of Clayton 7 case law in this field almost indefinitely.’” (ATKINSON; AUDRETSCH, *op. cit.*, 2011, p. 19).

¹⁵⁴ Conferir: STIGLER, *op. cit.*, 1964.

¹⁵⁵ “Since the amount of restriction of output seems to decrease greatly from one-firm markets to two-firm markets (though we do not know that there is any significant noncollusive restriction of output in two-firm markets), and since mergers may very well create substantial new efficiencies, we are in an area of uncertainty when we ask whether mergers that would concentrate a market to only two firms of roughly equal size should be prohibited. My guess is that they should not, and, therefore, that mergers up to 60 or 70 percent of the market should be permitted – a figure that, curiously enough, resembles the old Sherman Act merger rule and Judge Hand’s dictum in *Alcoa*” (BORK, *op. cit.*, 1993, p. 221).

poderiam ser identificados em mercados de *concentration ratio* (CR) dos quatro principais concorrentes superiores a 60% ou em mercados com tendência à colusão.¹⁵⁶

Em segundo lugar, as presunções estruturais passaram a ser qualificadas, buscando compreender correlações entre operações específicas e o nível de concentração do mercado. Também em grande medida como uma resposta ao determinismo estruturalista radical do paradigma E-C-D, a agenda chicaguiana buscava incutir nos parâmetros estruturais mecanismos secundários que trouxessem aspectos do comportamento competitivo pós-operação dos agentes econômicos.

Nesse contexto, métricas como o Índice Herfindahl–Hirschman (HHI) ou CRs dos quatro ou três maiores rivais de mercados sob análise permitiram sopesar melhor o peso distinto de concentrações entre empresas de portes diferentes, viabilizando uma análise mais realista, almejada pela Escola de Chicago. A utilização desses índices no campo da organização industrial enquanto um ferramental mais realista de análise de dinâmicas competitivas, vale pontuar, já havia sido iniciada anteriormente.

Nota-se que essa reorientação no que se refere a presunções estruturais seria particularmente relevante na publicação das *1982 Merger Guidelines*, coordenada por outro jurista ligado à tradição chicaguiana, William Baxter – indicado para ocupar a Antitrust Division do DOJ sob a presidência de Reagan entre 1981 e 1983.¹⁵⁷ Exemplificativamente, o HHI seria adotado para qualificar a análise estrutural dos mercados pelo potencial comportamento competitivo das firmas em concentração no pós-operação.¹⁵⁸ Vale destacar que essa reforma se aproximaria muito mais da interpretação mais conservadora de Posner do que

¹⁵⁶ “Posner would have presumed illegality either when four firm concentration levels exceeded 60 percent or when a merger significantly increased concentration in a market predisposed to collusive pricing” (KOBAYASHI; MURIS, *op. cit.*, 2012, p. 167).

¹⁵⁷ Conferir: WEINSTEIN, Michael M. W. F. Baxter, 69, Ex-Antitrust Chief, Is Dead. **The New York Times**, Nova York, 2 de dez. de 1998.

¹⁵⁸ “As an aid to the interpretation of market data, the Department will use the Herfindahl-Hirschman Index (“HHI”) of market concentration. The HHI is calculated by summing the squares of the individual market shares of all the firms included in the market under the standards in Section II.(29) Unlike the traditional four-firm concentration ratio, the HHI reflects both the distribution of the market shares of the top four firms and the composition of the market outside the top four firms. It also gives proportionately greater weight to the market shares of the larger firms, which probably accords with their relative importance in any collusive interaction. The Department divides the spectrum of market concentration as measured by the HHI into three regions that can be broadly characterized as unconcentrated (HHI below 1000), moderately concentrated (HHI between 1000 and 1800) and highly concentrated (HHI above 1800). An empirical study by the Department of the size dispersion of firms within markets indicates that the critical HHI thresholds at 1000 and 1800 correspond roughly to four-firm concentration ratios of 50 percent and 70 percent, respectively. Although the resulting regions provide a useful format for merger analysis, the numerical divisions suggest greater precision than is possible with the available economic tools and information. Other things being equal, cases falling just above and just below a threshold present comparable competitive concerns” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **1982 Merger Guidelines**. Washington, D.C., 1982).

da posição de Bork, mesmo que ambas simbolizassem definitivamente uma abordagem mais leniente que o estruturalismo harvardiano.¹⁵⁹

Ao final, a despeito de uma origem harvardiana e de dissenso interno à própria Escola de Chicago, presunções estruturais permaneceriam um aspecto relevante da avaliação concorrencial de concentrações. Segundo a agenda chicaguiana, contudo, essa etapa de análise deveria ser drasticamente qualificada de forma a melhor corresponder à realidade das dinâmicas de mercado, escapando do determinismo que marcara a Escola de Harvard – seja por meio de uma abordagem objetivamente mais leniente, seja por meio de uma melhor visibilidade de como o comportamento competitivo dos agentes econômicos poderia afetar um determinado arranjo estrutural.

Posteriormente, vale destacar, esse se tornaria um ponto de atenção para os críticos da agenda chicaguiana, que argumentariam que a abordagem promovida pela Escola de Chicago levaria a mercados excessivamente concentrados.

1.3.2.2. Rivalidade e entrada

A compreensão a respeito de condições de rivalidade e entrada também sofreria transformações substanciais sob o paradigma teórico chicaguiano. Essa abordagem distinta também derivaria, em grande medida, da influência da teoria do preço tomada pela Escola de Chicago na compreensão de como o condicionamento do comportamento competitivo dos agentes econômicos opera.

Stigler, nesse contexto, viria a definir barreiras à entrada como custos de produção que uma firma toma ao entrar em um determinado mercado, independentemente da taxa de *output* – custos esses que não são ostentados pelas empresas já existentes nessa indústria.¹⁶⁰ Percebe-

¹⁵⁹ “Baxter used screens reflecting an approach much closer to Posner's than to Bork's. Mergers resulting in an HHI above 1800 were presumed illegal, which translates to concern over the reduction of six equally sized competitors to five. This still-heavy reliance on concentration in 1982 has disappeared” (KOBAYASHI; MURIS, *op. cit.*, 2012, p. 168).

¹⁶⁰ “A barrier to entry may be defined as a cost of producing (at some or every rate of output) which must be borne by a firm which seeks to enter an industry but is not borne by firms already in the industry” (STIGLER, George J. **The Organization of Industry**. Chicago: University of Chicago, 1983, p. 67).

se, assim, que economias de escala estariam excluídas, *a priori*, como condições de rivalidade ou entrada, em contraste à abordagem harvardiana sobre o tema.¹⁶¹

Assim sendo, segundo Stigler, tais barreiras seriam meramente transitórias na medida em que a elevação dos lucros decorrentes de uma maior concentração de poder de mercado tenderia a aumentar os incentivos para a entrada de novos agentes econômicos em uma determinada indústria ou para a maior rivalidade por seus concorrentes atuais, diferentemente da tese sustentada pela Escola de Harvard.¹⁶² Antes disso, Stigler apontaria que as únicas barreiras à entrada consideradas como relevantes e duradoras não seriam produzidas pelo mercado, mas pelo próprio Estado em sua atividade regulatória, em prejuízo aos consumidores e ao dinamismo da economia.¹⁶³ Em consonância com essa posição, Stigler argumentaria que um dos poucos casos em que economias de escala poderiam ser obstáculos relevantes à concorrência ocorreria apenas em casos de *public utilities*, mas isso se daria muito mais em razão de arranjos jurídicos do que por estruturas econômicas.¹⁶⁴

¹⁶¹ “The Stiglerian definition is based on strong concerns for efficiency. It is counterproductive to include economies of scale as an entry barrier, the argument goes, because the presence of entry barriers encourages more intervention and we do not want to punish firms for being efficient by attaining economies of scale. Largely the same thing applies to risk. The whole point of overcoming risk is to earn the higher returns that result on the back end, after the risk has been overcome. We do not want to punish firms for succeeding.

If government intervention in the market was based entirely on structural concerns, these arguments would have considerable weight. The Stigler approach would be essential, for example, if we broke up the firms in highly concentrated markets without requiring anticompetitive conduct. Indeed, Stigler’s argument was developed during the heyday of Harvard School structuralism, when dismembering big firms was a popular idea” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2008a, p. 103).

¹⁶² “Stigler didn’t agree with Bain’s theory about the barriers to entry in industry mainly because according to him there could be no permanent obstacles, only transitory ones. Stigler argues against the market structure proposed by Bain, because he considered it irrelevant. He said that the ability to agree price in an oligopoly market is independent of the size and number of oligopolists, ‘the theory of oligopoly is solved by murder’ and no empirical evidence support the theory. The Chicago School has great confidence in the long-term effectiveness of the working of the market mechanism” (CUBERO, *op. cit.*, 2010, p. 71).

¹⁶³ “Legal barriers to the entry of new firms are probably the most important of all barriers. A certificate of convenience and necessity, or its equivalent, is necessary to open a bank, build a pipeline, start an airline, broadcast radio or television, or produce gas and electricity. Often these fields would have few firms in any market because of economies of scale, and public utilities were once defined as ‘natural’ monopolies (industries that could not be competitive). But franchises have been granted very restrictively not only in fields where there was obviously room for more firms (banking, pipelines, radio) but also in fields where competition could be highly effective (motor trucking, taxis). The effectiveness of these entry controls will be greater if they are applied to the individual plant (as New York City taxis, where a franchise is worth more than \$60,000) than if they are applied only to the firm (a regulated motor carrier can have as many trucks as it wishes). There is no special problem of explanation for these restrictions: as an ancient Scottish philosopher almost remarked, businessmen and legislators seldom have a picnic except at the consumer’s expense” (STIGLER, *op. cit.*, 1987, p. 203).

¹⁶⁴ “The importance of economies of scale in creating concentrated industry structures varies widely from field to field. In the local public utilities (water, gas and electricity, telephone) it is often decisive. In the manufacturing industries the minimum efficient size of a firm varies widely relative to industry size, with correspondingly wide variations in industrial concentration” (*Ibidem*, p. 206).

Juristas como Bork se apropriariam desses pressupostos para a construção da agenda chicaguiana de controle de concentrações.¹⁶⁵ Exemplificativamente, muito em razão da centralidade da análise do comportamento competitivo, Bork argumentaria que a correta compreensão de barreiras à entrada seria fundamental para construção da política antitruste, ainda que fosse então erroneamente aplicada na política de defesa da concorrência.¹⁶⁶ Assim, Bork afirmaria que o *enforcement* concorrencial confundiria barreiras à entrada naturais e artificiais, desacreditando a possibilidade das forças ordinárias do mercado em disciplinar a sua configuração estrutural, quando deveria atuar apenas sobre a ocorrência das segundas, ainda que raras e relacionadas a formas de predação.¹⁶⁷

Muito em razão da influência chicaguiana, as *1982 Merger Guidelines* destinariam uma maior atenção a uma análise do condicionamento competitivo dos agentes de forma independente de configurações estruturais. Exemplo disso seria justamente o tratamento conferido à avaliação da facilidade de entrada para mitigação de potenciais preocupações concorrenciais dentro do controle de concentrações.¹⁶⁸

Em suma, se, anteriormente, sob o paradigma harvardiano, as condições de concorrência entre os agentes econômicos derivavam diretamente das estruturas de mercado, sob a Escola de

¹⁶⁵ “To Judge Bork, entry is easy unless the government creates barriers. Yet economists have recently rehabilitated the old view, questioned in Chicago, that scale economies can create an entry barrier. The new theory emphasizes the interaction between scale economies and irreversible investments.

A potential competitor usually undertakes new investments when it enters a market. Perhaps it must build a plant or create a brand name through advertising. These new investments are typically irreversible in large part. The production equipment or brand name commonly has little or no value in any other use. When investments are irreversible, expenditures on them are called sunk costs” (BAKER, *op. cit.*, 1989, p. 651).

¹⁶⁶ “The concept of barriers to entry is crucial to antitrust debate. [...] Yet it is demonstrable that barriers of the sort these commentators and jurists believe they see do not exist. They are ghosts that inhabit antitrust theory. Until the concept of barriers to entry is thoroughly revised it will remain impossible to make antitrust law more rational or, indeed, to restrain the growth of its powerful irrational elements” (BORK, *op. cit.*, 1993, p. 310).

¹⁶⁷ “The concept of barriers to entry is badly misunderstood. We have seen that the confusion of natural barriers with artificial barriers has led to a number of mistake decisions. It leads economists to suppose that ordinary market forces do not control the structure of industries, and hence to recommend governmental intervention or investigation. [...] The argument of this chapter in no way suggests that there are no artificial barriers to entry. It does suggest that the only artificial barriers of interest to antitrust are those capable of creation by private parties, and that such barriers are always instances of deliberate predation” (BORK, *op. cit.*, 1993, p. 328-329).

¹⁶⁸ “If entry into a market is so easy that existing competitors could not succeed in raising price for any significant period of time, the Department is unlikely to challenge mergers in that market. Under the standards in Section II(B)(1), firms that do not presently sell the relevant product, but that could easily and economically sell it using existing facilities, are included in the market and are assigned a market share. This section considers the additional competitive effects of (1) production substitution where the necessary modifications are more substantial, and (2) entry through the construction of new facilities.

In assessing ease of entry to a market, the Department will consider the likelihood and probable magnitude of entry in response to a small but significant and non-transitory increase in price.(34) As a first approximation, the Department will hypothesize a price increase of five percent and ask, how much new entry would be likely to occur within two years.(35) In most cases in which significant entry is unlikely, the Department will not attempt to differentiate further the degrees of difficulty of entry. In cases where entry is unusually difficult, however, the Department is more likely to challenge a merger” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, 1982).

Chicago entende-se que elas constituem uma dimensão autônoma à configuração estrutural da indústria. Mesmo que a entrada e a rivalidade pudessem vir a ser obstaculizadas pela maior escala de *players*, isso não era determinante para sua dinâmica competitiva – tratando-se de agentes econômicos direcionados à maximização do lucro.

1.3.2.3. *Análise de efeitos*

O paradigma do bem-estar do consumidor representou um marco – e potencialmente a contribuição teórica mais marcante da Escola de Chicago – a uma agenda de controle de concentrações. Em decorrência de suas assunções teóricas decorrentes da teoria do preço, a tradição chicaguiana postularia a análise de efeitos – isto é, eficiências decorrentes de determinadas concentrações – como fundamental para o exame de sua legalidade.

De fato, no que se refere à matéria antitruste, Williamson, como indicado acima, foi o principal economista chicaguiano a sustentar a defesa de eficiências, em detrimento de uma presunção estrutural de ilegalidade simples no controle de concentrações. Para além de argumentar pela legalidade de estruturas concentradas, diante de um maior ganho total de eficiências, Williamson também apontaria para a possibilidade e necessidade de desenvolvimento de métricas capazes de melhor identificar e compreender ganhos e perdas de excedente total.¹⁶⁹

Essas ideias seriam largamente apropriadas por Bork ao discutir o controle de concentrações em sua obra clássica *The Antitrust Paradox*.¹⁷⁰ Daí derivaria, para esse jurista, a reprodução das premissas williamsonianas e, com elas, a defesa da análise de eficiências como

¹⁶⁹ “Once economies are admitted as a defense, the tools for assessing these effects can be expected progressively to be refined. Since such refinements will permit both the courts and the enforcement agencies to make more precise evaluations, the threshold value under which an economies defense will be allowed can be reduced accordingly. Thus even if initially only a few mergers for which mixed effects are present are able to pass an appropriately qualified tradeoff test because of high threshold requirements, this proportion can be expected to increase as research results and analytical aids for evaluating scale economies accumulate. As an interim gain, solemn references to early oratory might finally be displaced in favor of analysis in the continuing dialogue on antitrust enforcement” (WILLIAMSON, *op. cit.*, 1968, p. 34).

¹⁷⁰ “Two definitions of consumer welfare have dominated the antitrust debate, although people have not always appreciated the difference. One is a actually a misnomer that Robert Bork adopted from Nobel prize economist Oliver Williamson and should more accurately be called a ‘welfare tradeoff’ model. That was the name that Williamson himself gave it. Under that model antitrust policy addresses practices that can have both monopoly-creating and cost-reducing effects. A practice should be unlawful if the monopoly loss exceeds the cost savings” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2022, p. 58-59).

um passo fundamental para o *enforcement* concorrencial sobre estruturas, diferentemente de sua subsidiariedade sob o paradigma harvardiano.¹⁷¹

A despeito da ideia de bem-estar do consumidor ter permitido um objetivo mensurável capaz de orientar a consecução do controle de concentrações, sucessivas críticas, internas à própria tradição chicaguiana, se desenhariam sobre a posição borkiana, tornando-se alvo de grande controvérsia. Assim, alguns críticos apontariam que a visão apresentada por Bork, antes de advogar por um paradigma de bem-estar do consumidor, consistia em uma proteção de uma defesa de aumento total de bem-estar – isto é, não necessariamente direcionado a consumidores, sob as ideias mais amplas de eficiência ou ganho total de bem-estar.¹⁷²

Essa diferença, ainda que pudesse soar sutil, teria implicações práticas – especialmente na medida em interpretações distintas considerariam titulares diferentes de perdas ou ganhos de eficiências.¹⁷³ Tomando como exemplo o *enforcement* concorrencial sobre estruturas, concentrações que impliquem em ganhos de eficiência não repassáveis para consumidores finais, mas que representassem um ganho em bem-estar total, seriam aprovadas sob uma

¹⁷¹ Conferir: BORK, *op. cit.*, 1993, p. 221-224.

¹⁷² Conferir: SALOP, Steven C. Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The True Consumer Welfare Standard. **Loyola Consumer Law Review**, Chicago, v. 22, n. 3, p. 336-353, 2010, p. 347 (“Judge Bork's use of this terminology is inherently confusing. To illustrate, consider the confusion that the use of the term ‘consumers’ might engender when ‘consumers’ is erroneously defined to mean ‘consumers plus shareholders of all the firms’ in the explanation of the aggregate welfare standard”); e HOVENKAMP, *op. cit.*, 2022, p. 58 (“The meaning of “consumer welfare” has unfortunately become corrupted and controversial and it has always been beset by problems of measurement. At the atmospheric level it is hard to disagree with the proposition that the antitrust laws should have something to do with the welfare of consumers”).

¹⁷³ “There has been long-standing antitrust controversy regarding the economic welfare standard for antitrust. Some commentators favor the aggregate economic welfare standard, (sometimes called the ‘efficiency’ or ‘total surplus’ standard); other commentators favor what I will refer to as the true consumer welfare standard (sometimes called the ‘pure consumer welfare’ or ‘consumer surplus’ standard). I am using the ‘true’ qualifier because of the confusion that has resulted from Judge Robert Bork's usage of the term ‘consumer welfare’ in referring to aggregate welfare.

The aggregate economic welfare standard would condemn conduct only if it decreases the sum of the welfare of consumers (i.e., buyers) plus producers (i.e., sellers plus competitors); and without regard to any wealth transfers. Thus, efficiencies such as cost savings can trump demonstrable consumer injury. In contrast, the true consumer welfare standard would condemn conduct if it reduces the welfare of buyers, irrespective of its impact on sellers” (SALOP, *op. cit.*, 2010, p. 336).

abordagem borkiana enquanto vetadas por outras.¹⁷⁴ Além disso, sob uma defesa de bem-estar total, prejuízos a concorrentes e consumidores seriam indistinguíveis.¹⁷⁵

Não apenas as ideias de Bork seriam alvo de críticas, mas também teriam influenciado diretamente alguns julgados relevantes da Suprema Corte dos Estados Unidos, levando a concepções genéricas a respeito daquilo que efetivamente seria o paradigma de bem-estar do consumidor.¹⁷⁶ Dessa forma, a perspectiva borkiana deveria ser corrigida pela assunção de uma defesa verdadeiramente destinada a proteção de ganhos de eficiência a consumidores.¹⁷⁷

Em defesa da posição sustentada por Bork, outros acadêmicos ligados a essa tradição sustentariam que essa abordagem era, ao contrário, proposital e clara.¹⁷⁸ Isso decorreria de três razões principais que derivariam justamente da apropriação das contribuições williamsonianas

¹⁷⁴ “For example, consider a merger that not only permits the merged firm to reduce costs significantly, but also endows the selling firm and its rivals with the incentive and ability to raise its price above the pre-merger level. As a result, that merger would violate the true consumer welfare standard because consumers are harmed. Even though there are efficiency benefits, consumers are harmed because the cost savings are not large enough to force firms to reduce prices, relative to the pre-merger outcome. Simply stated, it cannot be assumed that all cost savings will lead to consumer benefits. Only if the cost savings are so large as to cause prices to fall, would the merger pass muster under the consumer welfare standard.

However, the merger to monopoly would pass muster under the aggregate economic welfare standard if costs were reduced sufficiently to raise the selling firm's profits by more than the total aggregate harm to consumers” (SALOP, *op. cit.*, 2010, p. 337).

¹⁷⁵ “The two standards also differ dramatically in the way that they deal with injury to competitors. The true consumer welfare standard is indifferent to conduct that harms competitors – unless the conduct also likely harms consumers. In contrast, the aggregate welfare standard is equally concerned with the harm to competitors as it is to the benefits or harms to consumers and the defendant firm. This is because consumers, the defendant firm, and competitors all contribute equally to aggregate welfare” (SALOP, *op. cit.*, 2010, p. 337-338).

¹⁷⁶ “This analysis of competitor harm also suggests that there is confusion over the meaning of the aggregate welfare standard. It is unfathomable that Judge Bork would have wanted to count lost competitor profits, since doing so would incorporate protection of competitors (even less efficient competitors) explicitly into the overarching welfare goal of antitrust. Counting any harm to these rivals as sufficient for antitrust liability would be in total conflict with Judge Bork's view that antitrust should focus on the injury to competition, not injury to competitors.

The Supreme Court has stated that antitrust is a ‘consumer welfare prescription,’ and cited Judge Bork's book in doing so. In light of the general difficulty that courts have with economic terminology, let alone diagrams such as the Williamson Diagram reproduced in the book, it is unclear if the Court even understood that Judge Bork was effectively re-defining the term ‘consumer welfare’ to mean something very different. For example, Judge Wald explained the context in which the Court used the phrase dictated below” (SALOP, *op. cit.*, 2010, p. 347).

¹⁷⁷ “First, the current antitrust welfare standard is the true consumer welfare standard. It is not the aggregate economic welfare standard that was confusingly mislabeled by Judge Bork as the consumer welfare standard. Second, reduced to basics, the true consumer welfare standard is the better standard for antitrust law to mandate. Therefore, it would not make sense for the courts, agencies, or Congress to support policies to mandate the use of the - aggregate welfare standard in antitrust law” (SALOP, *op. cit.*, 2010, p. 353).

¹⁷⁸ “Bork's choice of terminology can be misleading, both to lay people and to antitrust insiders. The average lay person might find it surprising that a system designed to protect ‘consumer welfare’ would remain unperturbed if producers extracted surplus from consumers through increased prices so long as the producers did not reduce output. Antitrust insiders, who bandy about the terms ‘consumer welfare,’ ‘allocative efficiency,’ and ‘total welfare’ as differentiated concepts with differing policy implications, could also easily be confused. But admitting that Bork's terminology can be confusing is a far cry from admitting that Bork engaged in rhetorical deception or intellectual dishonesty. To the contrary, Bork laid out his cards clearly and offered a consistent, principled argument from start to finish” (CRANE, *op. cit.*, 2014, p. 845).

no campo da organização industrial, dentro da premissa maior de ganhos de eficiência a partir de concentrações.

Em primeiro lugar, suas obras sempre estiveram ligadas a uma ideia mais ampla de eficiência e, apenas indiretamente, a uma acepção mais estrita de bem-estar específico do consumidor.¹⁷⁹ Em segundo lugar, Bork explicitamente sustentava que efeitos redistributivos não estavam abarcados por sua definição de bem-estar do consumidor, dado que indiferentes para uma perspectiva de ganhos de eficiências.¹⁸⁰ Por fim, a interpretação borkiana apontava que eventuais transferências de renda tinha, em geral, um papel secundário – o que se tornaria um elemento técnico relevante para excluir objetivos alheios à uma perspectiva *welfarista* de tutela concorrencial.¹⁸¹

Feitas essas considerações, deve-se reconhecer que, de fato, a literatura segmenta diferentes tipos de eficiências,¹⁸² que podem adquirir ao menos três conceitos distintos: (i)

¹⁷⁹ “First, contrary to popular assertion, Bork did not begin with consumer welfare simpliciter and then morph into efficiency. From the beginning, Bork’s arguments for a consumer welfare goal were tied to his argument that the antitrust laws were intended to promote efficiency. In *The Antitrust Paradox*’s introduction, Bork began to build his case that ‘[b]usiness efficiency necessarily benefits consumers by lowering the costs of goods and services or by increasing the value of the product or service offered.’ In his earliest discussion of the Sherman Act’s legislative history, Bork expressly equated the concerns with consumer welfare with ‘restriction of output.’ Similarly, Bork derived a congressional intent to promote efficiency from the Robinson-Patman Act’s meeting competition defense, and then extrapolated from the efficiency rationale a desire to protect the welfare of consumers. His arguments from textual structure similarly began by deducing an efficiency goal, from which Bork then backed into a consumer welfare rationale. For example, Bork argued that Congress distinguished between ‘size achieved by normal means, thought to reflect superior efficiency, and size gained by unfair practices that prevented competition.’ Bork opined that ‘[t]he latter were unfair precisely because they were means of winning without attaining superior efficiency.’ The summation of this paragraph encapsulates the overall structure of Bork’s argument: ‘Again, the distinction in favor of efficiency imports a consumer welfare policy.’” (*Ibidem*, p. 845-846).

¹⁸⁰ “Second, Bork clearly explained why he was excluding wealth transfers from his definition of consumer welfare. He argued that wealth transfers from producers to consumers had no discernible net impact on consumer welfare since producers could spend the incremental dollars to maximize their own preferences as consumers. One can of course challenge Bork’s premise. Wealthy managers or shareholders may be more likely to save or invest than to spend, and hence may not experience their income gains from wealth transfers in a consumer capacity. Or the incremental income gains to producer may be less socially valuable than the comparable income losses to consumers because of the diminishing marginal utility of money. But these kinds of substantive disputations of Bork’s claim only go to show that Bork was clear enough in his analysis that there is no doubt about the conceptual moves he was making. Whether persuasive or not, Bork’s argument was honest” (CRANE, *op. cit.*, 2014, p. 846-847).

¹⁸¹ “Finally, Bork quite correctly noted that whether wealth transfers should count in antitrust analysis ‘is not crucial, perhaps, since most antitrust cases do not involve a trade-off.’ Actions that diminish market competitiveness and generate wealth transfers but not deadweight losses are relatively few compared to the much larger set of cases to which antitrust law is applied. The major thesis that Bork sought to advance was that courts should interpret the antitrust laws to protect economic efficiency and to benefit consumers and not to advance other objectives, such as protecting small business, limiting corporate size, or maintaining even inefficient competitors in order to increase rivalry. The persuasive power of that thesis does not turn on whether or not one subscribes to Bork’s smaller point about wealth transfers” (*Ibidem*, p. 848).

¹⁸² “Of course, no economy is ever characterized exclusively by allocative efficiency. However, neoclassicalists see the economy as tending towards an equilibrium that at least approaches allocative efficiency. The neoclassical doctrine sees the economy simply as a large market of goods and services that is generally in equilibrium and usually best left to itself. Equilibrium occurs when a market price is established through competition such that the amount of goods or services sought by buyers is equal to the amount of goods or services produced by sellers.

eficiências alocativas, ou seja, alocação ótimas de todos os recursos na economia; (ii) eficiências produtivas, que consistem em aumentos na razão entre *inputs* e *outputs* na produção de um bem ou serviço; e, ainda, (iii) eficiências dinâmicas, isto é, referentes a ganhos de capacidade inovativa de firmas.¹⁸³

Aqui, o argumento de Bork pode reencontrar sua significância, precisamente por se afastar de uma leitura estrita de ganhos de eficiência para consumidores, como apontado por seus críticos. Ao final, em abordagem prática sobre a disciplina antitruste, os tribunais estadunidenses dariam pouca atenção sobre a distinção entre bem-estar total ou de consumidores, confirmando a posição borkiana naquele contexto.¹⁸⁴ Isso não significa, de um lado, que tribunais tenham dado o mesmo valor a eficiências de distintas naturezas, sendo que houve uma clara preferência por aquelas de natureza alocativa.¹⁸⁵ Mas também não implica que, de outro lado, a proposta de Bork estava por si equivocada;¹⁸⁶ antes disso, a verdadeira contribuição borkiana residiria na possibilidade de unificação de análise e objetivos da tutela concorrencial, mesmo que haja espaços para qualificação de quais eficiências efetivamente

Because they believe that the economy tends toward equilibrium, neoclassicists believe that the main task of economic policy is simply to reduce artificial barriers and impediments to market equilibrium, particularly by ensuring that prices are aligned with costs. As applied to antitrust doctrine, this means that the focus tends to be on short-term immediate impacts of firm actions, rather than on longer-term ones with more complex implications” (ATKINSON; AUDRETSCH, *op. cit.*, 2011, p. 4-5).

¹⁸³ “But if antitrust needs to promote the principle of economic efficiency for a consequentialist, and not an originalist, reasons, what does the principle of economic efficiency mean? Economists commonly agree that the principle of economic efficiency encompasses three indissociable yet contradictory elements:

- Allocative efficiency: resources are efficiently allocated whenever good, and services are in the hands of those who value them the most. This transactional efficiency ensures that transaction costs are low enough for potential gains from trade to take place to attain an optimal allocation of resources in the market;
- Productive efficiency: the ratio between inputs and outputs is optimized through technical efficiency so that increased productivity will allow for more significant gains from production;
- Dynamic efficiency (innovation): the capacity to innovate will lead the market to generate (and adjust to) changes so that an evolutionary process ensures allocative and productive efficiencies in the longer term” (PORTUESE, *op. cit.*, 2021, p. 8).

¹⁸⁴ “For all of the debate in the academic literature over whether antitrust law should advance a consumer welfare or allocative efficiency objective, that issue has received little play in judicial decisions, confirming Bork’s argument that the distinction is unimportant in most antitrust cases” (CRANE, *op. cit.*, 2014, p. 848).

¹⁸⁵ “Considerably more important is a different distinction – between productive efficiency and allocative efficiency. Here, the story in the past three decades has by and large been a victory for allocative efficiency. The triumph of the consumerist version shows up most clearly in the Horizontal Merger Guidelines, which require that any cognizable efficiencies—those considered in offsetting the potential anticompetitive effects of a merger—be passed on to consumers. Judicial opinions have generally supported the Guidelines’ position that efficiencies only be balanced against anticompetitive effects if they are likely to be passed on to consumers” (*Ibidem*, p. 850).

¹⁸⁶ “It is important to note, however, that the rejection of a total welfare standard does not entail a rejection of Robert Bork, since Bork did not argue that antitrust law should pursue a total welfare standard. Indeed, contrary to frequent claims, Bork did not argue directly for a total welfare model” (*Ibidem*, 2014, p. 850).

estão sendo tuteladas pelas cortes – o que constitui um dos debates que se seguiu à Escola de Chicago.¹⁸⁷

Possivelmente muito em razão do dissenso teórico e de disputas internas à Escola de Chicago a respeito do que efetivamente consistiria a defesa do bem-estar do consumidor no controle de concentrações, o seu impacto material/prático tenha sido mais tímido do que o desejável. Diferentemente de uma maior flexibilização de presunções estruturais e de uma melhor compreensão da dinâmica competitiva dos mercados em termos de entrada e rivalidade, a contribuição chicaguiana na análise de efeitos foi diminuta, a despeito do paradigma de bem-estar do consumidor ser-lhe um pressuposto teórico fundamental. Toma-se, por exemplo, as *1982 Merger Guidelines* elaboradas por Baxter: a despeito de maior definição e abertura a defesas de eficiências,¹⁸⁸ o guia ainda manteria boa parte da redação da versão de 1968 sobre as ressalvas a sua utilização diante de concentrações presumidas estruturalmente como preocupantes. A despeito dessa seção do guia ter sido reformada, novamente, em 1984 e 1992, em ambas as edições, a análise de efeitos ainda estaria condicionada a premissas estruturais.

De todo modo, como nota final, deve-se destacar que a principal contribuição teórica da Escola de Chicago para o *enforcement* sobre estruturas foi a centralidade da análise de eficiências decorrentes de concentrações, cunhada sob o paradigma de bem-estar. Ainda que críticas viessem a se construir ao horizonte teórico desse movimento, como se apresentará no subcapítulo abaixo, dificilmente poderia se negar que a agenda da pesquisa em defesa da concorrência se distanciaria de algumas de suas premissas.¹⁸⁹

¹⁸⁷ “Bork sought to demystify the aspects of antitrust jurisprudence that opposed bigness, concentration, and economic power without linking those qualities to demonstrable economic harms to concrete interests. For jurists writing in Bork’s tradition, antitrust law was reduced to the application of economic theory to advance efficiency and consumer welfare” (*Ibidem*, 2014, p. 852).

¹⁸⁸ “In the overwhelming majority of cases, the Guidelines will allow firms to achieve available efficiencies through mergers without interference from the Department. Except in extraordinary cases, the Department will not consider a claim of specific efficiencies as a mitigating factor for a merger that would otherwise be challenged. Plausible efficiencies are far easier to allege than to prove. Moreover, even if the existence of efficiencies were clear, their magnitudes would be extremely difficult to determine. [...] At a minimum, the Department will require clear and convincing evidence that the merger will produce substantial cost savings resulting from the realization of scale economies, integration of production facilities, or multi-plant operations which are already enjoyed by one or more firms in the industry and that equivalent results could not be achieved within a comparable period of time through internal expansion or through a merger that threatened less competitive harm. In any event, the Department will consider such efficiencies only in resolving otherwise close cases” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA, *op. cit.*, 1982).

¹⁸⁹ “Perhaps the lesson to be learned from a more accurate economic history of the Post-Chicago movement, whether one likes it or not, is that we are all Chicagoans now” (WRIGHT, Joshua D. Overshot the Mark? A Simple Explanation of the Chicago School’s Influence on Antitrust. *CPI*, Boston, v. 5, n. 1, p. 1-34, 2009, p. 4).

1.4. O legado do debate entre as escolas de Harvard e Chicago e a política antitruste no Século XXI

Apesar da rápida mobilização institucional da Escola de Chicago nos anos 1980, bem como a reverberação significativa de seus impactos na concepção e consecução da política antitruste, a sobrevivência de uma abordagem chicaguiana mais “tradicional” não seria duradoura. Tão rápido quanto a apresentação de seu programa drástico de reformas, seria um contramovimento de críticas severas ao seu paradigma teórico e à sua agenda de *enforcement*.

Em paralelo à ascensão chicaguiana, de um lado, havia aqueles que indicariam que, dentro de um movimento ideológico, a proposta da Escola de Chicago desconfiguraria os propósitos originais da regulação da concorrência. Dentro desse contexto, tais acadêmicos passariam a disputar em parte a retórica chicaguiana construída em torno do paradigma do bem-estar do consumidor. Especialmente em crítica a juristas como Bork,¹⁹⁰ eles apontariam que sua leitura da legislação concorrencial como destinada simples, única e originalmente à proteção de consumidores seria exagerada e carecia de evidências.¹⁹¹

Outros comentários também indicavam que as assunções econômicas apresentadas pela tradição chicaguiana clássica estariam equivocadas. De fato, diversos comentários posteriores, especialmente dados por novos estudos empíricos no campo da organização industrial,¹⁹² passariam a apontar que os pressupostos sobre os quais a Escola de Chicago repousava seu paradigma teórico eram simplistas.¹⁹³

¹⁹⁰ “Despite, or because of his resounding victory in changing the terms of engagement in the courts and antitrust agencies, Bork has faced fierce criticism over the years. Among the leading criticisms are: (1) Bork mischaracterized the Sherman Act’s legislative history to produce a result he favored ideologically; (2) with a disingenuous sleight of hand, Bork shifted from consumer welfare to total welfare without changing labels, hence equating antitrust policy with efficiency while continuing to package it in a consumer welfare pill that courts would easily swallow; and (3) Bork’s economic efficiency account of the antitrust laws is impoverished and crowds out other legitimate objectives for the antitrust laws” (CRANE, *op. cit.*, 2014, p. 835-836).

¹⁹¹ Conferir: PITOFKY, Robert. The Political Content of Antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, v. 127, p. 1051-1075, 1979; FOX, Eleanor M. Modernization of Antitrust: A New Equilibrium. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 66, n. 6, p. 1140-1192, 1981.

¹⁹² “The ‘new empirical industrial organization’ literature is the final new development. In the past decade, empirical economists have created innovative methodologies for asking a variety of questions related to whether individual firms are exercising market power.” (BAKER, *op. cit.*, 1989, p. 653).

¹⁹³ “The post-Chicago commentators have concluded that Chicago School theories on the perfection of markets are overly simplistic. In reality, markets do not always behave as perfectly as the Chicago School assumes. In many markets, there is no even playing field: competitive information is not equally available to all participants, entry is not possible for new firms, or dominant firms may have gained a position that is impossible to dislodge.

Precisamente por isso, tais estudos apontariam para uma complexidade dos mercados ainda maior que aquela indicada originalmente pela Escola de Chicago ao formular sua crítica ao determinismo harvardiano.¹⁹⁴ Isso não apenas levaria à demanda de novos instrumentais, estudos e testagens,¹⁹⁵ como também a questionamentos a respeito da própria capacidade de *enforcement* concorrencial em tal sentido.¹⁹⁶

Os principais movimentos que se seguiram ao embate Harvard/Chicago, dessa forma, ainda que herdeiros de muitos aspectos de seu legado, não podem ser tomados de maneira homogênea. De fato, ainda que um grande rótulo de “Pós-Chicago” seja usualmente utilizado para definir aquilo que se seguiu à breve hegemonia chicaguiana mais “pura” nos anos 1980, duas vertentes distintas podem ser identificadas. É precisamente a interação e disputa entre esses movimentos que conforma o debate em torno da política antitruste no Século XXI.

De um lado, há aqueles que, diante do grupo de críticas que se seguiu à Escola de Chicago, buscaram abrandar suas posições, especialmente pela adoção de alguns dos aspectos do seu principal rival teórico. A esse movimento, denominamos “Nova Escola de Harvard”, uma vez que esse movimento reassumiu pressupostos estruturalistas, mesmo que partindo de uma abordagem concorrencial *welfarista*. De outro, a partir das mesmas críticas, há também aqueles que reafirmariam os pressupostos essenciais da Escola de Chicago, buscando desenvolvê-los com novo e mais refinado ferramental econômico. Esse segundo movimento pode ser rotulado como “Nova Escola de Chicago”.¹⁹⁷

Tais movimentos, importante notar, demonstram como, ao contrário de uma perspectiva de alternâncias e da retórica pendular, a política antitruste evoluiu incrementalmente ao longo da história. Mesmo que a Nova Escola de Harvard e a Nova Escola de Chicago se portem como opositoras, no debate acerca dos destinos da orientação do *enforcement* concorrencial em

Anticompetitive outcomes are more plausible in such markets than the Chicago School concedes, and antitrust intervention is required to correct competitive imbalances” (PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 364).

¹⁹⁴ “The real value of post-Chicago economics is its renewed recognition of the fact that markets are much more varied and complex than Chicago theorists were willing to admit. As a result, the number and variety of anticompetitive practices are unknown and open ended, particularly in relatively new markets, such as the internet and software licensing, where the opportunities for collusion and strategic behavior by dominant firms may prove to be quite manifold” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2001, p. 268).

¹⁹⁵ “By contrast, post-Chicago methodologies are necessarily more complex, reflecting the greater complexity of observed markets. While they sometimes produce robust economic conclusions, testing them has proven difficult. Further, they are messier and more difficult to use and too often strain the fact-finding power of courts beyond the breaking point” (*Ibidem*, p. 338).

¹⁹⁶ “If such decision making is difficult for economists, it is almost impossible for lay juries, administrators, and judges who are not trained in economics” (PIRAINO JR., *op. cit.*, 2007, p. 351).

¹⁹⁷ Vale destacar que terminologias similares, ainda que não compartilhando das mesmas definições utilizadas nesta dissertação já foram empregadas para a descrição da heterogeneidade daquilo que aqui se denomina fase Pós-Chicago. Conferir: CRANE, *op. cit.*, 2014.

nossos tempos, elas, ainda assim, compartilham, por exemplo, a herança de uma abordagem voltada à ideia do bem-estar do consumidor, demonstrando a complexidade da análise da história da defesa da concorrência, para além de retóricas vazias.¹⁹⁸

Tanto é assim que, paralelamente aos legatários diretos do embate Harvard/Chicago, desde meados dos anos 2010, testemunhou-se a ascensão de terceiro grupo mais recente que busca efetivamente romper a tradição que se construiu desde a segunda metade do Século XX, opondo-se, dessa forma, ao movimento de Pós-Chicago. Autointitulados como neobrandeisianos, tais comentadores encontram seus precursores teóricos na era formativa e, mais especificamente, nas formulações originais de Brandeis. Antes de buscar uma abordagem mais intervencionista ligada à tradição estruturalista harvardiana, esse movimento destina-se a reviver o teor essencialmente político da defesa da concorrência, visando à superação de uma determinação direta de seu conteúdo pelo instrumental econômico.

Esta subseção busca compreender como o embate Harvard/Chicago produziu herdeiros teóricos que permearam a disputa pela orientação política antitruste a partir dos anos 1990. Em primeiro plano, será apresentada a posição da Nova Escola de Harvard, enquanto abordagem dominante, como efetiva moduladora da formulação teórica e aplicação material da defesa da concorrência desde a década de 1990. Na sequência, em segundo plano, debate-se como a Nova Escola de Chicago rivaliza com essa posição, buscando, diante das críticas à agenda chicaguiana, qualificar os seus pressupostos basilares sem abandonar seu paradigma teórico. Por fim, em terceiro plano, será analisado como a tradição Harvard/Chicago e de suas legatárias posiciona-se no debate da tutela da concorrência no Século XXI, especialmente diante da rápida ascensão do movimento neobrandeisiano, que busca, por seu turno, resgatar os ideais políticos originais da era formativa.

1.4.1. Nova Escola de Harvard

A Nova Escola de Harvard, dentro do período Pós-Chicago, representa uma evolução natural da abordagem harvardiana clássica. De fato, com os eventos que se seguiram aos anos 1970, mesmo os autores ligados à Escola de Harvard como Turner e Areeda passaram

¹⁹⁸ “Post-Chicago antitrust should not be evaluated as a throwback to an earlier area, but as an attempt to move on” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2001, p. 258-259).

progressivamente a abandonar parte dos pressupostos originais dos economistas estruturalistas, além de revisar suas próprias posições acerca da consecução da política antitruste.¹⁹⁹

Nesse contexto, algumas das principais transformações em relação ao estruturalismo harvardiano original repousam, justamente, em um reconhecimento da maior complexidade dos mercados para além do determinismo do paradigma E-C-D – inclusive, a partir da influência da teoria do preço chicaguiana, visando a uma compreensão mais aprofundada da dinâmica competitiva dos agentes econômicos.²⁰⁰ Diferentemente da Escola de Harvard, haveria aqui menos ceticismo na habilidade de autocorreção dos mercados.²⁰¹

Além disso, outra dimensão central da abordagem nova-harvardiana seria a adoção de uma perspectiva *welfarista* acerca da política antitruste. Muito em razão da influência da tradição chicaguiana, a Nova Escola de Harvard assumiria o bem-estar do consumidor como o objetivo central da regulação da concorrência,²⁰² mesmo que objetivos políticos colaterais mais amplos pudessem existir como base principiológica da promulgação da legislação concorrencial nos Estados Unidos.

¹⁹⁹ “First, the inclusion of the word ‘new’ reflects Hovenkamp’s recognition that ‘the Harvard school underwent a significant transformation in the late 1970s,’ driven by ‘the unacknowledged conversation experience of Donald F. Turner.’ This led to a rejection of many of the commitments associated with the original Harvard school associated with scholars such as Edward Chamberlin, Edward Mason, Joe Bain, Derek Bok, and the early work of both Turner and Phillip Areeda” (YOO, Christopher S. Herbert Hovenkamp as Antitrust Oracle: Appreciating the Overlooked Contributions of the New Harvard School. In: CHARBIT, Nicolai; GACHOT, Sébastien (Orgs.). **Herbert Hovenkamp**: The Dean of American Antitrust Law. Paris: Concurrences, 2021, p. 5).

²⁰⁰ “One of the distinguishing characteristics of New Harvard is its acknowledgement of the complexity of markets. It joined the Chicago school critique of the structuralism of the original Harvard school embodied in the structure-conduct-performance (S-C-P) paradigm, which regarded market concentration as the only relevant consideration and assigned no importance to different types of conduct. [...] New Harvard also broke with the original Harvard school by welcoming the use of price theory as a tool of economic analysis. Unlike the Chicago school, which seeks to generate simple, static models of competition applicable to all market structures and industries, New Harvard antitrust embraces more nuanced principles that can account for a broader range of variation among industries, firms, and conduct” (YOO, *op. cit.*, 2021, p. 8-9).

²⁰¹ “Another distinguishing feature of New Harvard is that it has greater confidence than the original Harvard school in markets’ ability to self-correct” (*Ibidem*, p. 11).

²⁰² Conferir: ATKINSON; AUDRETSCH, *op. cit.*, 2011, p. 12 (“However, in reaction to the perceived conservative over-reach of the Chicagoans, a more liberal version of the Chicago approach, also grounded in neoclassical economics, emerged in the 1980s and 1990s. Chicagoans and post-Chicagoans have much in common. Like the Chicagoans, the post-Chicagoans also work within the efficiency model, but the two groups start from different assumptions. As Jacobs notes, ‘both agree that economics is ‘the essence of antitrust’ and that protecting consumer welfare, conceived in allocative efficiency terms, should be the exclusive goal of competition law.’ As post-Chicagoan Jon Baker states, the new developments in antitrust economics ‘demonstrate that we need not reject the value of economic efficiency in order to question the Chicago School. These challenges to Chicago arise from within the efficiency paradigm.’; e YOO, *op. cit.*, 2020, p. 2160 (“As an initial matter, the post-Chicago School joins the Chicago School in rejecting populist considerations and in accepting the maximization of economic welfare as the sole focus of antitrust”). Comentários de Herbert J. Hovenkamp também demonstram, em larga medida, que a posição da Nova Escola de Harvard deriva de uma tradição chicaguiana: “The Chicago School of antitrust analysis is the most coherent and elegant ideology that antitrust has ever experienced. One must admire its simplicity, as well as its confidence in markets and its optimism” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2001, p. 258).

Isso, contudo, não representa uma identificação integral com a tradição chicaguiana. De fato, em uma abordagem possivelmente muito mais centrista da política antitruste,²⁰³ a Nova Escola de Harvard tomaria esse paradigma como ponto de partida, mas assumiria o mercado como dotado de imperfeições para além daquelas originalmente descritas pela Escola de Chicago.²⁰⁴ Assim, a perspectiva nova-harvardiana sustentaria um maior realismo em crítica à tradição chicaguiana clássica, especialmente ao ressaltar falhas, como, exemplificativamente, assimetrias de informações, sendo definidoras do comportamentos competitivos dos agentes econômicos.²⁰⁵

Isso impactaria considerações a respeito tanto das configurações estruturais quanto das condições competitivas dos mercados. Por um lado, justamente a partir da assunção de maiores imperfeições, a concentração de poder de mercado seria novamente tomada como maior evidência de comportamentos potencialmente anticompetitivos do que como resultado de uma maior eficiência dos agentes econômicos.²⁰⁶ Por outro, justamente a partir da assunção de maiores imperfeições de mercado, fatores a impedir ou dificultar a entrada e rivalidade de concorrentes seriam tomados como mais factíveis, diferentemente da abordagem chicaguiana clássica.²⁰⁷

²⁰³ “While Paleo-Chicago was making its inroads, the Harvard contingent underwent an ‘unacknowledged conversion experience,’ in which it abandoned its earlier interventionism without fully embracing the Chicago perspective. The emerging Neo-Harvard School, represented by the canonical Antitrust Law treatise and its principal custodians, Turner, Phillip Areeda, and now Herbert Hovenkamp, articulated a centrist or even conservative approach to antitrust law. Hovenkamp, the reigning dean of the Neo-Harvard School, writes that ‘[t]oday the Harvard School is modestly more interventionist than the Chicago School, but the main differences lie in details.’” (CRANE, *op. cit.*, 2012, p. 45).

²⁰⁴ “Nevertheless, those who found markets to be somewhat messier and Chicago economics less robust, began in the 1980s to call for a ‘post-Chicago’ antitrust policy that would take the best that the Chicago School had to offer as a point of departure, and then develop an antitrust policy that was more sensitive to market imperfections. This could then enable anticompetitive behavior by dominant firms, that would take the competitive threats of mergers more seriously, and that would acknowledge the anticompetitive potential of at least a few vertical restraints” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2001, p. 258).

²⁰⁵ “At the same time, New Harvard ‘did not fully embrace the Chicago position either.’ In short, ‘many markets very likely are messier than Chicago Theory assumes’ due to asymmetric information, previous investments, and switching costs that prevent ‘investment... [from] flow[ing] toward competitive solutions as freely or as quickly as we hope.’” (YOO, *op. cit.*, 2021, p. 12).

²⁰⁶ “Second, Chicagoans assume that markets with dominant firms are generally self-correcting, in part through new entry. Even when there is little or no competition, the supranormal profits achieved by monopolists will attract new entrants to the industry. For Chicagoans, entry barriers, except when imposed by government regulation, are low. They also reject the notion that there is much of an empirical relationship between concentration and monopoly power. In contrast, post-Chicagoans see entry barriers as higher in many cases, thus limiting the ability of the market to automatically correct for market power” (ATKINSON; AUDRETSCH, *op. cit.*, 2011, p. 13).

²⁰⁷ “But while the Chicagoans and post-Chicagoans agree on much, they differ on some critical points. First, Chicagoans generally see market power as the result of firms’ superior performance. Thus Bork laments, ‘Failure to consider efficiency – or worse, the tendency to view it as pernicious by calling it a ‘barrier to entry’ or a competitive advantage – is probably the major reason for deformation of antitrust’s doctrines.’ In this way the Chicago school believes that firms should not be penalized for being efficient and thereby gaining market share.

Nesse contexto, um paradigma estruturalista, ainda que distinto daquele originalmente formulado pela tradição harvardiana clássica e qualificado pela assunção do bem-estar do consumidor enquanto seu objetivo da política antitruste, marcaria a Nova Escola de Chicago. Não seria de se estranhar, dessa forma, que alguns de seus partidários defendam que a grandeza pode operar como um *target* da regulação da concorrência se parametrizado por uma escolha do objetivo correto – o bem-estar do consumidor.²⁰⁸

Também em razão dessa maior desconfiança em relação aos mercados, a Nova Escola de Harvard se distanciaria da posição antigoverno chicaguiana.²⁰⁹ Para além de uma distinção meramente retórica, isso traria impactos substanciais sobre *enforcement*, por meio da revisão da premissa de valorização da identificação de falsos negativos sobre falsos positivos, conforme postulado pela Escola de Chicago.²¹⁰

This would only discourage firms from trying to be efficient and grow. In contrast, post-Chicagoans are more willing to see market power as the result of firms' anti-competitive actions" (*Ibidem*, p. 12).

²⁰⁸ "Size works better as a target if the goal is to protect higher cost or less innovative producers. If a nondominant firm offers higher prices or reduced quality, it will lose too many sales. The market power requirement is designed to address this issue. However, a firm that offers lower prices or greater innovation can injure higher cost or less innovative rivals even if it is not dominant within its market. [...] As a result, the value of bigness tests depends on one's a priori selection of a goal for antitrust policy. Targeting 'bigness' as such usually benefits competitors at the expense of consumers and labor" (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2022, p. 14-15).

²⁰⁹ Conferir: HOVENKAMP, *op. cit.*, 2001, p. 267 ("By contrast, 'post-Chicago' antitrust has relatively less confidence in markets as such, is more fearful of strategic anticompetitive behavior by dominant firms, and has a significantly restored faith in the efficacy of government intervention. But anyone who takes the long view should see that 'Post-Chicago' antitrust policy represents little more than another swing in antitrust's ideological pendulum. This long view is critical if antitrust is to maintain its integrity. Just as the 'ruinous competition' arguments of the early part of the twentieth century and the strategic vertical integration arguments of the 1930s and 1940s, the Chicago School contribution to antitrust did two things. First, it gave us much that was useful. Second, it was oversold"); YOO, *op. cit.*, 2021, p. 12-13 ("Another key difference between Chicago and New Harvard is with respect to the likely effectiveness of government intervention. The Chicago school incorporates public choice skepticism that argues that legal interventions tend to reflect politics instead of attempts to address market failures. As a result, it has traditionally taken a fairly dim view of every antitrust enforcement institution"); e ATKINSON; AUDRETSCH, *op. cit.*, 2011, p. 13 ("Finally, because the Chicago school is skeptical of government, it generally favors weak antitrust enforcement, assuming that the market will adequately deal with any issues arising from market power or market abuse. Chicagoans also believe that judicial process should proceed cautiously, particularly because judges are not trained in neoclassical economics and therefore will have difficulty in correctly identifying market imperfections. As Albert Foer, president of the Antitrust Institute and a critic of the Chicago school, states, 'The idea is that markets work extremely well, and when they have problems they self-correct, and government is incapable of correcting such things as a flawed market. Government can only make things worse.' As such, the Chicago school rejects almost any role of government in antitrust beyond prohibition of collusion or mergers to achieve near monopoly. In contrast, post-Chicagoans have more faith in government's ability to accurately distinguish between competitive and anti-competitive behavior").

²¹⁰ "First, Paleo-Chicago expresses a much stronger belief in the good functioning and self-correcting properties of the market than does Neo-Harvard. Second, while both Paleo-Chicago and Neo-Harvard mistrust antitrust's institutional apparatus – particularly private plaintiffs, juries, and treble damages – there are important differences in their institutional prior beliefs. Neo-Harvard, best represented perhaps by Justice Stephen Breyer, prefers regulatory solutions to antitrust solutions and public enforcement to private enforcement. [...] The Chicago School, by contrast, disfavors both regulatory interventions and antitrust interventions, and has no particular affinity for government suits over private suits. Hence, the story of antitrust on the Supreme Court over the last two decades-of defendants' 15-0 rout of plaintiffs between 1993 and 2010 – is best understood as the uneasy and sometimes begrudging alliance of Paleo-Chicago and Neo-Harvard" (CRANE, *op. cit.*, 2012, p. 45-46).

A despeito do avanço desse movimento teórico ter sido construído sobre uma evolução incremental de maneira quase simultânea à hegemonia da Escola de Chicago nos anos 1980,²¹¹ destaca-se que, em larga medida, foi justamente a abordagem da Nova Escola de Harvard que prevaleceu sobre a consecução da política antitruste estadunidense. De fato, com a derrota de George H. W. Bush em 1992, Bill Clinton assumiria a presidência dos Estados Unidos em 1993, trazendo consigo mudanças importantes na dimensão política da regulação da concorrência em direção à necessidade de um maior intervencionismo.

Com a nomeação de Robert Pitofsky, um dos principais nomes da Nova Escola de Harvard, como *Chairman* do FTC, Clinton traria um *enforcement* concorrencial mais proeminente comparado com seus antecessores republicanos, especialmente a partir na condução da agência,²¹² sendo o caso *United States v. Microsoft Corporation*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001) uma das maiores marcas desse período. Não por outro motivo, em 1999, uma carta aberta de economistas ligada ao *think tank* The Independent Institute alegaria um ativismo antitruste por meio desse e de outros casos conduzidos ao longo de sua presidência²¹³ – carta essa publicada em veículos como The Washington Post e The New York Times com patrocínio da própria Microsoft.²¹⁴ Outro momento central da reforma nova-harvardiana sobre a política antitruste foi a nomeação de Anne K. Bingaman à Antitrust Division do DOJ – cargo que exerceria entre 1993 e 1996, promovendo ativamente uma retomada do *enforcement* concorrencial, em relação àquilo que havia sido construído nos últimos desde à presidência de Reagan.²¹⁵

Sobre o controle de concentrações, vale ressaltar que, em grande medida, a agenda propagada pela Escola de Chicago seria mitigada dentro desse contexto. De fato, o enrijecimento relativo de presunções estruturais, advogado pelos operadores do FTC e DOJ,

²¹¹ “As usual, the challenge to the dominant intellectual school began quietly while the incumbent was still ascendant. Already during the 1980s there was talk of a Post-Chicago School that would correct some of Chicago's overreaching. That Post-Chicago lacks the geographical identifier of its predecessor ‘schools’ reflects the fact that Post-Chicago may still be less of a discrete school than a collection of attacks on Chicago School tenets. Robert Pitofsky's 2008 collection, *How the Chicago School Overshot the Mark*, is an attempt to corral leading Post-Chicago voices, but it fails to articulate a common theoretic or normative approach to antitrust law as a proposed successor to Chicago. It is not primarily a call for more empiricism, a different theoretical approach (such as behavioralism or game theory), or a different normative understanding of antitrust. Rather, it consists of a succession of targeted criticisms of particular Chicago School arguments” (*Ibidem*, p. 46).

²¹² Conferir: BALTO, David A. Antitrust Enforcement in the Clinton Administration. **Cornell Journal of Law and Public Policy**, Ithaca, v. 9, n. 1, p. 61-132, 1999.

²¹³ A carta *An Open Letter to President Clinton from 240 Economists on Antitrust Protectionism* encontra-se disponível em: <https://www.independent.org/pdf/open_letters/antitrust.pdf>. Acesso em: 10 de abr. de 2023.

²¹⁴ Conferir: BRINKLEY, Joel. 'Unbiased' Ads for Microsoft Came at a Price. **The New York Times**, Nova York, 18 de set. de 1999.

²¹⁵ Conferir, nesse sentido, sua entrevista ao New York Times: LABATON, Stephen. Profile: Anne K. Bingaman; Rousing Antitrust Law from Its 12-Year Nap. **The New York Times**, Nova York, 25 de jun. de 1993.

demonstrariam como a abordagem nova-harvardiana modularia alguns dos aspectos centrais da tradição chicaguiana clássica.²¹⁶ Pitofsky e Bingaman trabalhariam em conjunto para a publicação das *1997 Merger Guidelines*, revisando o guia anterior de 1992. Nota-se que as possíveis alegações de eficiências foram afuniladas, não sendo abordado como deveriam ser balanceadas com potenciais impactos anticompetitivos. Além disso, explicitamente reconheceu-se a dificuldade de identificação e mensuração de efeitos positivos decorrentes de uma operação.²¹⁷

²¹⁶ “In the area of merger enforcement, we believe that a sound reasoned structural enforcement program will reap huge dividend future market performance. To this end, we apply the Department of Justice and the Federal Trade Commission 1992 Horizontal Guidelines to transactions among competitors. But our analysis does not stop there since nonhorizontal mergers may also have potential anticompetitive effects. For example, we believe that a vertical merger may lessen competition in an upstream or downstream market through foreclosure. Such a merger may also cause a competitor to become supplier as well and, under certain conditions, allow the merging parties to raise the costs of or otherwise handicap their rivals. As a consequence a vertical merger may chill innovation or lead to coordination of output or prices. We are not ready to make sweeping policy pronouncements, especially in the form of guidelines on vertical mergers, but we are studying vertical effects in specific pending investigations and will bring a case if we find appropriate circumstances indicating likely competitive harm” (BINGAMAN, Anne K. 60 Minutes with Anne K. Bingaman, Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 63, n. 1, p. 323-343, 1994, p. 327).

²¹⁷ “The Agency will consider only those efficiencies likely to be accomplished with the proposed merger and unlikely to be accomplished in the absence of either the proposed merger or another means having comparable anticompetitive effects. These are termed merger-specific efficiencies.(35) Only alternatives that are practical in the business situation faced by the merging firms will be considered in making this determination; the Agency will not insist upon a less restrictive alternative that is merely theoretical.

Efficiencies are difficult to verify and quantify, in part because much of the information relating to efficiencies is uniquely in the possession of the merging firms. Moreover, efficiencies projected reasonably and in good faith by the merging firms may not be realized. Therefore, the merging firms must substantiate efficiency claims so that the Agency can verify by reasonable means the likelihood and magnitude of each asserted efficiency, how and when each would be achieved (and any costs of doing so), how each would enhance the merged firm's ability and incentive to compete, and why each would be merger-specific. Efficiency claims will not be considered if they are vague or speculative or otherwise cannot be verified by reasonable means.

Cognizable efficiencies are merger-specific efficiencies that have been verified and do not arise from anticompetitive reductions in output or service. Cognizable efficiencies are assessed net of costs produced by the merger or incurred in achieving those efficiencies.

The Agency will not challenge a merger if cognizable efficiencies are of a character and magnitude such that the merger is not likely to be anticompetitive in any relevant market.(36) To make the requisite determination, the Agency considers whether cognizable efficiencies likely would be sufficient to reverse the merger's potential to harm consumers in the relevant market, e.g., by preventing price increases in that market. In conducting this analysis,(37) the Agency will not simply compare the magnitude of the cognizable efficiencies with the magnitude of the likely harm to competition absent the efficiencies. The greater the potential adverse competitive effect of a merger – as indicated by the increase in the HHI and post-merger HHI from Section 1, the analysis of potential adverse competitive effects from Section 2, and the timeliness, likelihood, and sufficiency of entry from Section 3 – the greater must be cognizable efficiencies in order for the Agency to conclude that the merger will not have an anticompetitive effect in the relevant market. When the potential adverse competitive effect of a merger is likely to be particularly large, extraordinarily great cognizable efficiencies would be necessary to prevent the merger from being anticompetitive.

In the Agency's experience, efficiencies are most likely to make a difference in merger analysis when the likely adverse competitive effects, absent the efficiencies, are not great. Efficiencies almost never justify a merger to monopoly or near-monopoly.

The Agency has found that certain types of efficiencies are more likely to be cognizable and substantial than others” (ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **1997 Merger Guidelines**. Washington, D.C., 1997).

Assim, houve a formatação de uma posição mais cética em relação à análise de efeitos, de forma que, mesmo que aceitas alegações de eficiências para a sustentação da legalidade de concentrações, elas teriam aplicação prática restrita.²¹⁸ Dentro desse contexto, dados confirmam que, em termos de *enforcement*, essa etapa da análise concorrencial ao longo dos anos desempenharia um papel subsidiário dentro do controle de concentrações.²¹⁹

Ao fim, a Nova Escola de Harvard formataria a tutela concorrencial na fase Pós-Chicago. Apesar de partir do paradigma chicaguiano, esse movimento buscaria relativizar a sua agenda – repousando muito mais em uma abordagem estrutural do que nas condições de concorrência dos mercados e nas possíveis eficiências decorrentes de uma concentração.

1.4.2. Nova Escola de Chicago

Paralelamente à Nova Escola de Harvard, um movimento que se calçou nas mesmas críticas acerca da tradição chicaguiana clássica emergiu no debate da regulação da concorrência. Ainda que esse grupo dificilmente tenha moldado a política antitruste em sua configuração atual, é relevante discutir alguns de seus aspectos centrais, como legatário do embate Harvard/Chicago no Século XXI.

Assim, a Nova Escola de Chicago reafirmaria a tradição chicaguiana clássica diante das críticas em seu desfavor nos anos 1980. Repousando, como a Escola de Chicago, em uma abordagem *sine qua non* das Ciências Econômicas, a agenda neo-chicaugiana buscaria tanto

²¹⁸ “1. Given the many limitations and qualifications on the successful assertion of an efficiency defense, it will be difficult to reverse what otherwise would be a finding of illegality. That is as it should be. The goal of the merger revisions was to open the door to efficiency claims as part of competitive effects analysis in close cases-not to give away the entire enforcement enterprise.

2. Grossly exaggerated efficiency claims do not benefit those defending the legality of a merger. Indeed, they may do considerable harm in making enforcement officials generally skeptical of proffered defenses and undermining credibility with judges.

3. With increased experience, and with the help of some direction from judges, defense counsel should become more comfortable in addressing efficiency claims. I believe that is the history of the increased attention to conditions of entry over the last several decades and is likely to be the result in this area as well” (PITOFSKY, Robert. *Efficiencies in Defense of Mergers: Two Years After*. **George Mason Law Review**, Washington D.C., v. 7, n. 3, p. 485-494, 1999, p. 493).

²¹⁹ “The 1997 Merger Guidelines imply that cognizable efficiencies should reduce the likelihood of a merger challenge, but it was unclear how they are to be balanced with anticompetitive concerns. In effect, the decision is left to the Commission, with statistical research on reduced form policy models showing efficiency became a marginal consideration in the review process for the FY 1995 cases (a change relatively contemporaneous with the arrival of Chairman Pitofsky)” (COATE, Malcom B. **The Merger Review Process at the Federal Trade Commission from 1989 to 2016**. [S.l.: s.n.], 2017, p. 23-24).

aprimorar a sua compreensão do comportamento competitivo dos agentes econômicos quanto, como resultado, dar ênfase em hipóteses e modelos empiricamente testáveis a fim de identificar os efeitos decorrentes de práticas comerciais ou concentrações.

Dentro desse contexto, entre os pressupostos econômicos distintos abrangidos pela Nova Escola de Chicago, a teoria dos jogos ganharia destaque, instruindo um *framework* de análise ainda mais centrado na dinâmica competitiva dos mercados, e não em suas configurações estruturais.²²⁰ Precisamente a partir da assunção de um instrumental econômico mais profundo, a abordagem nova-chicaguiana direciona a sua contribuição e agenda em torno da necessidade da exploração e testagem de novos e mais complexos modelos e teorias econômicas verificáveis capazes de fornecer uma melhor representação do comportamento dos agentes econômicos em disputa na economia.

Em decorrência disso, vale notar, esse movimento busca se contrapor à tradição harvardiana e de sua legatária contemporânea, a Nova Escola de Harvard – mesmo que persista, como apresentado acima, um consenso acerca da abordagem *welfarista* da regulação da concorrência. O comportamento competitivo, ao ganhar ainda mais centralidade na análise antitruste, suprimiria o foco da avaliação concorrencial em torno da configuração industrial do mercado, construído ao longo das décadas.²²¹

Não de outra forma, exemplificativamente, o economista Louis Kaplow, um dos principais dos partidários dessa perspectiva, argumentaria, inclusive, pelo abandono do conceito de “mercado relevante” para análise concorrencial, a despeito de sua relevância histórica para a política antitruste, como uma herança da Escola de Harvard, assumida e modulada pelas suas sucessoras. Nesse contexto, utilizando de um instrumental econômico mais apurado que aquele disponível à tradição chicaguiana clássica, ele sustentaria que a ideia de “mercado relevante” e a sua centralidade para a regulação da concorrência seriam

²²⁰ “What separates the two schools is not their goals, but their vision of the relevant mechanisms through which economics acts. While the Chicago School placed little emphasis on the game theory revolution that swept through industrial organization and microeconomics during the beginning in the 1970s, the post-Chicago School embraced it” (YOO, *op. cit.*, 2020, p. 2160-2161).

²²¹ “Unlike the Harvard School, which focused almost entirely on market structure without paying any attention to conduct, the game theory embraced by the post-Chicago School places strategic behavior at the center of the analysis. In addition, although post-Chicago analyses are able to take into account more complex dynamics than those permitted by the price-theoretic approach of the Chicago School, the game-theoretic approach by post-Chicago studies lacks the industry specificity inherent in the case study-based approach of the Harvard School. Instead, post-Chicago models tend to be quite abstract” (*Ibidem*, p. 2161).

conceitualmente incoerentes, especialmente considerando que a sua definição, illogicamente, dependeria de uma análise de efeitos – o teste do monopolista hipotético.²²²

Em decorrência disso, as presunções estruturais que sobre ele se constroem também não seriam capazes de responder boa parte das questões levantadas ao longo da análise concorrencial – devendo-se também ser abandonadas.²²³ Muitas vezes, a detenção de poder de mercado, mensurada a partir de presunções estruturais usualmente levaria a sinalizações ambíguas, sendo incapaz de indicar se o comportamento dos agentes econômicos é ou não anticompetitivo.²²⁴ Esse mecanismo seria, assim, pouco útil para a informação da política concorrencial e, mesmo quando dotado de alguma utilidade, possivelmente seria possível encontrar uma justificativa pró-competitiva para a dominância de um *player*.²²⁵

Vale destacar que, também enquanto legado indireto da tradição chicaguiana clássica, a abordagem da Nova Escola de Chicago também apresenta uma desconfiança bastante significativa em relação à capacidade de intervenção governamental sobre os mercados. Considerando a grande complexidade do instrumental econômico necessário para a compreensão da dinâmica competitiva dos mercados, superando as simplificações dadas por conceitos como “mercado relevante” ou por presunções estruturais que remontam a uma origem harvardiana clássica, questiona-se também a própria capacidade estatal de dar materialidade ao

²²² “Rather, the claim is conceptual: the market definition / market share paradigm is incoherent. Among other reasons, there exists no way to employ it – which requires a determination of which market definition is best according to some plausible criterion – without first determining the extent of market power as best one can. Therefore, however hard it may be to measure market power in a particular case, and whatever means may be most suitable despite their limitations, there is no getting around the need to formulate a best estimate. Nothing in the market definition process can help. Relatedly, if legal authorities are to insist on market definition, they are in a sense commanding something impossible and, as generally conducted, needlessly misleading – or, if the process is properly corrected, devoid of content and thus merely vacuous” (KAPLOW, Louis. Why (Ever) Define Markets? **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 124, n. 2, p. 437-517, 2010, p. 517).

²²³ “Nevertheless, the actual basis for market power's taken for granted that many basic questions remain largely unaddressed” (KAPLOW, Louis. On the Relevance of Market Power. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 130, n. 5, p. 1303-1407, 2017, p. 1305).

²²⁴ “Regarding the latter two points, even the sign can vary: greater market power sometimes opposes liability, different senses of market power can have opposite effects on the desirability of liability, different components of a given meaning of market power can have opposite implications. In short, the conventional view that greater market power favors liability is woefully incomplete. Market power is often important, but not always, and its relevance exhibits great heterogeneity and is sometimes contrary to what is generally supposed. Standard market power indices, therefore, are not close to being sufficient statistics for most applications involving the determination of liability in competition law cases” (*Ibidem*, p. 1306).

²²⁵ “Greater market power is not always informative, and when it is, greater market power can even favor the procompetitive explanation” (*Ibidem*, p. 1405).

enforcement concorrencial.²²⁶ Nesse contexto, também, acadêmicos ligados à Nova Escola de Harvard criticariam a falta de administrabilidade de uma agenda nova-chicaguiana.²²⁷

Não de outra forma, em termos materiais, as críticas apresentadas pela Nova Escola de Chicago, apesar de relevantes, não representaram impactos significativos na formação da política antitruste na fase Pós-Chicago – em contraste com a hegemonia da Nova Escola de Harvard no Século XXI.²²⁸ Mesmo que as críticas nova-chicaguianas pudessem incrementar a abertura de tribunais a algumas discussões mais complexas a superar a tradição harvardiana clássica que permeia a consecução da regulação da concorrência, elas seriam largamente mitigadas pela *path dependence* construída ao longo da história do *enforcement* concorrencial.²²⁹ Apesar de superar os limites geográficos da Universidade de Chicago, também não é possível afirmar que esse movimento encontra uma formação devidamente organizada.²³⁰

Precisamente dentro desse contexto, ainda que alguns poucos acadêmicos ligados à Nova Escola de Chicago tenham integrado cargos na administração da política antitruste nos Estados Unidos – como, mais notoriamente, Joshua D. Wright enquanto *Commissioner* do FTC entre 2013 e 2019 –, sua influência foi muito mais restrita na sua formatação do que aquela exercida por nomes ligados à outras vertentes. Nota-se, novamente, que as *2010 Merger Guidelines*

²²⁶ “In short, ‘the complexity of post-Chicago theories would force the federal courts to confront problems that they are not capable of solving’” (YOO, *op. cit.*, 2021, p. 15).

²²⁷ “Third, Hovenkamp has simultaneously distanced himself from the post-Chicago movement, notwithstanding the fact that he is credited with coining the term. Although he credits it for recognizing ‘that markets are more varied and complex than the orthodox Chicago school was willing to admit,’ he warns that post-Chicago antitrust has been ‘oversold’ and ‘has wandered too far to the opposite extreme.’ Specifically, he harbors considerable doubts over the administrability of antitrust rules based on ‘highly technical’ models based on ‘the mathematics of marginalism and game theory.’ In addition, many post-Chicago models ‘are not testable in the conventional positivist sense,’ a flaw that ‘can prove fatal’ by leaving plaintiffs able to do nothing more than adduce evidence that a defendant’s conduct was consistent with a theory of anticompetitive behavior, without being able to demonstrate the net impact of that conduct on economic welfare. The result is ‘solutions that are beyond the competence of the court system to comprehend and correct.’” (*Ibidem*, p. 6).

²²⁸ “The influence of the Chicago School’s models in these contexts has not gone unanswered. Post-Chicago economic analyses have formalized pre-Chicago intuitions by showing that, in some circumstances, practices like exclusive dealing, tying arrangements, and predatory pricing can be anticompetitive. Post-Chicago theories have not yet had a dramatic effect on the evolution of antitrust law, but they have had some successes. Post-Chicago methodologies have, for example, shown a merger to be probably anticompetitive where conventional market definition would have suggested anticompetitive effects were unlikely” (PAGE, *op. cit.*, 2008, v. 1, p. 15).

²²⁹ Conferir: YOO, *op. cit.*, 2020, p. 2162 (“While the game-theoretic framework that characterizes post-Chicago scholarship yields substantial insights, it carries with it a number of limitations, both theoretically and empirically. In addition, many commentators have questioned how much impact post-Chicago economics has had on Supreme Court doctrine”); e PAGE, *op. cit.*, 2008, v. 1, p. 16 (“These Post-Chicago victories, however, have had limited precedential effect.”).

²³⁰ “By contrast, Neo-Chicagoan antitrust analysis is not geographically centered at the University of Chicago, nor necessarily associated with household names in the legal academy. Further, since the school-if there be such a school-is still in its relative infancy, there is no fixed canon of work ready for compilation and attribution to the school” (CRANE, *op. cit.*, 2012, p. 44).

encontram-se muito mais ligadas à tradição da Nova Escola de Harvard, moldada especialmente pelas *1997 Merger Guidelines*.

Ao final, o que a emergência de uma Nova Escola de Chicago demonstra é justamente o quão disputável é a retórica de uma hegemonia absoluta da tradição chicaguiana naquilo que se seguiu à fase de Pós-Chicago. Antes disso, revela que os legatários diretos da Escola de Chicago se opõem, em grande medida, à orientação atual da consecução da política antitruste em uma formatação dada pela Nova Escola de Harvard, que repousou, em larga medida, em um *set* de premissas estruturais, ainda que relativizadas e aliadas à análise de efeitos, da forma como herdadas da tradição harvardiana.

Assim, aquilo que seria a consequência natural da evolução do instrumental da teoria do preço para a organização industrial – isto é, considerações mais complexas acerca da dinâmica competitiva dos mercados, orientadas por contribuições como a teoria dos jogos – foi vastamente preterida em comparação a uma abordagem estruturalista, ainda que distinta daquela apresentada pela Escola de Harvard nos anos 1950. Isso tudo não apenas aponta para problemas de *policy* no que se refere à sua potencial incapacidade na absorção de contribuições contemporâneas das Ciências Econômicas, mas, também, indica que todo ataque que se faz à orientação chicaguiana no debate que se seguiu à década de 2010 – especialmente dentro da emergência do movimento neobrandeisiano – seja, em alguma medida, enganoso, como se analisará a seguir.²³¹

1.4.3. A política antitruste no Século XXI: continuidades e “movimento pendular”

Aos eventos que se seguiram à crise de 2008, a dominância que o embate Harvard/Chicago exercia sobre a formulação da política antitruste desde a década de 1950

²³¹ “As Baker [1989] points out, Chicago captured the dominant intellectual market share in the 1980s, but Chicago views today face extensive challenge in economic commentary. The antitrust system’s permeability means that new perspectives can gain a foothold with no more than a persuasive opinion by one federal court or a single enforcement decision by a government agency.

Recent years have featured the emergence of a new industrial organization literature (largely rooted in game theory) that identifies ways in which conduct such as predation and leveraging can decrease efficiency. The policy implications of this literature dictate greater concern, in devising liability standards and public enforcement policy, with conduct that Chicago deems benign or procompetitive. However, the complexity of this literature raises basic questions about the capability of courts and enforcement agencies to apply its ideas skillfully in adjudication and case selection” (KOVACIC, *op. cit.*, 1992, p. 304).

encontraria as suas primeiras críticas. De fato, após uma longa consolidação do instrumental das Ciências Econômicas sobre a regulação da concorrência iniciado pelos estruturalistas harvardianos, vozes críticas passariam a direcionar-se sobre a concentração dos mercados como vetor relevante de problemas econômicos e sociais.²³² Muitos sustentariam que o pêndulo da regulação da concorrência, desde a emergência da Escola de Chicago, estaria se movimentando em direção a uma abordagem progressivamente intervencionista.

Contudo, é apenas em 2017, com a publicação do artigo *Amazon's Antitrust Paradox* por Lina M. Khan, que tais preocupações viveriam sua catálise. Diferentemente daquilo que havia se consolidado como paradigma e práxis na política antitruste ao longo das últimas décadas,²³³ o *paper* de Khan serviria não apenas como uma crítica ao *enforcement* concorrencial estadunidense, mas um convite amplo para revisão de todas as premissas sobre as quais se estabeleceu a política antitruste no país.²³⁴

Para tanto, tais críticos assumiriam que, desde os anos 1980, a Escola de Chicago efetivamente modulou a consecução da política antitruste, com base na primazia pelo bem-estar do consumidor. Dessa forma, não apenas uma abordagem leniente foi consolidada a partir da suposta hegemonia chicaguiana clássica, como também a própria centralidade do instrumental econômico na análise concorrencial teria excluído outros propósitos (diretos ou indiretos) não-econômicos aos quais destinava-se originalmente a defesa da concorrência desde sua concepção – o que, por um motivo ou pelo outro, demandaria por um retorno de intervenções estruturalistas rígidas.²³⁵ Nesse contexto, as *big techs* surgiriam como alvo de tais críticas, enquanto agentes dominantes cujo elevado poder de mercado levaria mais a preocupações de natureza política do

²³² Conferir para uma narrativa desse processo: NEWMAN, John. Reactionary Antitrust. **Concurrences**, Paris, n. 4, p. 66-72, 2019.

²³³ “Until quite recently, few were claiming that there has been a substantial and widespread decline in competition in the United States since 1980. And even fewer were suggesting that such a decline in competition was a major cause of the increased inequality in the United States in recent decades, or the decline in productivity growth observed over the past 20 years” (SHAPIRO, Carl. Antitrust in a time of populism. **International Journal of Industrial Organization**, Amsterdã, v. 61, p. 714-748, 2018, p. 717).

²³⁴ Conferir: KHAN, Lina M. Amazon's antitrust paradox. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 126, n. 3, p. 710-805, 2017.

²³⁵ Conferir: MIAZAD, *op. cit.*, 2022, p. 1662 (“The crux of the Neo-Brandeisian argument is that the Chicago School’s focus on efficiency, prices, and consumer welfare belies antitrust law’s original focus on market structure, while also ignoring the harms that necessarily ensue from concentration of power”); e YOO, *op. cit.*, 2020, p. 2166-2167 (“Called neo-Brandeisian antitrust by its supporters and hipster antitrust by skeptics, and popularized by Lina Khan and Barry Lynn, these advocates are calling for a return to a more structure-oriented conception of competition policy that also accounts for the interests of other economic stakeholders as well as political considerations”).

que econômica, dado que atuam muitas vezes em mercados de preço-zero a consumidores finais.²³⁶

Esse movimento, originalmente descrito como “*antitrust hipsterism*”,²³⁷ posteriormente receberia a alcunha, pelos seus próprios integrantes, de “neobrandeisiano”, em referência à figura de Brandeis e os seus anseios políticos de ordenação do poder econômico na era formativa.²³⁸ Precisamente a partir disso, esse movimento não se destina à uma continuidade do embate Harvard/Chicago, mas a um abandono de seu pressuposto teórico mais amplo e compartilhado de pautar a regulação da concorrência uma perspectiva econômica, em contraposição aos objetivos políticos amplos do surgimento da legislação antitruste nos Estados Unidos. Assim, antes de tudo, a agenda neobrandeisiana propõe uma crítica aos potenciais efeitos negativos amplos (econômicos e não-econômicos) da concentração de poder por agentes privados.²³⁹

Diferentemente de seus antecessores, os neobrandeisianos foram capazes, em poucos anos, de transformar as suas provocações iniciais em um paradigma teórico amplo e em uma agenda material de reformas.²⁴⁰ Pouco após a publicação do artigo seminal de Khan, a partir de uma crítica do jurista nova-chicaguiano Daniel A. Crane em um debate,²⁴¹ acadêmicos neobrandeisianos publicaram, em 2019, o *Utah Statement*, estabelecendo aquilo que seriam os seus pressupostos teóricos centrais.²⁴² Em sequência, com a eleição de Joe Biden em 2020,

²³⁶ Conferir, para algumas das críticas neobrandeisianas a esses agentes, exemplificativamente: KHAN, *op. cit.*, 2017; STUCKE, Maurice; EZRACHI, Ariel. How Digital Assistants Can Harm Our Economy, Privacy, and Democracy. **Berkley Technology Law Journal, Berkley**, v. 32, n. 3, p. 1239-1300, 2018.

²³⁷ Expressão cunhada pelo advogado Kostya Medvedovsky.

²³⁸ “Under the banner of the Neo-Brandeis movement – sometimes dubbed ‘Hipster Antitrust’ by Chicago School devotees – this view supports somewhat of a back-to-the-future agenda for antitrust law” (MIAZAD, *op. cit.*, 2022, p. 1662).

²³⁹ “The Neo-Brandeis movement is, at its core, a critique of power in the private sector” (*Ibidem*, p. 1662).

²⁴⁰ “Unlike the Chicago School, which spent more than two decades laying the intellectual framework for its assault on the structuralist status quo before it emerged as an influential force in the courts and, among political elites, the neo-Brandeisians are just beginning to articulate their agenda on a scholarly basis even as they are already at the center of antitrust reform discussions in Washington” (CRANE, Daniel A. How Much Brandeis Do the Neo-Brandeisians Want? **The Antitrust Bulletin**, Thousand Oaks, v. 64, n. 4, p. 532-539, 2019, p. 531).

²⁴¹ Disponível em: <<https://youtu.be/8ekCDQK4zhI?t=5400>>. Acesso em: 10 de abr. de 2023.

²⁴² “We believe that:

- (1) Subjecting concentrated private power to democratic checks is a matter of constitutional importance;
- (2) The protection of fair competition is a means to a thriving and democratic society and an instrument for both the creation of opportunity and the distribution of wealth and power;
- (3) Excessive concentration of private economic power breeds antidemocratic political pressures and undermines liberties; and
- (4) While antitrust is not an answer to every economic distress, it is a democratically enacted and necessary element in achieving these aims” (WU, Tim. The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech. **OneZero**, São Francisco, 18 de nov. de 2019).

diversos nomes como Tim Wu e a própria Khan seriam nomeados para cargos de comando na política concorrencial estadunidense.²⁴³

Isso não significa, no entanto, que os legatários contemporâneos do embate Harvard/Chicago observaram passivamente a ascensão dos neobrandeisianos e a sua proposta de resgate da era formativa e da reorientação da regulação da concorrência por objetivos políticos de liberdade econômica e garantia democrática. De fato, esse movimento seria taxado por ambos os grupos como “populista”, negando a construção do instrumental econômico construído desde a ascensão da Escola de Harvard.

De um lado, acadêmicos ligados à Nova Escola de Harvard afirmariam que uma tentativa de resgate de objetivos populistas originários da era formativa tornaria a política antitruste potencialmente danosa aos consumidores e inoperável.²⁴⁴ De fato, mesmo que defendendo uma aplicação relativamente mais intervencionista que a tradição chicaguiana clássica, os nova-harvardianos sustentam que o abandono do paradigma do bem-estar do consumidor, como defendido pela abordagem populista, representaria uma ameaça a ganhos de eficiência na organização empresarial, punindo a grandeza *per se* pelos seus alegados efeitos políticos.²⁴⁵ Paralelamente, o paradigma alternativo proposto pela agenda neobrandeisiana de proteção do processo competitivo seria incapaz de informar o *enforcement* material da legislação concorrencial.²⁴⁶

De outro, críticas similares seriam construídas a partir dos expoentes da Nova Escola de Chicago. Tais acadêmicos apontariam, para além das críticas da abordagem nova-harvardiana,

²⁴³ Conferir: SORKIN, Andrew Ross *et al.* Another Big Tech Critic Joins Biden’s Antitrust Team. **The New York Times**, Nova York, 21 de jul. de 2021.

²⁴⁴ “One of the areas where New Harvard has the most to say is with respect to what is called neo-Brandeisian or hipster antitrust movement. Its core tenets include the abandonment of consumer welfare as the goal of antitrust in favor of a more structuralist approach and more vigorous enforcement in blocking mergers and in breaking up large companies.

This movement amounts to a revival of the populist school that dominated antitrust during the Warren Court before being abandoned during the 1970s” (YOO, *op. cit.*, 2021, p. 18).

²⁴⁵ “He reiterated and expanded on this position in a subsequent article defending consumer welfare as the touchstone of antitrust. He notes that neo-Brandeisianism shares with the prior populist school a hostility toward large firms as a concern divorced from exclusionary conduct or anticompetitive effect, but surpasses its processor in terms of hostility toward economic efficiency and low prices” (*Ibidem*, p. 19).

²⁴⁶ While consumer welfare may be the most commonly stated goal of the antitrust laws, ‘protection of the competitive process’ is very likely a close second. Claims that antitrust should seek to promote the competitive process are certainly less objectionable than alternatives that represent the views of particular interest groups, such as attacks on bigness as such.

The idea of a ‘competitive process’ rationale provides us with little, however, unless the term ‘competitive process’ itself has some definition. The term may imply an important value that liberal democracy places on process” (HOVENKAMP, *op. cit.*, 2022, p. 51).

que a agenda neobrandeisiana seria seletiva com o próprio legado de Brandeis.²⁴⁷ De fato, a oposição brandeisiana à grandeza não se resumia à concentração do poder privado, mas também se estendia para o poder público, sendo equivocado reafirmar seu legado enquanto justificativa para um maior intervencionismo.²⁴⁸ Os neobrandeisianos sustentariam também que uma das principais contribuições de Brandeis consistia justamente na relevância da análise de fatos para a apreensão jurídica da realidade,²⁴⁹ havendo aqui um paradoxo sobre o qual encontram-se os neobrandeisianos: ao assumir o legado brandeisiano, deveriam assumir o instrumental legado por décadas de construção econômica da política antitruste para o entendimento da dinâmica competitiva dos mercados – premissa ao quais são extremamente refratários.²⁵⁰

Nota-se, assim, que é uma preocupação compartilhada por ambos os legatários do embate Harvard/Chicago, a ameaça que o movimento neobrandeisiano apresenta à racionalização econômica da política antitruste, ao, pela primeira vez desde os anos 1950, buscar alterar drasticamente as bases sobre as quais repousa a regulação da concorrência em direção à era formativa. Contudo, a crítica neobrandeisiana, apesar de orientar-se ostensivamente contra o paradigma do bem-estar do consumidor, nesse contexto, se equivoca ao encontrar na Escola de Chicago o seu principal oponente, por elencá-la a um posto de dominância sobre a consecução da defesa da concorrência que essa tradição nunca integralmente ocupou.

²⁴⁷ “By styling themselves as neo-Brandeisians rather than simple Brandeisians, the neo-Brandeisians have left themselves the wiggle room to take those aspects of Brandeis that they find congenial and to dismiss those superseded by the passage of time or their own finer sensibilities” (CRANE, *op. cit.*, 2019, p. 532).

²⁴⁸ “Bigness is a curse not only to consumers but also to citizens in democratic societies. Brandeis surely would have agreed with much of Wu, Khan, and Teachout’s analysis, but he would not have stopped his harangue against bigness with industry. When Brandeis imagined bigness as a curse, he did not limit his indictment to big business. He also included big government or at least a big federal government” (CRANE, *op. cit.*, 2019, p. 532).

²⁴⁹ “Of all of Brandeis’s many distinguished contributions to the law, none is more important than the idea that facts trump theories. It was Brandeis’s brief in *Muller v. Oregon* compiling voluminous empirical evidence on the deleterious effects on women’s health, safety, and morals from working excessive hours that created the archetype of the ‘Brandeis brief’ that would contribute to importantly to *Brown v. Board of Education* and the realist shift in law in the mid-20th century. [...] And it was Brandeis’s vision that constituted the FTC as a fact-gathering organization with the power to collect information from across the nation, inform Congress about the true functioning of markets, and collaborate with industry and civil society to improve market conditions for the good of all. Brandeis was the first great American juridical empiricist; his methodological influence on American law has been unparalleled.

Of course, Brandeis made his contributions before the rise of contemporary empirical methods, which have greatly increased the complexity and sophistication of empirical studies” (*Ibidem*, p. 538).

²⁵⁰ “The paradox for the neo-Brandeisians is this: to be a genuine Brandeisian means to be an empiricist, to prefer inductive fact-based reasoning to a priori generalization or deduction. Today, antitrust empiricism is owned by an economics profession that deploys complex tools on which most lawyers are not qualified to opine and judges outcomes based on welfarist criteria. Therefore, to be a contemporary, Brandeisian on empiricism is to cede the field straight back to the very economists who supposedly have been asleep at the wheel for the last forty years and are unlikely to be sympathetic on average to Brandeisian social and political ideology” (*Ibidem*, p. 538).

Como apresentado acima, mais do que a Escola de Chicago, foi a abordagem harvardiana que efetivamente conferiu à política antitruste, especialmente no controle de concentrações, os seus contornos instrumentais atuais. A contribuição chicaguiana ao longo dos anos 1980 foi, de fato, fundamental para definição de uma abordagem *welfarista* da regulação da concorrência, representada pelo paradigma do bem-estar do consumidor e para a relativização de algumas das premissas postuladas pela Escola de Harvard. Contudo, isso não significa que a sua agenda efetivamente dominou por completo a aplicação prática da política antitruste desde então.

Ao contrário, a própria Escola de Chicago repousou em presunções estruturais, ainda que relativizadas por uma melhor compreensão de condições de concorrência e de análise de efeitos. Para além disso, ambos os legatários contemporâneos do embate Harvard/Chicago compartilhariam do paradigma do bem-estar do consumidor, nêmesis da abordagem neobrandeisiana. Mesmo que a Nova Escola de Harvard, dominante sobre o *enforcement* concorrencial na fase Pós-Chicago, busque traçar uma abordagem mais intervencionista que a sua antecessora direta – a Escola de Chicago –, ela não deixaria de defender a exclusão de objetivos políticos alheios à ganhos de eficiências por consumidores.

Isso tudo demonstra como, mesmo que o “pêndulo” intervencionista possa ter alternado, o *enforcement* da defesa da concorrência mudou ao longo do tempo em sede de controle de concentrações, especialmente, após a era formativa. Nesse contexto, a crítica neobrandeisiana parte de muito mais de um aspecto retórico do que material de sua consecução. Inegavelmente a contribuição chicaguiana marcaria a evolução teórica da defesa da concorrência desde os anos 1980, mas muito mais definitivo foi o paradigma harvardiano clássico.

1.5. Conclusões preliminares

Este capítulo buscou realizar um resgate histórico do embate Harvard/Chicago dentro da construção da política concorrencial nos Estados Unidos, especialmente no que tange ao controle de concentrações. Nesse sentido, pretendeu investigar em que medida as premissas teóricas de cada uma dessas escolas influenciaram a maneira que a tutela concorrencial preventiva se estruturou naquele país, bem como o legado dessas influências em um momento de recente conflito pelos fundamentos da defesa da concorrência no século XXI.

Assim, a primeira subseção apresentou os antecedentes históricos ao debate Harvard/Chicago. Discorreu-se, nesse sentido, como a era formativa da defesa da concorrência nos Estados Unidos, ainda que sob uma perspectiva de ordenação política e social da economia, legou ao controle de concentrações a ideia de que a manutenção da competitividade de mercados é produto de uma construção institucional.

Na sequência, a segunda subseção buscou apresentar as premissas teóricas da Escola de Harvard no controle de concentrações dos Estados Unidos. Nesse sentido, discorreu-se acerca de como o paradigma teórico harvardiano efetivamente estruturou o paradigma E-C-D sobre a tutela concorrencial preventiva no país. Presunções estruturais fortes e avaliações condicionadas de rivalidade e entrada e duplamente condicionadas de efeitos traduziriam a agenda de controle de concentrações dessa Escola.

Já a terceira subseção passou à apresentação do paradigma teórico da Escola de Chicago para o controle de concentrações. Identificou-se que, ainda que a agenda de pesquisa chicaguiana buscase a inserção de uma abordagem calcada na teoria do preço sobre a organização industrial e a superação de uma abordagem estruturalista da tutela da concorrência, a materialização institucional dessas premissas provou-se bastante mitigada nos Estados Unidos.

De fato, ainda que a análise de eficiências tenha ganhado maior tratamento sob essa perspectiva, não houve um rompimento completo com o *path dependence* estruturalista construído sob influência harvardiana. Nesse sentido, a abordagem chicaguiana traduziu-se muito mais à relativização (mas não abandono) de presunções estruturais e à tentativa de desvencilhar a interpretação da entrada e da rivalidade do paradigma E-C-D da Escola de Harvard.

Por fim, a última subseção buscou discorrer sobre o legado do embate Harvard/Chicago no século XXI. Assim, apresentou-se como mesmo o paradigma teórico chicaguiano clássico foi relativizado por um segundo avanço estruturalista dado pela Nova Escola de Harvard – ainda que a Escola de Chicago tenha produzido também seus herdeiros contemporâneos, a Nova Escola de Chicago.

Dessa forma, ainda que parcela das premissas *welfaristas* do paradigma chicaguiano ainda estejam presentes no debate de controle de concentrações, uma hegemonia da Nova Escola de Harvard desenhou-se nos Estados Unidos após a década de 1990, recrudescendo alguns dos aspectos de uma agenda estruturalista. Isso demonstra como a realidade sobre o qual

se apresenta, agora, uma abordagem neobrandeisiana se mostra muito mais complexa e conflituosa do que quer uma retórica simplista de uma suposta hegemonia da Escola de Chicago.

2. O CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES NO BRASIL SOB A LEI Nº 12.529/2011 – UMA ANÁLISE NORMATIVA

De forma semelhante aos Estados Unidos, é possível afirmar que as ideias econômicas sempre permearam a política antitruste no Brasil. Apesar de certo frenesi em torno do CADE a partir dos anos 1990, com a reforma trazida pela Lei nº 8.884/1994, a história do direito concorrencial no país e de sua relação com o pensamento econômico remonta aos anos 1930, com o Decreto-Lei nº 869/1938 – primeiro dispositivo legal brasileiro a conter previsões destinadas a regular a concorrência.

De fato, seria possível identificar ao longo das suas primeiras décadas de existência um forte viés centralizador e planejador do Estado brasileiro na economia, dentro de um paradigma econômico de nacional-desenvolvimentismo. Não por outro motivo, essa fase da defesa da concorrência no país seria classificada pela sua relativa inefetividade, dada a orientação governamental seja de defesa de conglomerados nacionais, seja de participação econômica direta por meio de estatais.²⁵¹

Os principais marcos legais dessa fase são: (i) o Decreto-Lei nº 869/1938, a respeito dos crimes contra a economia popular, que pela primeira vez, ainda que em tutela penal, abordou matéria de natureza concorrencial no Brasil; (ii) Decreto-Lei nº 7.666/1945, a “Lei Malaia”, que representou, ainda que revogado logo após sua publicação, a primeira lei exclusivamente de matéria concorrencial brasileira; e (iii) a Lei nº 4.137/1962, como primeiro regime jurídico a efetivamente entrar em vigor no país, destinado à defesa da concorrência.²⁵²

Ao lado desses normativos, vale destacar, um importante vetor da construção legal da política concorrencial foi a transformação do tratamento constitucional da economia. Desde a Constituição do Estado Novo de 1937, foi destinado tratamento específico à ordem econômica

²⁵¹ Conferir: CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto. Apresentação. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (Orgs.). **A evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018, p. v (“Foi um período de completa inefetividade, não por deficiência da lei, mas em razão do ambiente econômico marcado pela hiperinflação, pelo controle de preços do Estado, pelo fechamento da economia e pelo estímulo às macroempresas. Neste contexto não havia espaço para a concorrência, já que o próprio Estado estimulava a concentração do poder econômico e auxiliava a organizar cartéis”); e TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**, Thousand Oaks, v. 57, n. 2, p. 207-257, 2012, p. 217 (“The antitrust statute had been passed in 1962, but its implementation was left to the upcoming authoritarian regime. The statute proved to be largely ineffective”).

²⁵² Esse processo de evolução legislativa foi largamente analisado por Mário André Machado Cabral. Conferir: CABRAL, Mário André Machado. **A construção do antitruste no Brasil: 1930-1964**. São Paulo: Singular, 2020.

constitucional brasileira, em seu art. 135.²⁵³ Essa tradição, seria seguida também pelas Constituições de 1946, de 1967 e de 1988, que, avançando em matéria concorrencial, também passariam a tutelar a figura do “abuso do poder econômico”.²⁵⁴

Não se trata aqui, contudo, de realizar uma retomada histórica extensiva desse período “formativo” da política antitruste brasileira – trabalho já realizado de maneira suficiente por outros acadêmicos no país.²⁵⁵ Antes disso, basta pontuar que justamente pela larga influência do viés econômico nacional-desenvolvimentista da política econômica estatal, a regulação da concorrência no Brasil não manifestaria qualquer tipo adesão expressiva por correntes de pensamento estrangeiras, como aquelas apresentadas no capítulo anterior. A natureza planificadora da política econômica brasileira em boa parte do século XX relegaria a política antitruste ao segundo plano na presença de mercados amplamente controlados pelo Estado – seja por meio de restrições estritas à atividade econômica, seja por meio da atuação direta.²⁵⁶⁻

257

Apenas nos anos 1990, em um contexto mais amplo de adoção de um pacote de medidas institucionais liberalizantes – ao qual se convencionou denominar “Consenso de Washington”

²⁵³ “Art 135 - Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta”.

²⁵⁴ Conforme a Constituição de 1946, “Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”. Já nos termos da Constituição de 1967, “Art 157 - A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] VI - repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros”.

²⁵⁵ Conferir: CABRAL, *op. cit.*, 2020; CAMPILONGO; PFEIFFER, *op. cit.*, 2018; MIOLA, Iagê Zendron. **Law and the Economy in Neoliberalism: the Politics of Competition Regulation in Brazil**. Tese (Doutorado em Direito) – Università degli Studi di Milano, Milão, 2014; BRASIL. CADE. **Defesa da concorrência no Brasil: 50 anos**. Brasília, 2013a; TODOROV; TORRES FILHO, *op. cit.*, 2012; SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 325-352, 2009.

²⁵⁶ Entende-se aqui que a ideia de planificação econômica pode ser traduzida para além do mero estabelecimento de normas para a atuação dos agentes econômicos, a determinação de planos econômicos específicos orientados ao crescimento econômico. Na América Latina, esse modelo de ordenação econômica seria sintetizado pelo Estado Desenvolvimentista, enquanto uma das manifestações e subprodutos do Estado Regulador, por meio do qual, para além da definição das balizas do jogo econômico, o papel assumiria um papel ativo na indução do crescimento econômico através da política industrial. Conferir: SCHNEIDER, Ben Ross. **Business Politics and the State in Twentieth-Century Latin America**. Cambridge: Cambridge University, 2004; SCHNEIDER, Ben Ross. **Designing Industrial Policy in Latin America: Business-State Relations and the New Developmentalism**. Nova York: Palgrave Macmillan, 2015; LEVI-FAUR, *op. cit.*, 2013.

²⁵⁷ De fato, não há registro entre a historiografia desse período de qualquer influência do debate entre escolas de formulação econômica da política antitruste, como aquele vivenciado pelo embate entre as Escolas de Harvard de Chicago. Em larga medida, a influência econômica sobre a regulação da concorrência era indiretamente exercida pela abordagem cepalina clássica que ordenava a política econômica do Estado como um todo.

–, que esse cenário seria alterado e os paradigmas teóricos que instruíam outras jurisdições, especialmente os Estados Unidos, exerceriam uma influência mais direta sobre o Brasil. Mesmo que tais reformas tenham construído o *framework* básico para o controle de concentrações no Brasil, reformas e aprimoramentos se viam necessários.

Em múltiplas dimensões, persistiam sob o regime anterior dificuldades de sua consecução – especialmente em aspectos relativos às escolhas institucionais a consubstanciar a função preventiva do CADE. Dentro desse cenário, a Lei nº 12.529/2011 surge como um marco do aprimoramento institucional da defesa da concorrência no país, antes de representar um momento de ruptura com essa tradição.²⁵⁸

É a respeito dessa transformação que se destina a análise do presente capítulo, analisando tanto a racionalidade teórica quanto o arcabouço institucional do controle de concentrações no Brasil, sob esse marco legal. Dessa forma, apresenta-se aqui o arcabouço jurídico constituído sob o marco da Lei nº 12.529/2011 para o controle de concentrações no Brasil, buscando investigar como esse modelo traduziu os pressupostos do embate Harvard/Chicago, bem como sua verdadeira natureza a partir desse conflito ideológico.

Nesse contexto, a partir desse cenário de transformação da política antitruste no país nos anos 1990, analisa-se quais influências desse embate foram determinantes na construção jurídica do *enforcement* preventivo do CADE. Para tanto, esse estudo será dividido a partir de três dimensões do *framework* legal do controle de concentrações no Brasil: constitucional, infraconstitucional e infralegal.

2.1. Dimensão constitucional do controle de concentrações brasileiro

Um primeiro plano de análise do arcabouço jurídico do controle de concentrações no país se dá pela própria Constituição da República de 1988 (CF/1988) e, mais especificamente, a

²⁵⁸ “A inovação descrita nesse relato trata dos desafios enfrentados para reformular e adequar à Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011, o processo de análise de compras e fusões entre empresas – análise de Atos de Concentração – e quais as soluções encontradas. As ineficiências estruturais compreendiam: i) a divisão da atividade entre diversas agências; ii) a previsão da análise da operação após sua concretização; e iii) os critérios de notificação. As ineficiências na gestão diziam respeito: iv) à proporção entre o volume de notificações recebidas e número de técnicos; e v) gestão dos casos. Analisam-se, a seguir, tais ineficiências” (BRASIL. CADE. **Novo processo de Análise de Atos de Concentração Econômica**. Brasília, 2013b, p. 1).

partir de seu Título VII – Da Ordem Econômica e Financeira. Vale destacar que o texto vigente, seguindo a tradição constitucional iniciada em 1937, buscou estabelecer os parâmetros constitutivos mínimos da disciplina jurídica da economia em seus arts. 170 e seguintes.

A despeito de uma continuidade no tratamento constitucional da ideia de ordem econômica, uma importante distinção em relação aos textos anteriores pode ser identificada. De fato, o texto constitucional de 1988, aliado às reformas dos anos 1990, abriu caminho para uma atuação do Estado não somente por absorção ou por direção, mas por indução na economia – ao transformar a relação entre governo e economia de participação direta para o estabelecimento de regras de base do domínio econômico.²⁵⁹

Nesse sentido, retornando à CF/1988, tanto ao prever a livre concorrência como um de seus princípios orientadores (art. 170, inciso IV)²⁶⁰ quanto ao determinar explicitamente à legislação infraconstitucional a repressão o abuso de poder econômico (art. 173, § 4º), o texto constitucional integra a disciplina concorrencial.²⁶¹ Nota-se que, não de outra forma, a própria Lei nº 12.529/2011 reafirmou, logo em seu art. 1º, a proteção dos ditames constitucionais brasileiros da estrutura jurídica da economia.²⁶²

Percebe-se, assim, a retórica e ideia comuns de combate ao abuso de “poder econômico” na tutela constitucional e infraconstitucional da concorrência, em uma perspectiva ampla de enfrentamento à “grandeza”, de forma similar à era formativa estadunidense. As razões para

²⁵⁹ Trata-se do léxico empregado por Eros Grau para discussão das formas de intervenção do Estado sobre a economia: “*intervenção por absorção* ou *participação* (a), *intervenção por direção* (b) e *intervenção por indução* (c)” (GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 147). E continua o autor: “No primeiro caso, o Estado intervém *no* domínio econômico, isto é, no campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como agente (sujeito) econômico. Intervirá, então, por *absorção* ou *participação*. Quando o faz *por absorção*, o Estado assume integralmente o controle dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da *atividade econômica em sentido estrito*; atua em *regime de monopólio*. Quando o faz *por participação*, o Estado assume o controle de parcela dos meios de produção e/ou troca em determinado setor da *atividade econômica em sentido estrito*; atua em *regime de competição* com empresas privadas que permanecem a exercitar suas atividades nesse mesmo setor. No segundo e no terceiro casos, o Estado intervém *sobre* o domínio econômico, isto, sobre o campo da *atividade econômica em sentido estrito*. Desenvolve ação, então, como regulador dessa atividade. Intervirá, no caso, por *direção* ou por *indução*. Quando o faz *por direção*, o Estado exerce pressão sobre a economia, estabelecendo mecanismos e normas de comportamento compulsório para os sujeitos da *atividade econômica em sentido estrito*. Quando o faz, *por indução*, o Estado manipula os instrumentos de intervenção em consonância e na conformidade das leis que regem o funcionamento dos mercados” (*Ibidem*, p. 147).

²⁶⁰ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência”.

²⁶¹ “§ 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”.

²⁶² “Art. 1º Esta Lei estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência - SBDC e dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico”.

isso são históricas: em parte, Agamenon Magalhães, artífice da criação política concorrencial no Brasil e do art. 148 da Constituição de 1946,²⁶³ se inspirou nos debates em torno do Sherman Act para cunhar o dever constitucional de combate ao “poder econômico”.²⁶⁴

No entanto e de maneira distinta dos Estados Unidos, vale notar que, a despeito de léxico constitucional amplo na disciplina da ordem econômica, como será melhor analisado abaixo, a política antitruste e sua aplicação material seriam materialmente pouco influenciadas pelo tratamento da CF/1988. Antes disso, essa desconstitucionalização da defesa da concorrência faria com que a ordenação legal e, mais relevantemente, a regulamentação infralegal determinassem o conteúdo prático do controle de concentrações no Brasil.

Isso não significa, no entanto, que não seja possível localizar aqueles que sustentam a necessidade de reconstitucionalização e abertura semântica da Lei nº 12.529/2011 aos objetivos mais diretos da ordem econômica constitucional. No entanto, em um contexto de ampliação do escopo de aplicação da tutela concorrencial para esferas não-mercado, tais comentadores não deixam de reconhecer a dificuldade inerente de constituição de parâmetros objetivos capazes de dar efetividade a esse tipo de materialização da ordem econômica constitucional.²⁶⁵

2.2. Dimensão infraconstitucional do controle de concentrações brasileiro

A partir da disciplina e da previsão constitucional do art. 173, § 4º, da CF/1988, o legislador infraconstitucional estabeleceu os marcos legais pelos quais se operacionalizaria em específico a tutela concorrencial brasileira. No entanto, vale destacar que, como indicado acima, a Lei nº 12.529/2011 não foi promulgada sob um “vácuo” teórico, consistindo em uma

²⁶³ “Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros”.

²⁶⁴ Conferir: CABRAL, *op. cit.*, 2020.

²⁶⁵ “O grande desafio é que, no processo de maior diálogo entre o Direito da Concorrência e Constituição, há que se buscar parâmetros e critérios que possam dar aplicação ao conjunto da ordem econômica constitucional ao mesmo tempo em que busquem ressaltar a identidade e as peculiaridades do primeiro, inclusive para o fim de evitar sobreposições indevidas e conflitos desnecessários com as outras searas jurídicas que têm por finalidade precípua dar cumprimento a determinados princípios da ordem econômica, como é o caso do Direito do Trabalho, do Direito do Consumidor, do Direito do Meio Ambiente, dentre outros” (FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência**: pressupostos e perspectivas. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 51).

progressão institucional das reformas iniciadas ainda nos primeiros anos do texto constitucional de 1988.

Este subcapítulo analisa, como o embate Harvard/Chicago foi internalizado nesse diploma legal. Inicialmente, busca-se analisar quais os antecedentes teóricos da “revolução antitruste brasileira” que lhe deram concretude. Em sequência, apresenta-se as previsões específicas do controle de concentrações a nível da Lei nº 12.529/2011, investigando sua natureza dentre as diferentes tradições que influenciaram sua promulgação e seu regime.

2.2.1. A “revolução antitruste brasileira” e os antecedentes da Lei nº 12.529/2011

Como introduzido acima, um processo de transformação no seio da política antitruste no Brasil seria iniciado nos anos 1990. Ao lado de uma série de reformas promovidas pelo governo do então Presidente Fernando Henrique Cardoso (FHC), uma agenda de mudanças na formulação teórica e aplicação prática da defesa da concorrência no Brasil também poderia ser identificada ao longo dessa década.

Se, em um período anterior, a regulação concorrencial no país foi tida mais como instrumento indutor do desenvolvimento – em linha ao paradigma econômico vigente dos anos 1940 a 1980 –, sob as reformas propostas durante a presidência de FHC, seria almejado um alinhamento internacional de sua consecução. Muito em diálogo com o contexto maior do Consenso de Washigton e do processo de liberalização da economia brasileira, em que o Estado abandonaria progressivamente sua participação mais ativa, a política antitruste seria vislumbrada como um dos passos necessários para a adequação institucional da agenda econômica.²⁶⁶

Isso tudo levaria, naturalmente, à adoção aos pressupostos teóricos vigentes especialmente nos Estados Unidos, bem como à reforma institucional calcada em seus paradigmas. Não de outra forma foi afirmada a existência de uma “revolução antitruste” no

²⁶⁶ “Nos anos 1990, aprofundou-se no país a política de liberalização econômica e começaram a ser extintos os órgãos e mecanismos de controle de preços e os tabelamentos. Também se iniciou o processo de privatização e de transformação do papel do Estado em regulador de setores nos quais antes atuava como agente econômico. Nesse contexto, a defesa da concorrência começava a ganhar força como mecanismo garantidor da competição” (BRASIL, *op. cit.*, 2013a, p. 54). Para uma narrativa e análise específica desse processo de reformas dentro de um contexto maior das reformas neoliberalizantes nos anos 1990, conferir: MIOLA, *op. cit.*, 2014.

Brasil ao longo dos anos 1990, em analogia com aquilo que a Escola de Chicago teria representado no processo de evolução da defesa da concorrência estadunidense.²⁶⁷

Essa revolução antitruste brasileira se calcaria essencialmente no aprimoramento da utilização do instrumental econômico, especialmente internalizando as transformações ocorridas nos Estados Unidos nesse tocante.²⁶⁸ Todo esse processo de realinhamento da política antitruste brasileira culminaria na promulgação de um novo marco legal, a Lei nº 8.884/1994, marcando o início de uma “era moderna” da defesa da concorrência no país, não apenas em termos de sua difusão e popularização, mas também da internalização dos pressupostos da “revolução antitruste”.²⁶⁹

Evidência dessa transformação foi, justamente, o supramencionado fenômeno de “desconstitucionalização” da política antitruste sob essas reformas. A despeito de seu histórico marcado pela evolução constitucional, a Lei nº 8.884/1994 transformaria o relacionamento entre a disciplina dada pela CF/1988 e a aplicação prática da defesa da concorrência no Brasil.²⁷⁰

²⁶⁷ A expressão foi originalmente empregada pelo ex-Conselheiro e economista César Mattos para descrever o processo experimentado pelo Brasil, importando-a de comentaristas estadunidenses. Conferir: MATTOS, César. Introdução. *A revolução do antitruste no Brasil. A teoria econômica aplicada a casos concretos*. In: MATTOS, César (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos**. São Paulo: Singular, 2003; e KWOKA, John.; WHITE, Lawrence J. Introduction. In: KWOKA, John.; WHITE, Lawrence J. (Orgs.). **The Antitrust Revolution**. Nova York: HarperCollins, 1989.

²⁶⁸ “Wide use of economic evidence on merger analysis is a common state of affairs competition policy praxis in developing countries, taken from the experience of Brazil. Over the 20 years since the enacting of modern antitrust law, complex merger cases decisions are founded on economic evidence and analysis, including econometrics. The authority and the antitrust community rapidly explored the learning economies, and leapfrogged barriers with staff interaction with international authorities and use of economic PhDs as advisors, consultants and staff. Data issues are also becoming less of a matter, given information technology use in many countries such as Brazil” (RIBEIRO, Eduardo Pontual. *Economic Analysis in Antitrust: The Case of Brazil*. In: JENNY, Frederic; KATSOULACOS, Yannis (Orgs.). **Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries: Legal and Economic Aspects**. Nova York: Springer, 2016, p. 219).

²⁶⁹ “Com isso, a partir de 1994 até o início dos anos 2000, houve a consolidação institucional do SBDC, especialmente por causa da maior publicidade que ganharam as decisões do Conselho. Seus julgamentos atraíram a atenção da imprensa e os três órgãos que compunham o sistema – o Cade, a SDE e a Seae – começaram a ficar conhecidos do grande público. A sociedade brasileira em geral passou a reconhecer a importância desses órgãos e, particularmente, o empresariado começou a aceitar a realidade de que existia uma obrigação legal de submeter atos de concentração ao crivo do Conselho” (BRASIL, *op. cit.*, 2013, p. 71-72).

²⁷⁰ “Desconstitucionalização, noutras palavras, não implica inconstitucionalidade. Na acepção original, desconstitucionalização significa institucionalização de uma teoria que governa e organiza, sem referências a normas constitucionais, a aquisição de premissas normativas para uso em processos de aplicação do direito; e secundariamente, aplicação do direito segundo a teoria. Uma estratégia – ou estado – de desconstitucionalização de certo conjunto de normas será, teoricamente, inconstitucional somente se, de acordo com a teoria normativa do direito constitucional juridicamente institucionalizada, deva ser vista como inconstitucional. Nessa avaliação, precisa-se ter em conta que este não é um juízo comparativo envolvendo dois objetos estáticos e independentes entre si. Para o direito da concorrência tal como interpretado e aplicado no Brasil, particularmente, a teoria a partir da qual lhe caberia ser avaliado do ponto de vista do direito constitucional está, ela própria, sujeita a modificações pelo peso que o *fato* da sua institucionalização traz consigo. Como em qualquer interação entre normas e fatos, há também aqui espaço para uma inversão dialética: se normas que consideramos devidas vão colidir com fatos dos

Ao longo dessa década e a despeito da abertura semântica da tradição de disciplina constitucional da ordem econômica brasileira, a política antitruste se tornaria impermeável para matérias alheias àquilo que se tonaria o cerne da defesa da concorrência desde os anos 1980: a garantia do bem-estar do consumidor. A revolução antitruste no Brasil, precisamente a partir da maior intensividade do emprego de uma metodologia econômica, seria pressuposto teórico fundamental para esse descolamento constitucional pela consecução efetiva da *policy*.²⁷¹

Nota-se também que, é sob o regime da Lei nº 8.884/1994, que, pela primeira vez de forma efetiva, o Brasil adota um controle concorrencial de concentrações – talvez sendo essa a principal contribuição institucional em termos de *enforcement* desse marco legislativo. Assim, ainda que o *enforcement* preventivo do CADE fosse previsto pela Lei nº 4.137/1962 e pretendido desde o Decreto-Lei nº 7.666/1945, é apenas sob esse marco legal que sua aplicação ganhou efetiva materialidade e contornos sólidos.²⁷²

É precisamente sob esse contexto mais amplo que pode-se compreender a promulgação da Lei nº 12.529/2011. Em verdade, o novo marco legislativo se apresentou muito mais como consolidação e aprimoramento dos avanços ocorridos nos anos 1990 em matéria de defesa da concorrência, do que uma ruptura nesse sentido. Ainda que, mais especificamente, o controle

quais não gostaríamos de abrir mão, é possível que sejam as normas, e não os fatos, as preteridas para prevenir a colisão. Uma teoria do direito constitucional brasileiro que, consistentemente, devesse afirmar a inconstitucionalidade da desconstitucionalização do direito da concorrência talvez fosse uma teoria normativa que desejássemos repensar a fim de escaparmos da conclusão” (SCHUARTZ, *op. cit.*, 2009, p. 340-341).

²⁷¹ “O uso intensivo, direto ou indireto (via apropriação de proposições dos manuais ou documentos oficiais das autoridades estrangeiras, sobretudo as norte-americanas), da economia antitruste na solução de problemas jurídicos revolucionou o direito de defesa da concorrência no País. Mais do que isso: não há no direito brasileiro exemplo análogo de colonização, por uma teoria originalmente extrajurídica, dos programas normativos e argumentos substantivos utilizados enquanto premissas nas atividades de interpretação e aplicação do direito. Esta revolução discreta e silenciosa operou em diversos níveis, mas é sem dúvida no nível *metodológico* que se encontram seus impactos mais radicais e ricos em implicações teóricas” (*Ibidem*, p. 335).

²⁷² Conferir: MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). **Temas Atuais de Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2012, p. 41-43 (“Com os subsequentes avanços legislativos à Lei nº 8.884/94,47 o SBDC passou a contar com expressiva reputação, tanto no plano interno quanto no internacional. No campo das estruturas, houve significativos avanços desde 1994. De 1994 a 2000, as grandes concentrações tomavam quase que integralmente a atenção das autoridades. Nos primeiros cinco anos de aplicação da Lei nº 8.884/94 um considerável percentual de concentrações foi reprovado – como Rockwell do Brasil/Albarus e Brasilit/Eternit – ou sofreu restrições estruturais – como Rhodia/Sinasa, Gerdau/Pains, Kolynos/Colgate, Brahma/Miller, e Antarctica/Anheuser Bush). A média de operações que sofriam restrições superava 10% do total de atos apresentados, sendo que a maioria das restrições foi além da mera restrição de eventual cláusula de exclusividade e estavam condicionados ao quanto estabelecido nos chamados ‘Termos de Compromisso de Desempenho’ (TCD)”); e BRASIL, *op. cit.*, 2013, p. 71 (“A legislação anterior à Lei 8.884/94 já previa que o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC analisaria fusões, aquisições e associações empresariais, os chamados atos de concentração. No entanto, foi o novo marco legal de 1994 que estabeleceu um filtro objetivo, tornando obrigatória a notificação ao sistema de operações que envolvessem empresas ou grupos empresariais com faturamento igual ou superior a R\$ 400 milhões ou que resultassem em uma concentração de mercado de 20% ou mais”).

de concentrações sofresse alterações pelo regime que sucedeu a Lei nº 8.884/1994, parte substancial de seus pressupostos teóricos seriam construídos ainda sob sua vigência.²⁷³

Em suma, percebe-se que, ainda que partindo de raízes bastante distintas e singulares nos anos 1940, a política antitruste brasileira passou por um processo de convergência durante a década de 1990. A promulgação da sua sucessora, a Lei nº 12.592/2011, ainda que tenha implicado em qualificações institucionais relevantes – como será apresentado adiante –, herdou em grande medida os pressupostos teóricos da legislação anterior, tendo consolidado aquilo que se convencionou chamar de “revolução antitruste” no Brasil.²⁷⁴ A partir desse contexto maior, passa-se a discutir como o atual *framework* do controle concorrencial de estruturas no país.

2.2.2. O regime da Lei nº 12.529/2011 no controle de concentrações

Seguindo a criação do controle prévio de concentrações sob o regime da Lei nº 8.884/1994, a Lei nº 12.529/2011, a nível infraconstitucional, estabeleceu o atual procedimento específico para o controle prévio de concentrações pelo CADE. Vale destacar que a dimensão preventiva do *enforcement* concorrencial, ao lado da reestruturação da própria autoridade de defesa da concorrência, foi o principal escopo de reformas na aprovação do marco legislativo atual.²⁷⁵

Nos termos do art. 90, ACs consistem em fusões (inciso I), aquisições de participações societárias, ativos ou controle de empresas (inciso II), incorporações (inciso III) ou contratos associativos, consórcios ou *joint ventures* (inciso IV).²⁷⁶ Sua notificação ao CADE, pelo

²⁷³ Conferir: MARTINEZ, *op. cit.*, 2012, p. 56 (“Esse breve panorama da política antitruste referente a controle de concentrações sob a égide da Lei nº 8.884/94 demonstra que houve relevante amadurecimento institucional por parte das autoridades e disseminação do valor da concorrência pelo país. Contudo, a despeito dos notórios avanços, a experiência demonstrou que importantes aperfeiçoamentos legislativos se faziam necessários, o que nos leva ao nosso próximo tema: o projeto de reforma do SBDC sob a ótica das concentrações”); BRASIL, *op. cit.*, p. 15 (“Os grandes marcos, como a edição da Lei 8.884/94 e, recentemente, da Lei 12.529/11, não são uma ruptura com o que vinha sendo feito antes, mas sim o resultado de um processo de aprendizagem e de amadurecimento sedimentado em experiências passadas”).

²⁷⁴ Conferir: MATTOS, César. Um Pouco da História da Lei 12.529/2011. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (Orgs.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018, p. 51-52.

²⁷⁵ “Ao lado da reestruturação institucional, que criou agência única de defesa da concorrência (o chamado ‘Supercade’), o controle de estruturas é a área em que as mudanças são as mais significativas no sistema introduzido pela Lei nº 12.529/11” (MARTINEZ, *op. cit.*, 2012, p. 62).

²⁷⁶ “Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando: I - 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

disposto no art. 88,²⁷⁷ com redação dada pela Portaria Interministerial nº 994/2012, é obrigatória quando ao menos um dos grupos econômicos envolvidos no AC tenha faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país equivalente ou superior a R\$750 milhões e o outro, de R\$ 75 milhões, conforme Portaria Interministerial nº 994, de 30 de maio de 2012.

Percebe-se aqui que o filtro para identificação de operações que seriam potencialmente relevantes sob o prisma concorrencial seguiu uma lógica de tamanho absoluto do ator. Nota-se que esse requisito de participação se oporia a uma abordagem alternativa baseada na participação de mercado das empresas em concentração – o que representaria um crivo a partir do tamanho relativo do ator –, especialmente dadas as dificuldades de “autoavaliação” de *market share* desses agentes, abrindo caminho para uma grande subjetividade de análise.²⁷⁸

Isso tudo vem a evidenciar que se optou por um crivo de “grandeza” do agente para a identificação de operações passíveis de notificação obrigatória, relegando-se a análise de estruturas de mercado específicas para um segundo momento da análise concorrencial.

II - 1 (uma) ou mais empresas adquirem, direta ou indiretamente, por compra ou permuta de ações, quotas, títulos ou valores mobiliários conversíveis em ações, ou ativos, tangíveis ou intangíveis, por via contratual ou por qualquer outro meio ou forma, o controle ou partes de uma ou outras empresas;

III - 1 (uma) ou mais empresas incorporam outra ou outras empresas; ou

IV - 2 (duas) ou mais empresas celebram contrato associativo, consórcio ou joint venture”.

²⁷⁷ “Art. 88. Serão submetidos ao Cade pelas partes envolvidas na operação os atos de concentração econômica em que, cumulativamente:

I - pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 750.000.000,00 (setecentos e cinquenta milhões de reais); e

II - pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 75.000.000,00 (setenta e cinco milhões de reais)”.

²⁷⁸ “Percebe-se que a nova lei de defesa da concorrência estabelece índices de jurisdição mais objetivos se comparados com os critérios previstos na Lei 8.884/1994, segundo os quais as partes contratantes devem submeter o respectivo negócio jurídico à análise dos órgãos administrativos de defesa da concorrência, caso se enquadrem em pelo menos um dos dois índices de jurisdição: (i) participação de empresa ou grupo de empresas resultante em 20% (vinte por cento) de um mercado relevante, ou (ii) que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual, no último balanço, equivalente a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais). [...] Ao excluir o critério de participação de mercado, o legislador eliminou um foco de insegurança jurídica presente na Lei 8.884/1994. Identificar o mercado relevante e calcular a respectiva participação do(s) agente(s) econômico(s) em tal mercado envolve questão complexa, muitas vezes de difícil superação” (CORDOVIL, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada**: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 197).

Silenciando críticas a respeito dessa escolha institucional,²⁷⁹ vale notar que isso não representou uma diminuição do controle de concentrações no país.²⁸⁰

Em termos materiais, o art. 88, da Lei nº 12.529/2011, também veda os ACs que possam eliminar a concorrência total ou parcialmente, criar ou reforçar posição dominante, ou resultar na dominação de mercados (§5º).²⁸¹ Ainda, o mesmo dispositivo, ressaltando aqueles que possam gerar os efeitos positivos descritos no inciso I do §6º, desde que repassados a consumidores finais (inciso II).²⁸²

Especificamente no que diz respeito à identificação de efeitos positivos decorrentes de concentrações, há aqui uma escolha específica entre perspectivas distintas (*consumer welfare* e

²⁷⁹ “Agora, são de submissão obrigatória apenas operações cujas partes ou grupos econômicos possuam faturamentos brutos equivalentes ou superiores a R\$ 750 milhões, de um lado, e R\$ 75 milhões, do outro-antes, os valores eram respectivamente R\$ 400 milhões e R\$ 30 milhões.

Com isso, muitas fusões que resultarão em monopólios estão automaticamente permitidas – sequer serão avaliadas. Os maiores exemplos são empresas que podem ser monopolistas em bairros, municípios e até pequenas regiões, como supermercados, postos de combustíveis, drogarias, faculdades e universidades privadas, clínicas e hospitais. Das oito operações vetadas pelo Cade desde 1994, por exemplo, duas (a de 2009 e a de 2010) ficariam isentas do controle antitruste.

O principal argumento das mudanças foi eliminar a submissão obrigatória de operações sem potencial ofensivo, canalizando esforços para casos de interesse da sociedade.

Ora, a Constituição não protege a livre concorrência apenas em mercados “grandes”. A proteção abrange todos os mercados. Tais normas são incompatíveis com a Constituição, pois enfraquecem a eficácia de um de seus mandamentos nucleares: a livre concorrência” (GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. *Tendências/Debates: Nova lei permitirá a criação de monopólios. Folha de São Paulo*, São Paulo, 8 de jul. de 2012).

²⁸⁰ Isso tudo, importa ressaltar, não significa que a escolha de critérios distintos para a notificação obrigatória de ACs não envolvam análises de custo-benefício entre distintas opções institucionais. De fato, como já indicado por estudo a respeito do tema: “Com respeito ao critério de faturamento do maior grupo econômico, variações no piso para notificação levavam a perda de atos relevantes em proporção superior à perda total, indicando que se deve ter muito cuidado com o ajuste desse critério na medida em que o benefício associado à maior eficiência no uso dos recursos do SBDC pode ser ofuscado pela não análise de atos que deveriam ser analisados.

Com respeito ao segundo critério de notificação, o faturamento do segundo maior grupo envolvido na operação, as conclusões indicam que o seu ajuste induz ganhos efetivos na medida em que a redução total no número de atos notificados supera as perdas associadas a não notificação de atos que deveriam ser notificados.

Em resumo, conclui-se que o ajuste dos valores associados a cada critério de notificação de atos de concentração implica na redução do número de atos notificados, incluindo de atos que deveriam ser analisados devido ao seu potencial lesivo aos consumidores. Dessa forma, qualquer ajuste dos critérios deve confrontar um efeito desejável (menos atos notificados) com um efeito indesejado (aprovação tácita de operações que deveriam ser notificadas)” (BRITTO, Paulo Augusto P. de; FARIA, Ricardo Moura de Araujo. *Critérios de Notificação de Atos de Concentração: Uma Análise de Perdas para Diferentes Parâmetros Aplicados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Economic Analysis of Law Review*, Brasília, v. 6, n. 2, p. 269-283, 2015, p. 283).

²⁸¹ “§ 5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no § 6º deste artigo”.

²⁸² “§ 6º Os atos a que se refere o § 5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:

I - cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;
 b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou
 c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II - sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes”.

total welfare). Ao explicitar a necessidade de repasse de eficiências aos consumidores finais, o legislador brasileiro optou por explicitar uma primazia por eficiências de natureza alocativa, em detrimento de um aumento geral de bem-estar que poderia resultar de outras formas de ganhos de eficiência.

Além disso, percebe-se que, ainda que um objetivo *welfarista* na avaliação concorrencial de operações notificadas ao CADE tenha sido estabelecido, ele é tomado muito mais como uma “válvula de escape” da análise concorrencial em controle de concentrações do que seu ponto de partida. Não de outra forma, nos termos do art. 88, §5º, da Lei nº 12.529/2011, qualquer operação de possa reduzir em parte ou totalmente a concorrência seria, *a priori*, vetada pela autoridade de defesa da concorrência.

Essas previsões evidenciam, nesse contexto, como o processo de reformas indicado nos anos 1990 materializou-se e consagrou, nos termos do atual regime jurídico do controle de concentrações, a adoção de uma perspectiva *welfarista*. Contudo, isso não significou, a nível infraconstitucional, um abandono de um viés essencialmente estrutural da função preventiva da política antitruste, mas, antes, sua modulação.

2.3. Dimensão infralegal do controle de concentrações brasileiro

A nível infralegal, o CADE possui uma intensa atividade normativa por meio da publicação de resoluções e de guias. Especificamente no que se refere a esses guias, vale destacar que, ainda, que tais documentos não representem normas propriamente ditas, eles constituem orientações gerais dadas pela autoridade de defesa da concorrência aos agentes regulados, dotada de algum grau de vinculação, conforme art. 24 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/1942). Mais especificamente no contexto análise concorrencial de ACs, são tais orientações à nível de agência que estabelecem os parâmetros materiais para o controle de concentrações operado pelo CADE.

Assim, consistindo tais conjuntos de normas e orientações parcela significativa do arcabouço jurídico do controle de concentrações brasileiro, o presente subcapítulo destina-se à sua análise. Inicialmente, serão analisadas as resoluções publicadas pela autoridade de defesa

da concorrência nesse tocante e, na sequência, as principais orientações publicadas a título de guias ou publicações institucionais sobre a dimensão preventiva do *enforcement* concorrencial.

2.3.1. Normativos do CADE sobre controle de concentrações

Desde a vigência da Lei nº 12.529/2011, o CADE buscou emitir resoluções específicas destinadas a ordenar o procedimento de controle de concentrações, sob esse regime legal. Produto dessa política foi precisamente a Resolução CADE nº 2/2012, que dispunha sobre a submissão de ACs à autoridade de defesa da concorrência, sendo adaptada e modificada pelas Resoluções CADE nº 9/2014 e nº 16/2016.

Mais recentemente, a Resolução CADE nº 33/2022 integrou e consolidou tais normativos, sem, vale destacar, alterar seu conteúdo ou seu objetivo explícito disciplinar a notificação de ACs, sob o disposto pelo art. 88 da Lei nº 12.529/2011 – prevendo os procedimentos sumário e ordinário de notificação e avaliação concorrencial de operações. O normativo, dessa forma, demonstra como tais resoluções originais efetivamente se consolidaram institucionalmente, constituindo uma parcela substantiva do regramento da dimensão preventiva da prática do CADE.

A Resolução nº 33/2022, inicialmente, distingue os ACs sujeitos a ritos mais simples e a mais complexos de avaliação concorrencial pelo CADE, ao indicar, em seu art. 8º, as operações passíveis de enquadramento no procedimento sumário de análise devido ao seu menor potencial lesivo.²⁸³ Assim, constituíram ACs passíveis de apresentação sob o rito sumário as

²⁸³ “Art. 8º São hipóteses enquadráveis no Procedimento Sumário, as seguintes operações:

I - Joint-Ventures clássicas ou cooperativas: casos de associação de duas ou mais empresas separadas para a formação de nova empresa, sob controle comum, que visa única e exclusivamente à participação em um mercado cujos produtos/serviços não estejam horizontal ou verticalmente relacionados;

II - Substituição de agente econômico: situações em que a empresa adquirente ou seu grupo não participava, antes do ato, do mercado envolvido, ou dos mercados verticalmente relacionados e, tampouco, de outros mercados nos quais atuava a adquirida ou seu grupo;

III - Baixa participação de mercado com sobreposição horizontal: as situações em que a operação gerar o controle de parcela do mercado relevante comprovadamente abaixo de 20%, a critério da Superintendência-Geral, de forma a não deixar dúvidas quanto à irrelevância da operação do ponto de vista concorrencial;

IV - Baixa participação de mercado com integração vertical: nas situações em que nenhuma das requerentes ou seu grupo econômico comprovadamente controlar parcela superior a 30% de quaisquer dos mercados relevantes verticalmente integrados;

V - Ausência de nexo de causalidade: concentrações horizontais que resultem em variação de HHI inferiores a 200, desde que a operação não gere o controle de parcela de mercado relevante superior a 50%;

sobreposições horizontais que resultem em participação inferior a 20% (inciso III) e as integrações verticais que não impliquem em *market share* superior a 30% em quaisquer dos elos da verticalização (inciso IV). Ainda, ao se elencar a necessidade de variações de até 200 pontos de HHI para que operações sejam sujeitas ao rito ordinário de avaliação concorrencial, também se parte de uma ideia de causalidade estrutural para identificar operações mais danosas (inciso V). Incluem-se dentro desse escopo também os acordos cooperativos, destinados à exploração de um mercado onde as partes não estão horizontal ou verticalmente relacionadas (inciso I), meras substituições de agentes econômicos (inciso II) e outras hipóteses que, a critério da autoridade, não mereçam uma análise concorrencial aprofundada (inciso VI).

Perceba-se, portanto, que de plano a resolução parte de um crivo estrutural a orientar a seleção dos casos que entende concorrencialmente mais relevantes. De fato, casos entendidos como passíveis do procedimento sumário ou não implicam em concentrações horizontais e verticais em absoluto (incisos I e II), ou implicam em configurações estruturais pouco relevantes (incisos III e IV) ou, ainda, partem de consequencialismo estrutural de análise (inciso V). Apenas um inciso permitiria que a autoridade tivesse maior ingerência ao decidir casos para além dessas presunções estruturais que seriam passíveis de uma análise menos detalhada pelo CADE (inciso VI).

Para além do rito de apresentação e análise, as próprias informações demandadas das partes em formulários de notificação de ACs (sumários ou ordinários) também partem de uma abordagem estrutural. Não de outra forma, sob a Resolução CADE nº 33/2022, itens destinados à coleta de informações sobre estruturas de oferta (Etapa VI dos formulários de notificação de ACs sumários e ordinários) estão presente em formulários de notificação de ACs tanto sumários quanto ordinários. Em comparação, pedidos de informação a respeito de condições de entrada e rivalidade não possuem etapas específicas para cada, constituindo um aglutinado de itens da Etapa IX dos formulários de notificação de ACs ordinário.

Com efeito o termo “eficiência” não aparece em momento algum da Resolução CADE nº 33/2022, tampouco nos formulários sumários e ordinário anexos a ela. Imparcialmente, destaca-se a presença de itens que questionam a respeito da justificativa e racionalidade econômica do AC submetido ao órgão e da Etapa XI nos formulários de notificação ordinários. Todavia, tais itens não se restringem a uma abordagem *welfarista*.

VI - Outros casos: casos que, apesar de não abrangidos pelas categorias anteriores, forem considerados simples o suficiente, a critério da Superintendência-Geral, a ponto de não merecerem uma análise mais aprofundada”.

Ainda que tais aspectos não digam respeito necessariamente ao como o CADE analisará tais informações em concreto, essas conclusões não deixam de ser significativas. Ao estabelecer um consequencialismo baseado em aspectos estruturais, a autoridade de defesa da concorrência cria seus próprios vieses de análise e limita informações apresentadas pelas empresas em concentração dentro daquilo que um paradigma E-C-D originalmente estabeleceu: (i) avaliam-se as estruturas de mercado e seus impactos; (ii) a partir disso, inferem-se as condições competitivas entre rivais existentes ou potenciais; e (iii) presumem-se assim os efeitos decorrentes de uma concentração em específico.

2.3.2. Orientações gerais do CADE sobre controle de concentrações

Ainda sob o regime da Lei nº 8.884/1994, foi editada a Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50/2001, referente ao *Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal*, buscando explicitar os procedimentos utilizados para a avaliação concorrencial de ACs pela autoridade.²⁸⁴ O documento estabeleceu etapas de análise sobre as quais o controle de concentrações brasileiro deveria se orientar.

Esse *roadmap* consistira em cinco passos principais e sequenciais: (i) a definição do mercado relevante afetado pela operação; (ii) a identificação das participações de mercado detidas pelos *players* em concentração; (iii) a probabilidade de exercício de poder de mercado em um cenário pós-operação, a partir da configuração estrutural resultante; (iv) a análise de eventuais eficiências decorrentes do AC; e (v) o sopesamento dos efeitos positivos e negativos diante de tais eficiências.²⁸⁵

²⁸⁴ “O objetivo do presente Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal (Guia) é apresentar os procedimentos e os princípios que a SEAE e a SDE adotam na análise desses atos. Estes procedimentos e princípios articulam as principais etapas da análise antitruste e procuram ser, na prática, um instrumento de aplicação da regra da razão” (BRASIL. SEAE; SDE. **Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2001, p. 2).

²⁸⁵ “O procedimento adotado pela SEAE e SDE para a análise das concentrações constará, de cinco etapas principais: • Etapa I: Definição de mercado relevante. • Etapa II: Determinação da parcela de mercado sob controle das empresas requerentes. Os atos que não gerarem o controle de uma parcela de mercado suficientemente alta obterão parecer favorável das Secretarias, sendo dispensável a continuação da análise. Os demais serão objeto de análise nas etapas subseqüentes. • Etapa III: Exame da probabilidade de exercício de poder de mercado. Quando não for provável o exercício do poder de mercado, a concentração receberá parecer favorável. Quando for provável o exercício do poder de mercado, a concentração será objeto de investigação na Etapa IV. • Etapa IV: Exame das eficiências econômicas gerados pelo ato. • Etapa V: Avaliação da relação entre custos e benefícios derivados da concentração e emissão de parecer final. Quando as eficiências forem iguais ou superiores aos custos (efeito líquido

Esse consequencialismo de análise, vale destacar, não significa que sob seus termos, o pressuposto teórico do paradigma de bem-estar do consumidor não fosse assumido como o objetivo do controle concorrencial de estruturas.²⁸⁶ Antes disso, revela que uma análise de efeitos tornava-se mais uma etapa eventual e final do processo de avaliação concorrencial de concentrações, do que o cerne dessa investigação.

Ainda que esse guia tenha sido publicado sob o regime anterior, ele foi apenas formalmente revogado em 26 de agosto de 2021, por meio da Portaria CADE nº 397/2021. Sob a Lei nº 12.529/2011, dessa forma, esse conjunto de informações continuaria a exercer influência, não apenas teórica, como também material sobre o *enforcement* concorrencial preventivo do CADE.

Com a publicação do *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*, em 2016, um novo conjunto de orientações destinadas a evidenciar o processo de avaliação concorrencial sobre ACs é estabelecido, conduzindo a autoridade em sua dimensão preventiva.²⁸⁷ Dessa forma, o guia ao abordar aquilo que seria a “análise clássica” de uma operação não parece destoar das orientações anteriores erigidas sob a Lei nº 8.884/1994.

O guia atual divide o controle concorrencial de concentrações em cinco etapas possíveis: (i) a definição dos mercados relevantes afetados pela operação; (ii) a análise da participação de mercado resultante da concentração; (iii) identificação da probabilidade ou não de exercício do poder de mercado resultante da operação, por meio do exame das condições de rivalidade e entrada; (iv) eventual avaliação de criação ou fortalecimento de poder de monopólio por meio dos mesmos parâmetros dos passos (i) a (iii); e (v) ponderação de efeitos da operação.²⁸⁸

não-negativo), as Secretarias emitirão parecer favorável à concentração. Quando as eficiências forem inferiores aos custos, a concentração será proibida ou terá condicionada a sua aprovação à adoção de medidas consideradas necessárias” (*Ibidem*, p. 6).

²⁸⁶ “A defesa da concorrência não é um fim em si, mas um meio para se criar uma economia eficiente e preservar o bem-estar econômico da sociedade. Em uma economia eficiente os consumidores dispõem da maior variedade de produtos pelos menores preços possíveis. Em tal contexto, os indivíduos desfrutam de um nível máximo de bem-estar econômico” (*Ibidem*, p. 3).

²⁸⁷ “Este Guia, assim, refere-se exclusivamente a ACs horizontais, ou seja, a operações que envolvam a integração econômica entre empresas concorrentes ou potenciais concorrentes entre si e possui os seguintes objetivos:

(i) dotar de maior transparência a análise empreendida pelo Cade;
 (ii) orientar os membros do Cade a empregar as melhores práticas de análise econômica de ACs que produzam concentração horizontal; e
 (iii) auxiliar os agentes de mercado a compreender as etapas, técnicas e critérios adotados nas análises realizadas pelo Cade” (BRASIL. CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2016, p. 7).

²⁸⁸ “O Cade, em geral, procede a análise em 4 ou 5 etapas, quais sejam:

(i) definição do MR;
 (ii) análise do nível de concentração horizontal, que aponta se é possível que a nova empresa tenha condições de exercer o seu poder de mercado;
 (iii) avaliação da probabilidade do uso de poder de mercado adquirido por meio de maior concentração na operação, considerando variáveis como:

Percebe-se a repetição, ainda que com maior complexificação, de um viés E-C-D na dimensão preventiva do *enforcement* concorrencial desempenhado pela autoridade de defesa da concorrência.

Exemplificativamente, ao analisar a entrada de rivais, o guia abertamente adota paradigmas estruturalistas, ao afirmar economias de escala e de escopo como possíveis barreiras à entrada.²⁸⁹ Ao se tratar de rivalidade, tais referências estruturalistas se tornam ainda mais evidentes, com menção a fatores como, capacidade ociosa, estabilidade/instabilidade de participações de mercado.²⁹⁰

Ao se analisarem outros possíveis efeitos anticompetitivos decorrentes de concentrações, o cenário não se altera. Os parâmetros para avaliação de situações de monopsônio (que também são estendidos para análise de poder compensatório) são equivalentes àqueles utilizados para identificação de poder de mercado, mas sob a perspectiva da demanda.²⁹¹ A identificação de possíveis efeitos coordenados também perpassa fatores como um baixo número de empresas, ausência de capacidade ociosa e simetria de estruturas.²⁹²

Em contraste, apenas três páginas do documento (de um total de 59) são destinadas à discussão de eficiências. Nesse curto trecho do guia, no entanto, não são apresentadas métricas ou metodologias para a identificação, quantificação e ponderação de eficiências, mas apenas realizadas digressões de natureza ampla e teórica – mesmo que se reafirme a necessidade e determinação legal dessa etapa de análise.²⁹³

-
- a possibilidade de uma entrada tempestiva, provável e suficiente;
 - o nível de rivalidade restante no mercado;
- (iv) avaliação do poder de compra existente no mercado ou criado pela operação, quando for o caso de se tratar do mercado de insumo;
- (v) ponderação das eficiências econômicas inerentes ao AC. Essas etapas não são obrigatórias e não necessitam seguir qualquer sequência. Na maior parte dos casos, estas etapas são suficientes para que o Cade decida se a operação pode ser aprovada sem restrições, se são necessários remédios, ou se a operação não pode ser autorizada” (*Ibidem*, p. 8-9).

²⁸⁹ “As economias de escala e escopo influenciam as condições de entrada, pois afetam as escalas mínimas eficientes, o aumento nos custos associados a escalas sub-ótimas e o posicionamento da entrante nos mercados de produtos em que as incumbentes atuam (variedade de produtos ofertada)” (BRASIL, *op. cit.*, 2016, p. 29).

²⁹⁰ Conferir: *Ibidem*, p. 33-39.

²⁹¹ Conferir: *Ibidem*, p. 40-42.

²⁹² Conferir: *Ibidem*, p. 42-44.

²⁹³ “A Lei nº 12.529/2011 estabelece que o Cade deve ponderar as eficiências específicas de cada AC vis-à-vis seus efeitos negativos (art. 88, § 6o). Trata-se do já mencionado critério do efeito líquido não-negativo. Os efeitos líquidos advindos do AC serão avaliados a partir da comparação entre os benefícios específicos resultantes da realização do AC e os potenciais prejuízos para o bem-estar dos consumidores advindos da eliminação de concorrência. Destaque-se que, nos termos da Lei, a transferência relevante dos benefícios aos consumidores é componente necessário nesta avaliação final dos efeitos do AC” (*Ibidem*, p. 42-44).

Nota-se que, mesmo que assumam-se a possibilidade e a necessidade de efeitos, sob o pressuposto teórico do paradigma do bem-estar do consumidor –a principal contribuição da tradição chicaguiana clássica à política antitruste –, ela encontra-se delimitada, em larga medida, pelas próprias presunções estruturais da análise concorrencial operada pelo CADE – herdadas de uma tradição chicaguiana ao controle de concentrações.²⁹⁴ Novamente, percebem-se processos de continuidade de construções instrumentais mais remotas e mais influentes que a Escola de Chicago dentro da tutela concorrencial exercida sob o bojo da Lei nº 12.529/2011.

Por fim, ainda que parâmetros alternativos sejam previstos pelo novo guia, eles representaram, novamente, uma parcela ínfima e altamente teórica, não significando uma ruptura drástica em relação à “análise clássica” ou mesmo uma etapa central e significativa da avaliação empreendida pelo CADE.²⁹⁵ Ao contrário, tais dimensões de análise concorrencial ocupam um espaço subsidiário e marginal ao *framework* tradicional de avaliação de ACs – especialmente diante daquilo que se discutirá a partir do estudo empírico a ser apresentado no capítulo seguinte desta dissertação.

2.4. Conclusões preliminares

Encerrando-se esta análise, o que se pode concluir é que, ao contrário da retórica disseminada quanto ao atual padrão do *enforcement* antitruste no Brasil, o arcabouço sobre o qual repousa o controle de concentrações no país possui um viés estruturalista. A atuação preventiva do CADE evidencia uma abordagem essencialmente estruturalista em que uma análise sequencial entre estruturas, condições e efeitos sobre o mercado acaba por dar grande peso ao primeiro passo desse processo – identificando, primeira e essencialmente, os impactos de uma operação sobre os níveis de participação de mercado das partes em concentração para, apenas em um segundo momento, compreender a dinâmica competitiva entre rivais e os efeitos líquidos de um AC a consumidores finais.

²⁹⁴ Conferir: *Ibidem*, p. 45-48.

²⁹⁵ Conferir: BRASIL, *op. cit.*, 2016, p. 51-53.

Isso tudo pode se justificar por duas razões principais. Como já abordado ao longo do último capítulo, em primeiro lugar, a própria estrutura do controle de concentrações foi erigida e construída sobre um paradigma E-C-D.

Quando, ainda nos anos 1990, foi se buscar na tradição estadunidense os parâmetros para reforma da função preventiva da defesa da concorrência no Brasil, adotou-se o *mainstream* estruturalista à época, defendido pela Nova Escola de Harvard.

Com efeito, ao tempo que um movimento por reformas da legislação concorrencial brasileira e, mais especificamente, sobre seu *enforcement* preventivo foi almejada nos anos 1990 e iniciada pela Lei nº 8.884/1994, as contribuições da Escola de Chicago já haviam sido em grande medida relativizadas pela Nova Escola de Harvard, dentro da fase Pós-Chicago. Assim, quando legisladores e reguladores brasileiros voltaram seu olhar sobre a realidade estadunidense para reformar a estrutura jurídica da política antitruste, o reflexo que encontravam já não mais representava a agenda chicaguiana clássica em sua integralidade, mas uma abordagem estruturalista parametrizada por algumas de suas contribuições, tais como o paradigma de bem-estar do consumidor.

Ao final, isso leva a concluir que mais do que a tradição chicaguiana clássica, a principal influência teórica sobre a sua estruturação e consecução do controle de concentrações no país, consagrado pela Lei nº 12.529/2011, foi – e é – a Nova Escola de Harvard. De fato, como se apresentará na seção subsequente desta dissertação, não apenas o arcabouço jurídico da função preventiva do CADE possui esse viés como sua própria aplicação prática pela autoridade de defesa da concorrência no país o reproduz.

3. O CONTROLE DE CONCENTRAÇÕES NO BRASIL SOB A LEI Nº 12.529/2011 – UMA ANÁLISE DE PRECEDENTES

Tendo traçado o percurso teórico acima, o presente capítulo destina-se a testar a hipótese de que o viés estruturalista sob a Lei nº 12.529/2011 também pode ser verificado na execução da função preventiva concorrencial pelo CADE. Assim, conforme apresentado acima, não apenas o controle de concentrações nos Estados Unidos e no Brasil possuem uma natureza mais complexa que uma retórica de “supremacia de Chicago” indicaria, como o próprio *enforcement* estaria largamente calcado sobre premissas de natureza estruturalista.

Diante disso, esta seção, a partir da análise dos ACs avaliados pelo CADE, sob o regime da Lei nº 12.529/2011, pretende verificar em que medida a racionalidade decisória da autoridade de defesa da concorrência também é influenciada por tais premissas. Assim, a primeira subseção deste capítulo destina-se à apresentação da metodologia adotada para a definição da amostra de casos e os parâmetros de análise empregados. Na sequência, em um segundo subcapítulo, os resultados do estudo empírico são apresentados diante das considerações teóricas traçadas nos capítulos anteriores.

3.1. Metodologia

Antes de iniciar efetivamente a discussão dos resultados desta parcela da presente pesquisa, são necessárias algumas notas metodológicas. Apresentam-se, na presente seção, os pressupostos de metodologia de seleção da amostra e de escolha dos parâmetros de análise adotados.

O universo de casos selecionados para consecução da etapa empírica deste estudo consiste nos casos analisados pelo CADE entre 1º de janeiro de 2015 e 31 de dezembro de 2022. A escolha desse corte temporal dentro da Lei nº 12.529/2011 se justifica pela limitação da própria base sistematizada do CADE do seu histórico de análise do controle de concentrações.²⁹⁶

²⁹⁶ Vale destacar que através da base *CADE em números*, a autoridade de defesa da concorrência brasileira passou a sistematizar dados de seu *enforcement* preventivo apenas a partir de 2015, quando, também, os autos de seus

Desse universo de casos, excluíram-se inicialmente aqueles em que houve desistência pelas partes ou que não foram conhecidos pelo CADE. Isso se justifica pelo fato de que tais ACs, por razões preliminares diversas, não foram alvo de uma avaliação de mérito antitruste pela autoridade de defesa da concorrência brasileira, tornando-se irrelevantes para o escopo desta pesquisa.

Em sequência, foram também excluídos aqueles em que se identificou a interposição de recurso por terceiros interessados ou avocação por Conselheiro do Tribunal Administrativo em face a decisão da Superintendência-Geral do CADE (SG/CADE). A razão desse recorte reside no fato de que se buscou eliminar os ACs analisados em que possíveis vieses não-técnicos – no caso, instrumentalização do *enforcement* da autoridade por interesses privados de concorrentes²⁹⁷ e das próprias autoridades.²⁹⁸

A partir do universo de casos, verificou-se uma população total de 3.595 ACs. Foram, assim, delineados três grupos de casos: (i) ACs sumários aprovados sem restrições pela SG/CADE (3.035 casos); (ii) ACs ordinários aprovados sem restrições pela SG/CADE (498 casos); e (iii) casos decididos em última instância pelo Tribunal Administrativo do CADE (54 casos).

Para os dois primeiros grupos foi selecionada uma amostra aleatória simples, com erro amostral tolerável de 5%.²⁹⁹ Assim, foram obtidas amostras de 353 ACs sumários decididos em última instância pela SG/CADE e de 222 ACs ordinários decididos em última instância pela SG/CADE.

Já para o terceiro grupo, analisou-se a totalidade da população (54 ACs decididos em última instância pelo Tribunal Administrativo do CADE). Isso porque a seleção de uma amostra

procedimentos administrativos passaram a ser digitais. Disponível em: <<https://www.gov.br/cade/pt-br/centrais-de-conteudo/cade-em-numeros>>. Disponível em: 20 de jun. de 2023.

²⁹⁷ Essa escolha metodológica decorre em parte da formulação teórica do próprio Stigler sobre a possibilidade de captura regulatória de instituições governamentais por agentes privados em um esquema de *rent-seeking*. Conferir: STIGLER, *op. cit.*, 1971.

²⁹⁸ Ressalta-se, nesse sentido, o debate da *public choice*, que estressa a possibilidade de descasamento do processo de decisão de agentes governamentais do interesse público, em razão do próprio comportamento auto-interessado e individualista dessas autoridades. Conferir: BUCHANAN, James M. **The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy**. Ann Arbor: University of Michigan, 1962.

²⁹⁹ Sendo N o tamanho de uma população, n o tamanho da amostra, n_0 uma primeira aproximação para o tamanho da amostra, e E_0 o erro amostral tolerável, um cálculo inicial de uma amostra aleatória simples, sem se conhecer o tamanho da população, pode ser obtido através da seguinte equação: $n_0 = \frac{1}{E_0^2}$. Conhecendo-se o tamanho da população, o cálculo anterior pode ser corrigido pela seguinte expressão: $n = \frac{N \cdot n_0}{N + n_0}$. Conferir: BARBETTA, Pedro Alberto. **Estatística aplicada às Ciências Sociais**. 5ª ed. Florianópolis: UFSC, 2002, p. 60-61.

aleatória simples para tal pequena população não seria estatisticamente adequada – *i.e.*, a amostra seria praticamente do tamanho da população.

Passando aos parâmetros escolhidos para a análise das amostras, ao lado de uma tentativa de identificação de um possível viés estruturalista nas decisões do CADE, buscou-se também avaliar a natureza e a relevância de eventuais análises de eficiências. Dessa forma, nos três grupos de casos supramencionados, parâmetros destinados a identificar esse segundo aspecto também foram construídos pelo estudo.

Em específico, para os casos sumários decididos pela SG/CADE, o parâmetro de análise consistiu em identificar sob quais dos incisos do art. 8º, da Resolução CADE nº 33/2022, a operação foi apresentada. A partir disso, pode ser avaliado em que medida aspectos estruturais (especialmente considerando a natureza das operações submetidas sob os incisos I a V) foram determinantes na decisão da autoridade.

Já para os ACs ordinários com análise encerrada pela própria SG/CADE, inicialmente, buscou-se identificar se a possibilidade de exercício de poder de mercado foi baseada em aspectos estruturais da operação. Ainda, um segundo parâmetro destinou-se a verificar se a análise de condições de entrada e rivalidade foi pautada ou não em uma abordagem estrutural. Um último parâmetro foi destinado a avaliar se houve *in casu* uma análise de eficiências e se, em caso, positivo, ela foi determinante para a aprovação sem restrições do AC pela SG/CADE.

Por fim, para os casos analisados pelo Tribunal Administrativo do CADE, buscou-se, em primeiro plano, classificar a decisão exarada *in casu*. Em segundo plano, verificou-se se o caso contava com alguma nota técnica produzida pelo Departamento de Estudos Econômicos (DEE) do CADE e se o documento procedia com uma análise de eficiências. Por fim, investigou-se também se, mesmo na ausência desse tipo de estudo econômico, houve uma análise autônoma de eficiências econômicas pelo Tribunal Administrativo, bem como a natureza e a relevância dessa avaliação pela autoridade.

3.2. Resultados

3.2.1. Atos de concentração sumários aprovados sem restrições pela SG/CADE

Apresentando-se, em primeiro plano, a amostra referente aos ACs sumários aprovados sem restrições pela SG/CADE, testa-se a hipótese de se análise então empreendida possui um caráter essencialmente estruturalista.

Destaca-se que acordos cooperativos destinados à exploração de novos mercados (inciso I, do art. 8º, da Resolução CADE nº 33/2022) ou meras substituições de agentes econômicos (inciso II, do art. 8º, da Resolução CADE nº 33/2022) representaram fundamento para 2,0% (7 casos) e 20,6% (73 casos), respectivamente, do total da amostra. Nesse sentido, a decisão do órgão residia no fato de que as partes não estariam horizontal ou verticalmente relacionadas, inexistindo impactos estruturais propriamente ditos em decorrência dessas concentrações.

Nas situações em que havia algum tipo de sobreposição horizontal ou integração vertical entre as atividades das partes da operação, reforça-se o viés estruturalista da SG/CADE. Assim, 47,3% dos ACs (167 casos da amostra) foram aprovados por envolverem sobreposições horizontais que resultavam em participações de mercado inferiores a 20% (inciso III do art. 8º da Resolução CADE nº 33/2022). A mesma racionalidade guiou a fundamentação para aprovação de 32,0% da amostra (113 casos), referentes a integrações verticais não envolviam participações superiores a 30% em quaisquer dos mercados relevantes envolvidos (inciso IV do art. 8º da Resolução CADE nº 33/2022). No mesmo sentido, em 6,5% da amostra (23 casos), a SG/CADE fundamentou a sua aprovação de ACs sumários por não haver variações superiores 200 pontos de HHI (inciso V, do art. 8º, da Resolução CADE nº 33/2022).

Nesse sentido, percebe-se que, em quase 85% da amostra (296 casos), a aprovação sem restrições de ACs sumários pela SG/CADE decorreu de fundamentação relativa à presunção estritamente estrutural. Não se está a realizar qualquer avaliação de mérito dessas decisões, mas, antes, identificar ou não a centralidade de um viés estruturalista a orientar o controle de concentrações operado pelo CADE na classificação daquilo que seriam preocupações concorrenciais efetivas na análise de atos de concentração.

Por fim, mesmo que haja indicação a outras hipóteses que, a critério da autoridade, não mereceriam uma análise concorrencial aprofundada (inciso VI, do art. 8º, da Resolução CADE nº 33/2022) – 16,1% (57 casos da amostra) –, essas situações não parecem ser suficientes para invalidar a tendência estruturalista identificada. Ainda que a partir de uma análise superficial – especialmente, em razão da ausência de informações integralmente públicas –, percebe-se que tais decisões da SG/CADE decorreram de ausência de preocupações, sobretudo, por questões

de natureza societária – como por exemplo, meras reorganizações dos grupos econômicos envolvidos nos atos de concentração.

Ao fim, conclui-se, portanto, que as decisões de aprovação sem restrições exaradas pela SG/CADE em ACs sumários orientaram-se, na prática, por uma abordagem fundamentalmente estruturalista, estando baseadas em presunções estruturais fortes.

Os dados apresentados acima encontram-se sistematizados pela Tabela 1, abaixo:

Tabela 1. Amostra de atos de concentração sumários aprovados sem restrições pela SG/CADE, conforme incisos do art. 8º da Resolução CADE nº 33/2022

INCISO	I	II	III	IV	V	IV
Total	7	73	167	113	23	57
Representatividade	2,0%	20,6%	47,3%	32,0%	6,5%	16,1%

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados do CADE.

3.2.2. Atos de concentração ordinários aprovados sem restrições pela SG/CADE

Em segundo plano, destaca-se que a amostra de ACs ordinários aprovados sem restrições pela SG/CADE também permite visualizar essa tendência estruturalista. Com efeito, em 100,0% (222 casos da amostra) das decisões, a possibilidade de exercício de poder de mercado resultante da operação analisada decorreu de aspectos estruturais de concentração – *i.e.*, maiores índices e níveis de *market share*, seja em sobreposições horizontais, seja em integrações verticais (neste caso, análise de capacidade de fechamento de mercado).

Isso ainda é agravado pelo fato de que, em 89,2% dos ACs (198 casos da amostra), a SG/CADE procedeu com uma abordagem e uma análise meramente estrutural de entrada e rivalidade. Dessa forma, nessas situações, o órgão avaliou que as condições para concorrentes existentes ou entrantes estavam diretamente ligadas a aspectos estruturais dos mercados – tais como, capacidade ociosa, variações de *market shares* nos últimos anos, volumes de importações etc.

Além disso, em 10,8% dos ACs da amostra (24 casos), as condições de entrada e rivalidade dos mercados relevantes afetados pela operação sequer foram analisadas pela SG/CADE em razão das participações de mercado verificadas. Isso reforça não apenas a centralidade do fator estrutural para análise empreendida pelo órgão, mas também uma lógica sequencial forte entre estruturas de mercado e as condicionantes da conduta dos agentes.

Por fim, as eficiências tiveram um papel bastante diminuto na análise da SG/CADE em ACs ordinários por ela aprovados sem restrições, corroborando com os dados descritos acima. Em apenas 5,0% (11 casos da amostra), foi empreendida uma análise específica de efeitos decorrentes da concentração. No entanto, nenhuma destas análises de efeitos foi determinante ou o principal fator para a decisão da SG/CADE pela aprovação da operação – *i.e.*, as análises de eficiências foram meramente complementares às análises estruturais. No restante dos 95,0% da amostra (211 casos), não houve qualquer avaliação material de eficiências que pudessem resultar dos ACs notificados.

Percebe-se, portanto, que em tais casos a avaliação empreendida pela SG/CADE assemelha-se muito a um paradigma E-C-D, relacionado à tradição harvardiana. Ou seja, eventuais preocupações concorrenciais identificadas quanto à possibilidade e à probabilidade de exercício de poder de mercado decorriam de fatores estruturais das operações analisadas, sendo que as condições de rivalidade e entrada também foram analisadas com base, principalmente, na configuração estrutural do mercado afetado. Ademais, eficiências, quando analisadas pela SG/CADE, representaram um aspecto apenas complementar e residual das decisões em tela.

Tais dados apresentados acima encontram-se sistematizados pela Tabela 2, abaixo:

Tabela 2. Amostra de atos de concentração ordinários aprovados sem restrições pela SG/CADE

FATORES ANALISADOS	Natureza estrutural da possibilidade de exercício de poder de mercado	Entrada e rivalidade		Eficiências	
		Análise estrutural de condições de entrada e rivalidade	Em caso negativo, descrição de fatores analisados	Presença de análise de eficiências	Relevância da análise de eficiências para a decisão
Sim	222	198	0	11	0
Representatividade	100,0%	89,2%	0,0%	5,0%	0,0%
Não	0	0	0	211	11
Representatividade	0,0%	0,0%	0,0%	95,0%	5,0%
Não aplicável	0	24	222	0	211
Representatividade	0,0%	10,8%	100,0%	0,0%	95,0%

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados do CADE.

3.2.3. Atos de concentração analisados pelo Tribunal Administrativo do CADE

Por fim, no que se refere aos ACs analisados pelo Tribunal Administrativo do CADE, indicativos de uma abordagem estruturalista também podem ser identificados, especialmente tendo em vista o papel das eficiências nas decisões analisadas. De fato, percebe-se que, ainda que o órgão estivesse disposto a analisar as eficiências decorrentes de operações com efeitos estruturais mais significativos, isso não implicou uma adesão completa à abordagem chicaguiana.

Inicialmente, percebe-se que 48,1% dos ACs (26 casos da população) foram instruídos com um estudo do DEE. Ainda que o percentual seja relevante, analisando-se a materialidade dos documentos produzidos, em apenas sete casos (13,0% da população total), os estudos do DEE destinavam-se efetivamente a analisar aspectos relacionados a eficiências decorrentes das concentrações avaliadas. Em sua maioria, tais documentos endereçavam outros aspectos econômicos, tais como a definição de mercado relevante ou testes quantitativos de teorias do dano aventadas ao longo da análise antitruste.

Por sua vez, em 55,6% dos ACs da população (30 casos), o Tribunal Administrativo do CADE empreendeu uma análise específica de eficiências. Por outro lado, não deixa de ser significativo que, em 44,4% dos casos (um total de 24), eficiências sequer tenham sido analisadas, indicando que parcela substancial da avaliação de concentrações encerra-se ainda em seus aspectos estruturais.

Tomando os ACs em que foi empreendida uma análise de eficiências, percebe-se que, em 14 casos, esse exame restringiu-se a avaliar apenas eficiências qualitativas (por exemplo, meras alegações de efeitos de marca ou de maior disponibilidade de recursos para pesquisa e desenvolvimento). Paralelamente, em 16 casos, foi empreendida uma avaliação de eficiências quantitativas.

Ainda, destaca-se que, em 19 casos, o Tribunal Administrativo não buscou averiguar se tais efeitos seriam efetivamente repassáveis a consumidores finais, em comparação com uma minoria de 11 casos em que esse aspecto foi verificado.

O que tais dados revelam é que, em larga medida, existe uma análise pouco estável de eficiências pelo Tribunal Administrativo do CADE. Se, por um lado, em muitos casos sequer há uma avaliação desse aspecto das operações, por outro, quando essa instância da autoridade de defesa da concorrência procede com esse exame, ela não o faz de maneira consistente. Com efeito, os dados elencados acima indicam que não há, necessariamente, uma análise de eficiências mesmo em casos estruturalmente mais complexos.

Ao fim, percebe-se, dessa forma, que o Tribunal Administrativo do CADE, ainda que tenha demonstrado uma maior preocupação com a análise de eficiências no controle de concentrações, tal análise dificilmente pode ser enquadrada dentro dos limites de uma abordagem chicaguiana.

Tais dados apresentados acima encontram-se sistematizados pela Tabela 3, abaixo:

Tabela 3. Dados agregados sobre o papel das eficiências em atos de concentração decididos pelo Tribunal Administrativo do CADE

	Presença de Nota Técnica do DEE	Eficiências como objeto da Nota Técnica do DEE	Análise específica de eficiências pelo Tribunal Administrativo do CADE	Análise restrita a eficiências qualitativas	Análise de efeitos líquidos positivos aos consumidores
Sim	26	7	30	14	11
Representatividade	48,10%	13,00%	55,60%	25,90%	20,40%
Não	28	19	24	16	19
Representatividade	51,90%	35,20%	44,40%	29,60%	35,20%
Não aplicável	0	28	0	24	24
Representatividade	0,00%	51,90%	0,00%	44,40%	44,40%

Fonte: elaborado pelo autor a partir de dados do CADE.

Um aspecto importante desses dados reside no fato de que todos os casos em que eficiências foram tidas como relevantes para a decisão do Tribunal Administrativo do CADE consistiam em ACs aprovados com restrições ou reprovados, mas não aprovados sem restrições. Usualmente, nesses casos, eficiências eram tidas como existentes, mas não suficientes para impedir uma intervenção pela autoridade de defesa da concorrência.

É interessante notar, portanto, que nenhum AC foi aprovado sem restrições pelo Tribunal Administrativo do CADE porque ele implicava eficiências superiores aos riscos concorrenciais (como indicaria uma interpretação chicaguiana), mas porque ele não implicava preocupações estruturais significativas. Analogamente, nos casos de intervenção pela autoridade de defesa da concorrência, há aqui uma lógica muito mais de eliminação dos riscos decorrentes desses aspectos estruturais do que uma centralidade das eficiências verificadas na análise pelo órgão.

Assim, os quatro ACs aprovados sem restrições pelo Tribunal Administrativo do CADE (7,5% da população) não foram precedidos por qualquer análise de eficiências pelo órgão. Isso reforça a ligação forte entre a identificação ou não de preocupações concorrenciais e uma análise estrutural, como já identificado no caso dos ACs ordinários e sumários aprovados sem restrições pela SG/CADE.

A mera análise estrutural de uma operação, portanto, foi suficiente para determinar a aprovação incondicionada pelo Tribunal Administrativo do CADE dos ACs analisados. Corolário dessa conclusão, também, é que a análise de eficiências surge como passo sequencial em casos estruturalmente mais problemáticos (como aqueles que foram aprovados com condições ou reprovados), indicando uma lógica de análise muito mais alinhada com o paradigma E-C-D, de tradição harvardiana.

3.3. Conclusões preliminares

Este capítulo buscou testar a hipótese do viés estruturalista do CADE a partir de ACs analisados pela autoridade de defesa da concorrência entre os anos de 2015 e de 2022, com base em três grupos distintos: (i) ACs sumários aprovados sem restrições pela SG/CADE; (ii) ACs ordinários aprovados sem restrições pela SG/CADE; e (iii) casos decididos em última instância pelo Tribunal Administrativo do CADE. Assim, buscou-se verificar e sopesar a análise estrutural *vis-à-vis* a análise de eficiências realizada pelo CADE, bem como a relevância de cada uma dessas perspectivas para suas respectivas decisões.

Em relação ao primeiro grupo, identifica-se que os ACs sumários analisados pela SG/CADE foram quase integralmente aprovados sem restrições em decorrência de uma fundamentação ligada a uma presunção essencialmente estrutural. Nesse contexto, torna-se possível perceber como a própria noção da existência ou não de preocupações concorrenciais em sede de controle de concentrações é intrinsecamente ligada à verificação de presença de estruturas de mercado concentradas.

Já no que se refere ao segundo grupo, verifica-se que os ACs ordinários aprovados sem restrições pela SG/CADE foram igualmente decididos com base em pressupostos estruturalistas. Além de analisar as estruturas dos mercados afetados, a análise de condições à entrada e rivalidade, quando existente, teve viés estrutural. Ainda, a análise de eficiências foi absolutamente residual e não influenciou o racional decisório da SG/CADE em tais casos.

No que tange ao terceiro grupo, é possível concluir que, nos ACs decididos pelo Tribunal Administrativo do CADE, também pode ser identificada uma tendência estruturalista de análise. Nesse sentido, mesmo que a análise de eficiências esteja presente em alguns casos

avaliados pelo órgão, ela não foi definitiva para a decisão exarada, principalmente, em atos de concentração aprovados sem restrições pelo Tribunal do CADE.

Ao fim, é possível verificar que a hipótese de que a análise realizada pelo CADE em seu controle de concentrações é marcada por um viés estruturalista. Tanto em casos de menor complexidade quanto em casos de maior complexidade, a autoridade de defesa da concorrência brasileira confere maior relevância a uma perspectiva estrutural, enquanto eficiências, apesar de aceitas, não são usualmente suficientes para que o órgão não intervenha em sede de controle de estruturas.

CONCLUSÕES

Esta dissertação pretendeu apresentar uma reconstrução histórica mais ampla do embate Harvard/Chicago para a política antitruste. Assim, a pesquisa buscou compreender, como e em que medida, ambas as escolas formularam e influenciam a consecução do controle de concentrações.

Dessa forma, o primeiro capítulo empreendeu um resgate histórico das escolas de Harvard e Chicago, apresentando também tanto os antecedentes históricos desse debate quanto em que medida ele influencia a política antitruste no Século XXI. Foi possível identificar alguns traços do reducionismo da retórica reducionista da hegemonia chicaguiana.

Antes da Escola de Chicago, a tradição harvardiana, como já apontado por alguns comentadores, seria dominante ao longo da história da política concorrencial estadunidense. Em verdade, tendo sido central para a própria construção do controle de concentrações no país, o *path dependence* em torno do paradigma E-C-D marcaria esse mecanismo regulatório ao longo do tempo, sendo, mais recentemente, sua legatária, a Nova Escola de Harvard, a principal fonte hegemônica de sua formulação.

Já no segundo capítulo pretendeu-se identificar como o embate Harvard/Chicago orienta o arcabouço jurídico que disciplina ao controle de concentrações no Brasil. Foi possível verificar que diversas das premissas das quais partem os instrumentos legais criam um viés estruturalista sobre a função preventiva do CADE, ainda que sustentem a centralidade do paradigma do bem-estar do consumidor.

Nesse sentido, destaca-se que em nível infralegal tanto os normativos da autoridade de defesa da concorrência quanto suas orientações sobre o controle de concentrações permeiam a avaliação de operações a partir de presunções estruturais significativas, além de adotarem interpretações consequencialistas e estruturalistas sobre condições de rivalidade e entrada e sobre eficiências.

Em sequência, o terceiro capítulo buscou, a partir de estudo empírico de decisões do CADE sob a Lei nº 12.529/2011, compreender a natureza efetiva de sua rotina de controle de concentrações. A partir dos dados obtidos, percebe-se que a análise empreendida pela autoridade de defesa da concorrência brasileira também foi marcadamente estruturalista.

Nesse sentido, a própria concepção de preocupação concorrencial no controle de concentrações, seja em casos menos complexos, seja em casos de maior complexidade, se vê intrinsecamente conectada à identificação de estruturas de mercado concentradas ou não. Essa interpretação estruturalista, especialmente diante dos dados referentes a ACs ordinários, leva também a uma leitura estrutural de aspectos como entrada e rivalidade, assemelhando-se ao paradigma E-C-D, originário da tradição harvardiana.

De outro lado, no que se refere à análise de efeitos, foi possível identificar sua pouca relevância para a racionalidade decisória do CADE. De fato, eficiências, mesmo quando discutidas pela autoridade de defesa da concorrência, não determinam suas decisões, essencialmente orientadas pelos aspectos estruturais das concentrações discutidas. Nesse sentido, destaca-se que, na grande maioria das vezes, tais discussões são sequer realizadas em sede de controle de ACs pelo órgão, que passa a adotar uma análise estrutural e etapista dos riscos concorrenciais envolvidos em operações.

Ao fim, o presente estudo busca abrir novas fronteiras para um entendimento mais denso e aprofundado daquilo que orienta os paradigmas a política concorrencial, seja em sua formação teórica, seja em sua consecução prática. Compreender a defesa da concorrência como um processo complexo, marcado muitas vezes por permanências e inconsistências, é poder melhor direcionar as escolhas institucionais que permeiam sua configuração e execução.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ATKINSON, Robert D.; AUDRETSCH, David B. **Economic Doctrine and Approaches to Antitrust**. Washington, D.C.: ITIF, 2011.
- BAIN, Joe S. **Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries**. Cambridge: Harvard University, 1956.
- BAIN, Joe S. Conditions of Entry and the Emergence of Monopoly. In: CHAMBERLAIN, Edward H. (Org.). **Monopoly and Competition and Their Regulation: Papers and Proceedings of a Conference held by the International Economic Association**. Nova York: Stockton, 1954.
- BAIN, Joe S. Economies of Scale, Concentration, and the Condition of Entry in Twenty Manufacturing Industries. **The American Economic Review**, Nashville, v. 44, n. 1, p. 15-39, 1954.
- BAIN, Joe S. Structure versus Conduct as Indicators of Market Performance: The Chicago-School Attempts Revisited. **Antitrust Law & Economics Review**, Vero Beach, v. 18, n. 2, p. 17-50, 1986.
- BAKER, Jonathan B. A preface to post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESE, Roberto; BERGH, Roger Van den (Orgs.). **Post-Chicago Developments in Antitrust Law**. Cheltenham: Edward Elgar, 2002.
- BAKER, Jonathan B. Recent Developments in Economics that Challenge Chicago School Views. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 58, n. 2, p. 645-655, 1989.
- BALTO, David A. Antitrust Enforcement in the Clinton Administration. **Cornell Journal of Law and Public Policy**, Ithaca, v. 9, n. 1, p. 61-132, 1999.
- BARBETTA, Pedro Alberto. **Estatística aplicada às Ciências Sociais**. 5ª ed. Florianópolis: UFSC, 2002, p. 60-61.
- BAXTER, William F. Separation of Powers, Prosecutorial Discretion, and the Common Law Nature of Antitrust Law. **Texas Law Review**, Austin, v. 60, n. 4, p. 661-704, 1982.
- BICKEL, Alexander M.; SCHIMIDT JR. Benno C. **The Judiciary and Responsible Government 1910-21**. Nova York: Macmillan, 1984, p. 86-199.
- BINGAMAN, Anne K. 60 Minutes with Anne K. Bingaman, Assistant Attorney General, Antitrust Division, U.S. Department of Justice. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 63, n. 1, p. 323-343, 1994.
- BITTLINGMAYER, George. Did Antitrust Policy Cause the Great Merger Wave? **The Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 28, n. 1, p. 77-118, 1985.
- BLAKE, Harlan M.; JONES, William K. In Defense of Antitrust. **Columbia Law Review**, Nova York, v. 65, n. 3, p. 277-400, 1965.
- BORK, Robert H. **The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself**. Nova York: Free Press, 1993.
- BORK, Robert H.; BOWMAN JR., Ward S. Goals of Antitrust: A Dialogue on Policy. **Columbia Law Review**, Nova York, v. 65, n. 3, p. 363-376, 1965.

- BRADFORD, Anu; CHILTON, Adam S.; LANCIERI, Filippo Maria. The Chicago School's Limited Influence on International Antitrust. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 87, n. 2, p. 297-329, 2020.
- BRANDEIS, Louis D. Big Business and Industrial Liberty. In: FRAENKEL, Osmond K. (Org.). **The Curse of Bigness**: miscellaneous papers of Louis D. Brandeis. Nova York: Viking, 1934a.
- BRANDEIS, Louis D. **Business – A Profession**. Boston: Small, Maynard & Company, 1914.
- BRANDEIS, Louis D. Efficiency and social ideals. In: FRAENKEL, Osmond K. (Org.). **The Curse of Bigness**: miscellaneous papers of Louis D. Brandeis. Nova York: Viking, 1934b.
- BRANDEIS, Louis D. On Maintaining Makers' Prices. In: FRAENKEL, Osmond K. (Org.). **The Curse of Bigness**: miscellaneous papers of Louis D. Brandeis. Nova York: Viking, 1934c.
- BRASIL. CADE. **Defesa da concorrência no Brasil**: 50 anos. Brasília, 2013a.
- BRASIL. CADE. **Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2016.
- BRASIL. CADE. **Novo processo de Análise de Atos de Concentração Econômica**. Brasília, 2013b.
- BRASIL. CADE. **Relatório Integrado de Gestão**: 2021. Brasília, 2022.
- BRASIL. SEAE; SDE. **Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal**. Brasília, 2001.
- BREYER, Stephen G. Donald F. Turner. **The Antitrust Bulletin**, Thousand Oaks, v. 41, n. 4, p. 725-728, 1996.
- BREYER, Stephen G. *et al.* In Memoriam: Phillip E. Areeda. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 109, n. 5, p. 889-910.
- BRINKLEY, Joel. 'Unbiased' Ads for Microsoft Came at a Price. **The New York Times**, Nova York, 18 de set. de 1999.
- BRITTO, Paulo Augusto P. de; FARIA, Ricardo Moura de Araujo. Critérios de Notificação de Atos de Concentração: Uma Análise de Perdas para Diferentes Parâmetros Aplicados ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. **Economic Analysis of Law Review**, Brasília, v. 6, n. 2, p. 269-283, 2015.
- BUCHANAN, James M. **The Calculus of Consent**: Logical Foundations of Constitutional Democracy. Ann Arbor: University of Michigan, 1962.
- CABRAL, Mário André Machado. **A construção do antitruste no Brasil**: 1930-1964. São Paulo: Singular, 2020.
- CAMPBELL, Thomas J. The Antitrust Record of the First Reagan Administration. **Texas Law Review**, Austin, v. 64, n. 2, p. 353-370, 1985.
- CAMPILONGO, Celso Fernandes; PFEIFFER, Roberto. Apresentação. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (Orgs.). **A evolução do antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018.
- CARLTON, Dennis W. Why We Need to Measure the Effect of Merger Policy and How to Do It. **National Bureau of Economic Research Working Papers**, Cambridge, n. 14719, 2009.
- CHAMBERLAIN, Edward H. **The Theory of Monopolistic Competition**: A Re-orientation of the Theory of Value. Cambridge: Harvard, 1933.

- CLARK, John Maurice. Toward a Concept of Workable Competition. **The American Economic Review**, Nashville, v. 30, n. 2, p. 241-256, 1940.
- COASE, Ronald H. The Nature of the Firm. **Economica**, Londres, V. 4, N. 16. P. 386-405, 1937.
- COATE, Malcom B. **The Merger Review Process at the Federal Trade Commission from 1989 to 2016**. [S.l.: s.n.], 2017.
- COLOMO, Pablo. On the Application of Competition Law as Regulation: Elements for a Theory. **Yearbook of European Law**, Oxford, v. 29, n. 1, p. 261-306, 2010.
- CORDOVIL, Leonor. **Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada: Lei 12.529, de 30 de novembro de 2011**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- CRANE, Daniel A. A Neo-Chicago Perspective on Antitrust Institutions. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 78, n. 1, p. 43-65, 2012.
- CRANE, Daniel A. All I Really Need to Know About Antitrust I Learned in 1912. **Iowa Law Review**, Iowa City, v. 100, n. 5, p. 2025-2038, 2015.
- CRANE, Daniel A. How Much Brandeis Do the Neo-Brandeisians Want? **The Antitrust Bulletin**, Thousand Oaks, v. 64, n. 4, p. 532-539, 2019.
- CRANE, Daniel A. The Tempting of Antitrust: Robert Bork and the Goals of Antitrust Policy. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 79, n. 3, p. 835-853, 2014.
- CRUZ, Peter L. de la. The Antitrust Pendulum Swings to the Populist Pole. **Keller & Heckman Blog**, Washington, D.C., 24 de jun. de 2021.
- CUBERO, Ana Rosado. **Barriers to Competition**. Londres: Pickering & Chatto, 2010.
- DANA, Charles S. Theodore Roosevelt and Tiberius Gracchus. **The Northern Iowa**, Cedar Falls, n. 180, n. 580, p. 327-334, 1905, p. 332.
- DEWEY, Donald. The Common-Law Background of Antitrust Policy. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 41, n. 6, p. 759-786, 1955.
- DONSIMONI, Marie-Paule; GEROSKI, Paul; JACQUEMIN, Alexis. Concentration Indices and Market Power: Two Views. **The Journal of Industrial Economics**, Abingdon-on-Thames, v. 32, n. 4, p. 419-434, 1984.
- EASTBROOK, Frank H. Limits of Antitrust. **Texas Law Review**, Austin, v. 63, n. 1, p. 1-40, 1984.
- ELHAUGE, Einer. Harvard, Not Chicago: Which Antitrust School Drives Recent U.S. Supreme Court Decisions? **CPI**, Chicago, n. 3, n. 2, p. 59-77, 2007.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **1968 Merger Guidelines**. Washington, D.C., 1968.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **1982 Merger Guidelines**. Washington, D.C., 1982.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **1997 Merger Guidelines**. Washington, D.C., 1997.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Congressional Record**. Washigton, D.C., 1890, v. 21.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. DOJ. **Harvard Law Professor Phillip Areeda Receives the Antitrust Division's 1995 John Sherman Award**. Washington, D.C., 1995.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **Report of the Attorney General's National Committee to Study the Antitrust Laws**. Washington, D.C., 1955.

- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Celler-Kefauver Act: Sixteen Years of Enforcement.** Washington, D.C., 1967.
- ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. **The Federal Antitrust Laws with Amendments.** Washington, D.C., 1920.
- FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste.** 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- FOX, Eleanor M. Modernization of Antitrust: A New Equilibrium. **Cornell Law Review**, Ithaca, v. 66, n. 6, p. 1140-1192, 1981.
- FRAZÃO, Ana. **Direito da concorrência: pressupostos e perspectivas.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 39-42.
- FRIEDMAN, Milton. **Price Theory.** New Brunswick: Transaction, 2007.
- GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. Tendências/Debates: Nova lei permitirá a criação de monopólios. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 8 de jul. de 2012.
- GRAU, Eros Roberto. **A ordem economica na Constituição de 1988.** 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- HAMMOND, Daniel J.; HAMMOND, Claire H. (Orgs.). **Making Chicago Price Theory: Friedman–Stigler correspondence 1945–1957.** Londres: Routledge, 2006.
- HANDLER, Milton. Introduction. **Antitrust Bulletin**, Thousand Oaks, v. 35, n. 1, p. 13-23, 1990.
- HARVEY, David. **A Brief History of Neoliberalism.** Oxford: Oxford University, 2005.
- HAWLEY, Ellis W. **The New Deal and the Problem of Monopoly.** Princeton: Princeton University, 1966.
- HEGEL, George Wilhelm Friedrich. **Lectures on the Philosophy of World History: Introduction.** Cambridge: Cambridge University, 1975.
- HOVENKAMP, Herbert J. **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice.** 6ª ed. Saint Paul: West Group, 2020.
- HOVENKAMP, Herbert J. **Monopolizing Digital Commerce.** [S.l.: s.n.], 2023a.
- HOVENKAMP, Herbert J. Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique. **Columbia Business Law Journal**, v. 2001, n. 2, p. 257-338, 2001.
- HOVENKAMP, Herbert J. **The Antitrust Enterprise: Principle and Execution.** Cambridge: Harvard University, 2008a.
- HOVENKAMP, Herbert J. The Harvard and Chicago Schools and the Dominant Firm. In: PITOFISKY, Robert (Org.). **How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust.** Oxford: Oxford University, 2008b.
- HOVENKAMP, Herbert J. The Invention of Antitrust. **Southern California Law Review**, Los Angeles, v. 96, p. 131-208, 2023.
- HOVENKAMP, Herbert J. The Slogans and Goals of Antitrust Law. **Faculty Scholarship at Penn Carey Law School**, Filadélfia, n. 2853, 2022.
- HOVENKAMP, Herbert J.; MORTON, Fiona Scott. Framing the Chicago School of Antitrust Analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, v. 168, n. 7, p. 1843-1878, 2020.

- HUTCHISON, Camden. Law and Economics Scholarship and Supreme Court Antitrust Jurisprudence, 1950–2010. **Lewis & Clark Law Review**, Portland, v. 21, n. 1, p. 145-2019, 2017.
- KAPLOW, Louis. On the Relevance of Market Power. **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 130, n. 5, p. 1303-1407, 2017.
- KAPLOW, Louis. Why (Ever) Define Markets? **Harvard Law Review**, Cambridge, v. 124, n. 2, p. 437-517, 2010.
- KHAN, Lina M. Amazon’s antitrust paradox. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 126, n. 3, p. 710-805, 2017.
- KOBAYASHI, Bruce H.; MURIS, Timothy J. Chicago, Post-Chicago, and Beyond: Time to Let Go of the 20th Century. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 78, n. 1, p. 147-172, 2012.
- KOVACIC, William E. Built to Last? The Antitrust Legacy of the Reagan Administration, 35 **Federal Bar News & Journal**, Arlington, v. 35, n. 5, p. 244-250, 1988.
- KOVACIC, William E. The Influence of Economics on Antitrust Law. **Economic Inquiry**, Fountain Valley, v. 30, p. 294-306, 1992.
- KOVACIC, William E. The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 71, n. 2, p. 377-478, 2003.
- KWOKA, John. The Structural Presumption and the Safe Harbor in Merger Review: False Positives or Unwarranted Concerns? **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 81, n. 3, p. 837-872, 2017.
- KWOKA, John; WHITE, Lawrence J. Introduction. In: KWOKA JR., John E.; WHITE, Lawrence J. (Orgs.). **The Antitrust Revolution**. Nova York: HarperCollins, 1989.
- LABATON, Stephen. Profile: Anne K. Bingaman; Rousing Antitrust Law from Its 12-Year Nap. **The New York Times**, Nova York, 25 de jun. de 1993.
- LAMOREAUX, Naomi R. **The Great Merger Movement in American Business, 1895-1904**. Cambridge: Cambridge University, 1985.
- LANDE, Robert H. A Framework for Evaluating the Antitrust Legacy of the Reagan Administration. **Federal Bar News & Journal**, Arlington, v. 35, n. 5, p. 228-231, 1988.
- LANDIS, James M. **The Administrative Process**. New Haven: Yale University, 1938.
- LEMIEUX, Pierre. Is There a Swing of the Pendulum? **Econlib**, Carmel, 29 de mar. de 2022.
- LETWIN, William. The First Decade of the Sherman Act: Early Administration. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 68, n. 3, p. 464-495, 1959a.
- LETWIN, William. The First Decade of the Sherman Act: Judicial Interpretation. **The Yale Law Journal**, New Haven, v. 68, n. 5, p. 900-929, 1959b.
- LEVI-FAUR, David. The Odyssey of the Regulatory State: From a “Thin” Monomorphic Concept to a “Thick” and Polymorphic Concept. **Law & Policy**, Denver, v. 35, n. 1-2, p. 29-50, 2013.
- MARTINEZ, Ana Paula. Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil. In: MARTINEZ, Ana Paula (Org.). **Temas Atuais de Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2012.
- MASON, Edward S. The Current Status of the Monopoly Problem in the United States. **Harvard Law Review**, p. 1265-1285, 1949.

MATTOS, César. Introdução. A revolução do antitruste no Brasil. A teoria econômica aplicada a casos concretos. In: MATTOS, César (Org.). **A revolução do antitruste no Brasil**: a teoria econômica aplicada a casos concretos. São Paulo: Singular, 2003.

MATTOS, César. Um Pouco da História da Lei 12.529/2011. In: CAMPILONGO, Celso; PFEIFFER, Roberto (Orgs.). **Evolução do Antitruste no Brasil**. São Paulo: Singular, 2018, p. 51-52.

MCCRAW, Thomas K. **Prophets or Regulation**: Charles Francis Adams; Louis D. Brandeis; James M. Landis; Alfred E. Kahn. Cambridge: Bellknap, 1984.

MIAZAD, Amelia. Prosocial Antitrust. **Hastings Law Journal**, São Francisco, v 73, n. 3, p. 1637-1696, 2022.

MIOLO, Iagê Zendron. **Law and the Economy in Neoliberalism**: the Politics of Competition Regulation in Brazil. Tese (Doutorado em Direito) – Università degli Studi di Milano, Milão, 2014.

NEWMAN, John. Reactionary Antitrust. **Concurrences**, Paris, n. 4, p. 66-72, 2019.

PAGE, William H. The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law. In: ABA (Org.). **Issues in Competition Law and Policy**. Chicago: ABA, 2008, v. 1.

PIRAINO JR., Thomas A. Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century. **Indiana Law Journal**, Bloomington, p. 345-409, 2007.

PITOFISKY, Robert. Efficiencies in Defense of Mergers: Two Years After. **George Mason Law Review**, Washington D.C., v. 7, n. 3, p. 485-494, 1999.

PITOFISKY, Robert. Proposals for Revised United States Merger Enforcement in a Global Economy. **Georgetown Law Journal**, Washington D.C., v. 81, n. 2, p. 195-250, 1992.

PITOFISKY, Robert. The Political Content of Antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, v. 127, p. 1051-1075, 1979.

PORTUESE, Aurelien. **Antitrust Law & Economics Under Attack**: Populism Versus Innovation. [S.l.: s.n.], 2021.

POSNER, Richard A. The Chicago School of antitrust analysis. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, v. 127, p. 925-948, 1979.

POSNER, Richard A. The Federal Antitrust Commission. **The University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 37, n. 1, p. 47-89, 1969.

RIBEIRO, Eduardo Pontual. Economic Analysis in Antitrust: The Case of Brazil. In: JENNY, Frederic; KATSOULACOS, Yannis (Orgs.). **Competition Law Enforcement in the BRICS and in Developing Countries**: Legal and Economic Aspects. Nova York: Springer, 2016.

RITCHIE, Donald A. **James M. Landis**: Dean of the Regulators. Cambridge: Harvard University, 1980.

ROOSEVELT, Theodore. **American Problems**. Nova York: Outlook, 1910.

ROSCH, J. Thomas. Has The Pendulum Swung Too Far? Some Reflections on U.S. and EC Jurisprudence. **Federal Trade Commission**, Washington, D.C., 25 de jun. de 2007.

SALOP, Steven C. Question: What is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard? Answer: The *True* Consumer Welfare Standard. **Loyola Consumer Law Review**, Chicago, v. 22, n. 3, p. 336-353, 2010.

- SAWYER, Laura Phillips. **American Fair Trade: Proprietary Capitalism, Corporatism, and the “New Competition,” 1890-1940.** Nova York: Cambridge University, 2018.
- SCHNEIDER, Ben Ross. **Business Politics and the State in Twentieth-Century Latin America.** Cambridge: Cambridge University, 2004.
- SCHNEIDER, Ben Ross. **Designing Industrial Policy in Latin America: Business-State Relations and the New Developmentalism.** Nova York: Palgrave Macmillan, 2015.
- SCHREPEL, Thibault. Antitrust without romance. **New York University of Law and Liberty**, Nova York, v. 13, p. 326-431, 2020.
- SCHUARTZ, Luis Fernando. A Desconstitucionalização do Direito de Defesa da Concorrência. **Revista do IBRAC**, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 325-352, 2009.
- SHAPIRO, Carl. Antitrust in a time of populism. **International Journal of Industrial Organization**, Amsterdã, v. 61, p. 714-748, 2018.
- SORKIN, Andrew Ross *et al.* Another Big Tech Critic Joins Biden’s Antitrust Team. **The New York Times**, Nova York, 21 de jul. de 2021.
- STIGLER, George J. **The Organization of Industry.** Chicago: University of Chicago, 1983.
- STIGLER, George J. The Theory of Economic Regulation. **The Bell Journal of Economics and Management Science**, Santa Monica, v. 2, n. 1, p. 3-21, 1971.
- STIGLER, George J. **The Theory of Price.** 4^a ed. Nova York: Macmillan, 1987.
- STIGLER, George S. Nobel Lecture: The Process and Progress of Economics. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 91, n. 4, p. 529-545, 1983.
- STIGLER, George J. A Theory of Oligopoly. **The Journal of Political Economy**, Chicago, v. 72, n. 1, p. 44-61, 1964.
- STUCKE, Maurice E.; EZRACHI, Ariel. The Rise, Fall, and Rebirth of the U.S. Antitrust Movement. **Harvard Business Review**, Cambridge, 15 de dez. de 2017.
- STUCKE, Maurice; EZRACHI, Ariel. How Digital Assistants Can Harm Our Economy, Privacy, and Democracy. **Berkley Technology Law Journal, Berkley**, v. 32, n. 3, p. 1239-1300, 2018.
- TODOROV, Francisco Ribeiro; TORRES FILHO, Marcelo Maciel. History of competition policy in Brazil: 1930-2010. **The Antitrust Bulletin**, Thousand Oaks, v. 57, n. 2, p. 207-257, 2012.
- TOLLISON, Robert D. Antitrust in the Reagan administration: A report from the Belly of the beast. **International Journal of Industrial Organization**, Amsterdã, v. 1, n. 2, p. 211-221, 1983.
- TURNER, Donald F. The Role of the Market Concept in Antitrust Law. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 49, n. 3, p. 1145-1154, 1980.
- WEINSTEIN, Michael M. W. F. Baxter, 69, Ex-Antitrust Chief, Is Dead. **The New York Times**, Nova York, 2 de dez. de 1998.
- WEISS, Leonard. The structure-conduct-performance paradigm. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, v. 124, p. 1104-1140, 1979.
- WEYL, E. Glen. Price Theory. **Journal of Economic Literature**, Nashville, v. 57, n. 2, p. 329-382, 2019.

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

WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs. **The American Economic Review**, Nashville, v. 58, n. 1 p. 18-36, 1968.

WILLIAMSON, Oliver E. **Markets and Hierarchies**: Analysis and Antitrust Implications. Nova York:

WILLIAMSON, Oliver E. Markets and Hierarchies: Some Elementary Considerations. **The American Economic Review**, Nashville, v. 63, n. 2, p. 316-325, 1973.

WILSON, Woodrow. **The New Freedom**: A Call for the Emancipation of the Generous Energies of a People. Nova York: Doubleday, Page & Company, 1913.

WINERMAN, Marc. The Origins of the FTC: Concentration, Cooperation, Control, and Competition. **Antitrust Law Journal**, Chicago, v. 71, n. 1, p. 1-97, 2003.

WRIGHT, Joshua D. Overshot the Mark? A Simple Explanation of the Chicago School's Influence on Antitrust. **CPI**, Boston, v. 5, n. 1, p. 1-34, 2009.

WU, Tim. **The Curse of Bigness**: Antitrust in the New Gilded Age. Nova York: Columbia Global Reports, 2018.

WU, Tim. The Utah Statement: Reviving Antimonopoly Traditions for the Era of Big Tech. **OneZero**, São Francisco, 18 de nov. de 2019.

YOO, Christopher S. Herbert Hovenkamp as Antitrust Oracle: Appreciating the Overlooked Contributions of the New Harvard School. In: CHARBIT, Nicolai; GACHOT, Sébastien (Orgs.). **Herbert Hovenkamp**: The Dean of American Antitrust Law. Paris: Concurrences, 2021.

YOO, Christopher S. The Post-Chicago Antitrust Revolution: A Retrospective. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, v. 168, p. 2145-2169, 2020.

ANEXO**Amostra de ACs sumários aprovados sem restrições pela SG/CADE**

08700.012223/2015-29	08700.004307/2015-99	08700.006005/2016-36
08700.012073/2015-53	08700.004259/2015-39	08700.005992/2016-51
08700.011957/2015-91	08700.004046/2015-15	08700.005843/2016-92
08700.011629/2014-03	08700.004043/2015-73	08700.005765/2016-26
08700.011303/2015-67	08700.002783/2015-75	08700.005613/2016-23
08700.011144/2015-09	08700.002100/2015-80	08700.005597/2016-79
08700.011053/2015-65	08700.001865/2015-01	08700.005397/2016-16
08700.011030/2015-51	08700.000882/2015-12	08700.004522/2016-71
08700.010820/2015-19	08700.000615/2015-45	08700.003949/2016-51
08700.010318/2015-16	08700.000149/2015-06	08700.003750/2016-23
08700.009996/2015-28	08700.012654/2015-95	08700.003659/2016-16
08700.009475/2015-71	08700.012592/2015-11	08700.003410/2016-01
08700.009422/2014-79	08700.012542/2015-34	08700.003009/2016-62
08700.008817/2015-35	08700.007305/2016-32	08700.002767/2016-63
08700.008541/2015-95	08700.007226/2016-21	08700.002554/2016-31
08700.008380/2015-30	08700.007222/2016-43	08700.002401/2016-94
08700.006467/2015-72	08700.007032/2016-26	08700.002372/2016-61
08700.006317/2015-69	08700.006610/2016-15	08700.002117/2016-18
08700.005963/2015-17	08700.006077/2016-83	08700.001825/2016-31
08700.005919/2015-07	08700.006027/2016-04	08700.000697/2016-17
08700.005069/2015-39	08700.006008/2016-70	08700.000425/2016-17

08700.008708/2016-07	08700.003561/2017-31	08700.005343/2018-12
08700.008251/2016-22	08700.003235/2017-24	08700.005329/2018-19
08700.007770/2017-54	08700.003108/2017-25	08700.005007/2018-70
08700.007469/2017-41	08700.002854/2017-00	08700.004968/2018-67
08700.006760/2017-00	08700.002630/2017-90	08700.004914/2018-00
08700.006759/2017-77	08700.001932/2017-41	08700.004706/2018-01
08700.006677/2017-22	08700.001501/2017-84	08700.004217/2018-41
08700.005947/2017-88	08700.000904/2017-14	08700.003787/2018-13
08700.005521/2017-24	08700.000164/2017-16	08700.003642/2018-12
08700.005457/2017-81	08700.007226/2018-93	08700.003622/2018-41
08700.005421/2017-06	08700.007139/2018-36	08700.003542/2018-96
08700.005389/2017-51	08700.006583/2018-34	08700.003511/2018-35
08700.005041/2017-63	08700.006582/2018-90	08700.002734/2018-85
08700.004913/2017-76	08700.006490/2018-18	08700.002413/2018-81
08700.004722/2017-12	08700.006449/2018-33	08700.002295/2018-19
08700.004694/2017-25	08700.006427/2018-73	08700.001947/2018-90
08700.004675/2017-07	08700.006394/2018-61	08700.001287/2018-47
08700.004235/2017-41	08700.006337/2018-82	08700.000744/2018-86
08700.004195/2017-38	08700.006305/2018-87	08700.000692/2018-48
08700.004099/2017-90	08700.006119/2018-48	08700.000643/2018-13
08700.004092/2017-78	08700.005971/2018-06	08700.000641/2018-16
08700.004091/2017-23	08700.005786/2018-11	08700.000450/2018-54
08700.004012/2017-84	08700.005773/2018-34	08700.000419/2018-13
08700.004011/2017-30	08700.005672/2018-63	08700.000349/2018-01
08700.003956/2017-34	08700.005492/2018-81	08700.000278/2018-39
08700.003635/2017-30	08700.005461/2018-21	08700.000234/2018-17

08700.000129/2018-70	08700.002403/2019-26	08700.004901/2020-47
08700.007419/2018-44	08700.002345/2019-31	08700.004875/2020-57
08700.007391/2018-45	08700.002307/2019-88	08700.004835/2020-13
08700.007300/2018-71	08700.002265/2019-85	08700.004648/2020-21
08700.007276/2018-71	08700.002028/2019-14	08700.004638/2020-96
08700.005880/2019-43	08700.001916/2019-10	08700.004187/2020-97
08700.005808/2019-16	08700.001892/2019-07	08700.004113/2020-51
08700.005802/2019-49	08700.001482/2019-58	08700.003983/2020-11
08700.005711/2019-11	08700.001259/2019-19	08700.003981/2020-13
08700.005528/2019-16	08700.000708/2019-01	08700.003961/2020-42
08700.005422/2019-12	08700.000687/2019-16	08700.003671/2020-07
08700.005380/2019-10	08700.000607/2019-22	08700.003308/2020-83
08700.005268/2019-71	08700.000395/2019-83	08700.002878/2020-56
08700.005010/2019-74	08700.000392/2019-40	08700.002544/2020-82
08700.004807/2019-54	08700.000075/2019-23	08700.002493/2020-99
08700.004631/2019-31	08700.006408/2020-61	08700.002408/2020-92
08700.004495/2019-89	08700.006372/2020-16	08700.002323/2020-12
08700.004297/2019-15	08700.006292/2020-61	08700.002232/2020-79
08700.004094/2019-29	08700.006259/2020-31	08700.002223/2020-88
08700.003656/2019-17	08700.006187/2020-21	08700.002030/2020-27
08700.003628/2019-08	08700.005960/2020-32	08700.001835/2020-53
08700.003260/2019-70	08700.005950/2020-05	08700.001743/2020-73
08700.003061/2019-61	08700.005876/2020-19	08700.001221/2020-71
08700.003039/2019-11	08700.005550/2020-91	08700.001003/2020-37
08700.003000/2019-02	08700.005036/2020-56	08700.000805/2020-20
08700.002454/2019-58	08700.004945/2020-77	08700.000799/2020-19

08700.000714/2020-94	08700.004398/2021-19	08700.001503/2021-50
08700.000695/2020-04	08700.004218/2021-91	08700.001355/2021-73
08700.000655/2020-54	08700.004198/2021-58	08700.001341/2021-50
08700.000517/2020-75	08700.004141/2021-59	08700.001106/2021-88
08700.000074/2020-12	08700.004070/2021-94	08700.000950/2021-91
08700.006681/2021-77	08700.004051/2021-68	08700.000851/2021-18
08700.006646/2020-77	08700.004028/2021-73	08700.000849/2021-31
08700.006622/2021-07	08700.003976/2021-91	08700.000818/2021-80
08700.006620/2021-18	08700.003931/2021-17	08700.000780/2021-45
08700.006612/2020-82	08700.003856/2021-94	08700.000690/2021-54
08700.006608/2020-14	08700.003697/2021-28	08700.000530/2021-13
08700.006501/2020-76	08700.003631/2021-38	08700.000289/2021-14
08700.006465/2021-21	08700.003485/2021-41	08700.000082/2021-40
08700.006464/2021-87	08700.003459/2021-12	08700.009745/2022-72
08700.006446/2020-14	08700.003355/2021-16	08700.009582/2022-28
08700.006395/2021-10	08700.003278/2021-96	08700.009440/2022-61
08700.006215/2021-91	08700.003120/2021-16	08700.009314/2022-14
08700.005878/2021-99	08700.002538/2021-14	08700.009061/2022-71
08700.005600/2021-11	08700.002474/2021-43	08700.009041/2022-08
08700.005484/2021-31	08700.002436/2021-91	08700.008034/2022-81
08700.005148/2021-98	08700.002434/2021-00	08700.007872/2022-37
08700.005023/2021-68	08700.001941/2021-18	08700.007697/2022-88
08700.004846/2021-76	08700.001936/2021-13	08700.007515/2022-79
08700.004671/2021-05	08700.001835/2021-34	08700.007420/2022-55
08700.004463/2021-06	08700.001618/2021-44	08700.007416/2022-97
08700.004407/2021-63	08700.001514/2021-30	08700.007342/2021-16

08700.007066/2021-88	08700.005035/2022-73	08700.002189/2022-11
08700.007064/2021-99	08700.004478/2022-47	08700.001951/2022-34
08700.006891/2022-46	08700.004404/2022-19	08700.001925/2022-14
08700.006887/2022-88	08700.004240/2022-11	08700.001870/2022-34
08700.006743/2022-21	08700.004144/2022-73	08700.001828/2022-13
08700.006700/2022-46	08700.004045/2022-91	08700.001491/2022-44
08700.006685/2022-36	08700.004035/2022-56	08700.001319/2022-91
08700.006649/2022-72	08700.003958/2022-91	08700.001250/2022-03
08700.006501/2022-38	08700.003839/2022-38	08700.001198/2022-87
08700.006264/2022-13	08700.003792/2022-11	08700.001084/2022-37
08700.006180/2022-71	08700.003432/2022-19	08700.000831/2022-10
08700.005849/2022-16	08700.003347/2022-42	08700.000830/2022-75
08700.005835/2022-94	08700.003330/2022-95	08700.000528/2022-17
08700.005702/2022-18	08700.003249/2022-13	08700.000346/2022-46
08700.005673/2022-94	08700.003022/2022-60	08700.000318/2022-29
08700.005520/2022-47	08700.002820/2022-74	08700.000217/2022-58
08700.005466/2022-30	08700.002714/2022-91	08700.000214/2022-14
08700.005366/2022-11	08700.002403/2022-21	08700.000185/2022-91
08700.005177/2022-31	08700.002321/2022-87	

ACs ordinários aprovados sem restrições pela SG/CADE

08700.012130/2015-02	08700.006413/2016-98	08700.000722/2016-54
08700.011814/2014-06	08700.006315/2016-51	08700.008501/2016-24
08700.010394/2014-32	08700.006291/2016-30	08700.007964/2016-79
08700.010134/2014-67	08700.006159/2016-28	08700.007913/2016-47
08700.010033/2015-77	08700.006139/2016-57	08700.007629/2016-71
08700.009834/2014-09	08700.006102/2016-29	08700.007555/2016-72
08700.009624/2015-00	08700.005733/2016-21	08700.006606/2017-20
08700.009465/2014-54	08700.005398/2016-61	08700.006426/2017-48
08700.009423/2014-13	08700.005093/2016-59	08700.006371/2017-76
08700.009104/2015-99	08700.004557/2016-18	08700.006143/2017-04
08700.009013/2015-53	08700.004360/2016-71	08700.005534/2017-01
08700.008372/2015-93	08700.004167/2016-30	08700.005081/2017-13
08700.006571/2015-67	08700.003951/2016-21	08700.004766/2017-34
08700.005637/2015-00	08700.003618/2016-11	08700.004700/2017-44
08700.004360/2015-90	08700.003421/2016-82	08700.004128/2017-13
08700.003717/2015-12	08700.003307/2016-52	08700.003802/2017-42
08700.003676/2015-64	08700.003054/2016-17	08700.003538/2017-47
08700.002066/2015-43	08700.003045/2016-26	08700.003408/2017-12
08700.000517/2015-16	08700.002084/2016-14	08700.003377/2017-91
08700.000206/2015-49	08700.001872/2016-85	08700.002997/2017-11
08700.011517/2015-33	08700.001829/2016-10	08700.002977/2017-32
08700.006678/2016-96	08700.001221/2016-95	08700.002699/2017-13
08700.006622/2016-31	08700.001180/2016-37	08700.002581/2017-95
08700.006443/2016-02	08700.000958/2016-91	08700.002350/2017-81

08700.001347/2017-41	08700.006819/2018-32	08700.002013/2019-56
08700.001346/2017-04	08700.006512/2018-31	08700.001832/2019-86
08700.001245/2017-25	08700.006288/2018-88	08700.001651/2019-50
08700.001170/2017-82	08700.006185/2018-18	08700.001620/2019-07
08700.007839/2017-40	08700.006055/2018-85	08700.006071/2019-59
08700.005704/2018-21	08700.005609/2019-16	08700.005950/2019-63
08700.005651/2018-48	08700.005183/2019-92	08700.005884/2019-21
08700.005455/2017-92	08700.005151/2018-14	08700.005767/2019-68
08700.005019/2018-02	08700.004955/2019-79	08700.005707/2019-45
08700.004889/2018-56	08700.004702/2019-03	08700.005364/2019-19
08700.004852/2018-28	08700.004446/2019-46	08700.004718/2020-41
08700.004446/2017-84	08700.004265/2019-10	08700.004568/2019-32
08700.004085/2018-57	08700.004203/2019-16	08700.004566/2020-87
08700.004030/2018-47	08700.004112/2019-72	08700.004121/2020-05
08700.003979/2018-20	08700.004079/2019-81	08700.003018/2020-30
08700.003711/2018-98	08700.004028/2019-59	08700.003814/2020-72
08700.003017/2018-71	08700.003321/2019-07	08700.003743/2020-16
08700.002544/2018-68	08700.003255/2019-67	08700.003294/2020-06
08700.002495/2018-63	08700.003245/2019-21	08700.002761/2020-72
08700.002456/2018-66	08700.003020/2019-75	08700.002824/2020-91
08700.002415/2018-70	08700.002854/2019-63	08700.002600/2020-89
08700.002327/2018-78	08700.002703/2019-13	08700.002227/2020-66
08700.001324/2018-17	08700.002581/2019-57	08700.002281/2020-10
08700.000828/2018-10	08700.002481/2019-21	08700.002068/2020-08
08700.000257/2018-13	08700.002221/2019-55	08700.002034/2020-13
08700.007277/2018-15	08700.002074/2019-13	08700.001796/2020-94

08700.001553/2020-56	08700.003746/2021-22	08700.006301/2021-02
08700.001306/2020-50	08700.003594/2021-68	08700.006138/2021-70
08700.001272/2020-01	08700.003593/2021-13	08700.005924/2022-31
08700.001510/2020-71	08700.003434/2021-19	08700.005922/2022-41
08700.001067/2020-38	08700.003354/2021-63	08700.005850/2021-51
08700.000824/2020-56	08700.003239/2021-99	08700.005611/2022-82
08700.000785/2020-97	08700.003176/2021-71	08700.005544/2021-15
08700.000741/2020-67	08700.002971/2021-41	08700.005362/2022-25
08700.000470/2020-40	08700.002926/2021-97	08700.005243/2022-72
08700.000442/2020-22	08700.002894/2021-20	08700.005088/2022-94
08700.000078/2020-09	08700.002476/2021-32	08700.005151/2021-10
08700.006562/2020-33	08700.002455/2021-17	08700.004954/2021-49
08700.006488/2020-55	08700.002437/2021-35	08700.004804/2022-16
08700.006248/2020-51	08700.002424/2021-66	08700.004682/2022-68
08700.006195/2020-78	08700.002392/2021-07	08700.004605/2021-27
08700.006000/2020-90	08700.002244/2021-84	08700.003437/2022-33
08700.005977/2020-90	08700.002232/2021-50	08700.003361/2022-46
08700.005861/2020-51	08700.002141/2021-14	08700.001663/2022-80
08700.005771/2020-60	08700.002297/2021-03	08700.001462/2022-82
08700.005173/2021-71	08700.000426/2021-11	08700.001379/2022-11
08700.004063/2020-10	08700.000292/2021-38	08700.000404/2022-31
08700.004015/2021-02	08700.006922/2021-88	08700.000126/2022-12
08700.003978/2021-81	08700.006853/2021-11	
08700.003993/2021-29	08700.006682/2021-11	
08700.003774/2021-40	08700.006621/2021-54	

População dos ACs analisados e decididos pelo Tribunal do CADE

08700.008578/2014-32	08700.004163/2017-32	08700.009363/2015-10
08700.000137/2015-73	08700.002165/2017-97	08700.009988/2014-09
08700.012594/2015-19	08700.001097/2017-49	08700.007553/2016-83
08700.005911/2018-85	08700.005972/2018-42	08700.006444/2016-49
08700.003528/2020-15	08700.005705/2018-75	08700.006185/2016-56
08700.009732/2014-93	08700.004494/2018-53	08700.002155/2017-51
08700.009731/2014-49	08700.003244/2019-87	
08700.008607/2014-66	08700.001206/2019-90	
08700.006567/2015-07	08700.002592/2020-71	
08700.005719/2014-65	08700.002346/2019-85	
08700.004185/2014-50	08700.001692/2019-46	
08700.001437/2015-70	08700.001227/2020-49	
08700.010790/2015-41	08700.001226/2020-02	
08700.010266/2015-70	08700.000827/2020-90	
08700.003462/2016-79	08700.005598/2020-08	
08700.002792/2016-47	08700.003553/2020-91	
08700.005937/2016-61	08700.003307/2020-39	
08700.004860/2016-11	08700.002569/2020-86	
08700.004211/2016-10	08700.001846/2020-33	
08700.001642/2017-05	08700.000149/2021-46	
08700.001390/2017-14	08700.005053/2021-74	
08700.008483/2016-81	08700.004426/2020-17	
08700.007777/2017-76	08700.003654/2021-42	
08700.004431/2017-16	08700.000726/2021-08	