

UnB – Universidade de Brasília
FD – Faculdade de Direito

**COMO IDENTIFICAR UM ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE
EXCLUSIONÁRIO?**

Uma tentativa de contribuição ao debate acerca do “teste único”

Paulo Henrique de Alcântara Ramos

Matrícula: 09/14231

Brasília, 19 de julho de 2013

UnB – Universidade de Brasília
FD – Faculdade de Direito

**COMO IDENTIFICAR UM ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE
EXCLUSIONÁRIO?**

Uma tentativa de contribuição ao debate acerca do “teste único”

Paulo Henrique de Alcântara Ramos

Trabalho de conclusão de curso apresentado
como requisito parcial à obtenção do título de
bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da
Universidade de Brasília – UnB

Orientador: Prof. Voluntário Francisco Todorov

Brasília, 19 de julho de 2013

TERMO DE APROVAÇÃO

PAULO HENRIQUE DE ALCÂNTARA RAMOS

COMO IDENTIFICAR UM ABUSO DE POSIÇÃO DOMINANTE EXCLUSIONÁRIO?

Uma tentativa de contribuição ao debate acerca do “teste único”

Trabalho de conclusão de curso aprovado como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília, pela seguinte banca examinadora:

Francisco Ribeiro Todorov
Professor Voluntário e Orientador

Ana de Oliveira Frazão
Professora Doutora e Examinadora

César Costa Alves de Mattos
Doutor e Examinador

Hércules Alexandre da Costa Benício
Mestre e Examinador Suplente

RESUMO

Partes significativas da prática e da doutrina do direito da concorrência são voltadas à aplicação do ilícito chamado abuso de posição dominante, em especial dos abusos unilaterais e exclusionários – i.e. abusos que se dão por meio de prejuízos gerados pelo agente dominante aos seus concorrentes. Todavia, uma vez que, mesmo num ambiente competitivo, competidores buscam prejudicar uns aos outros a fim de aumentarem seus lucros, a tarefa de distinguir entre condutas que prejudicam competidores de forma legítima e ilegítima não é fácil. Extensos e profundos debates já foram realizados na tentativa de se desenvolver um teste único capaz de identificar quais condutas exclusionárias seriam ilícitas e quais seriam legítimas, porém ainda não houve consenso em relação a nenhuma proposta. O objetivo deste trabalho foi revisitar esses debates e revisitar a discussão sobre qual o bem jurídico deve ser protegido de forma direta pelo direito da concorrência para, ao final, poder operacionalizar um teste único que espero seja capaz de contribuir para o debate acerca de identificação de condutas exclusionárias ilícitas.

PALAVRAS-CHAVE: abuso de posição dominante; conduta exclusionária; teste único; cinco forças de Porter; *no economic sense test*; *consumer welfare test*; teste do competidor hipotético igualmente eficiente; direito da concorrência; antitruste.

Sumário

Introdução	7
Capítulo 1 – Introdução ao Abuso de Posição Dominante.....	10
Capítulo 2 – Qual bem jurídico deve ser protegido pelo direito da concorrência?	13
2.a – O bem jurídico protegido pelo direito da concorrência deve ser o funcionamento adequado das forças de mercado	13
2.a.1 – O que é a Maximização do Bem-Estar Econômico Social?	14
2.a.2 – O que são e como atuam as forças de mercado (livre concorrência)?.....	16
2.a.3 – Por que proteger o funcionamento adequado das forças de mercado?.....	18
2.b – Por que o bem jurídico não é o “bem-estar do consumidor”?.....	20
2.b.1 – Escola de Chicago	21
2.b.2 – Bem-estar do consumidor no sentido literal.....	22
Capítulo 3 – Revisão da literatura – Avaliação dos testes propostos pela doutrina para identificar condutas exclusionárias.....	24
3.a – No economic sense test	24
3.a.1 – Essência do teste.....	24
3.a.2 – Prós e Contras.....	25
3.a.3 – Protege o Funcionamento Adequado das Forças de Mercado?.....	27
3.b – Consumer welfare test.....	28
3.b.1 – Essência do teste.....	28
3.b.2 – Prós e Contras.....	29
3.b.3 – Protege o Funcionamento Adequado das Forças de Mercado?.....	31
3.c – Teste do Competidor Hipotético Igualmente Eficiente (Teste CHIE).....	33
3.c.1 – Essência do teste.....	33
3.c.2 – Prós e Contras.....	33
3.c.3 – Protege o Funcionamento Adequado das Forças de Mercado?.....	34
Capítulo 4 – Revisão da Experiência Estrangeira – Estados Unidos (EUA) e União Europeia (UE)...	36
4.a – EUA – DOJ Section 2 Report.....	36
4.a.1 – Legislação Aplicável e Razões para a Revisão.....	36
4.a.2 – Section 2 Report	38
4.b – União Europeia – Guidance Paper	41
4.b.1 – Legislação Aplicável e Razões para a Revisão	41
4.b.2 – Guidance Paper	43

Capítulo 5 – Proposta de Teste Único	46
5.a – Operacionalização do teste CHIE.....	46
5.a.1 – Teste Elhauge	46
5.a.2 – Proposta de Teste.....	48
5.b – Qual o papel do requisito de posição dominante?	53
5.c – Qual o papel da defesa com base em eficiências compensatórias?	55
Capítulo 6 – O Cenário Brasileiro.....	57
6.a – Anexos I e II da Resolução nº 20/99 do CADE	57
6.b – Casos Emblemáticos	58
6.b.1 – Fixação de Preços Mínimos de Revenda – Caso SKF	59
6.b.2 – Introdução de Novo Produto e Aumento de Custos dos Rivais – AmBev Garrafas I e II.	62
6.b.3 – Descontos de Exclusividade – AmBev Tô Contigo	64
6.b.4 – Exclusividade – Caso CRT	66
6.b.5 – <i>Bundling</i> – Steel Placas	68
6.c – Impacto na prática brasileira	70
Conclusão.....	72
Referências Bibliográficas	74
Doutrina.....	74
Documentos Oficiais.....	76
Documentos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica.....	76

Introdução

Entre 2007 e 2008 a AmBev (Companhia de Bebidas das Américas) lançou – em apenas dois estados – garrafas de cerveja de 630 ml que carregavam a sua logo e, por isso, não poderiam ser reutilizadas por seus concorrentes tal como as garrafas comuns. Em meados de 2008, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), num juízo liminar, proibiu que a AmBev estendesse o uso dessas garrafas aos demais estados até o deslinde do processo, pois essa extensão seria provavelmente ilícita e seus efeitos irreversíveis. (PRADO, 2008)

O processo acima não chegou a uma decisão final de mérito. Por meio de acordo, a AmBev se comprometeu a retirar as garrafas do mercado (RAGAZZO, 2010). Todavia, já em 2009, a AmBev iniciou a comercialização de garrafas retornáveis de 1 litro (o “Litrão”), sendo que essas também tinham a logo AmBev e, portanto, não poderiam ser reutilizadas pelos concorrentes. Novamente o CADE recebeu reclamações contra a empresa, porém o resultado foi diferente. Em 2012, o CADE decidiu que a introdução do Litrão e a “recusa em compartilhá-lo” não seriam ilícitas (RAGAZZO, 2012).

Ainda envolvendo a AmBev, em meados de 2009 o CADE condenou o Programa “Tô Contigo” (tal como vinha sendo praticado), por meio do qual a empresa oferecia descontos e vantagens aos pontos de venda, em contrapartida à compra de maiores volumes de cervejas AmBev. Segundo o CADE, tais descontos seriam ilícitos, pois impediam os concorrentes de exercerem rivalidade. (FURLAN, 2009) Anos antes, porém, o CADE analisou acusação de que a Microsoft oferecia descontos substanciais a distribuidores, relacionados ao volume de produtos da empresa distribuído por eles. A investigação foi rasa, e a Microsoft absolvida, pois havia muitos distribuidores no mercado para os concorrentes (ANDRADE, 2002), análise esta que não foi feita no caso da AmBev (GERADIN; NETO, p. 35-37).

O que todas essas decisões têm em comum? Todas tratam do ilícito chamado abuso de posição dominante; mais especificamente da categoria de abusos chamados de exclusionários. O abuso de posição dominante é um dos tipos ilícitos criados pelo direito da concorrência para proteger a livre concorrência. O termo pode referir-se a diversos tipos de práticas comerciais de uma empresa, mas é mais comumente utilizado para se referir àquelas práticas que causam ou podem causar algum prejuízo aos concorrentes da empresa que a pratica e, com isso, prejudicar a livre concorrência. Daí também serem chamadas de condutas

exclusionárias – no sentido de que prejudicam e/ou excluem os concorrentes do mercado, gerando, assim, prejuízo à livre concorrência.

Todavia, identificar que práticas comerciais de uma empresa são abusivas, ou não, não é tarefa fácil. Por exemplo, por que a introdução de uma garrafa de 630 ml foi considerada potencialmente ilícita, levando a que a empresa retirasse-a do mercado, mas não a introdução do Litrão? Porque o oferecimento de descontos – i.e. menores preços – foi considerado ilícito no caso da AmBev, mas não no da Microsoft? O que exatamente fez com que algumas dessas práticas fossem consideradas abusivas, e outras não?

Tais questões estão entre as mais controversas do direito da concorrência, no Brasil e no mundo. Não há consenso sobre os traços essenciais de uma conduta exclusionária abusiva e, conseqüentemente, sobre como identificá-la num caso concreto. A principal razão para isso é que, mesmo num ambiente competitivo, concorrentes tem por objetivo prejudicar uns aos outros. Seja conquistando consumidores por meio de produtos melhores e/ou mais baratos, seja contratando com os melhores distribuidores desses produtos por meio de contratos exclusivos e/ou descontos, a luta entre concorrentes no mercado é fator corriqueiro e, dificilmente, seria considerada anticompetitiva em todo e qualquer caso. Condutas exclusionárias abusivas e legítimas se parecem (EASTERBROOK, 2003, p. 345) – e, com a criatividade empresarial, a cada nova conduta surge uma nova dúvida sobre se a prática é mera decorrência do processo competitivo ou se visa prejudicá-lo.

Demonstra a controvérsia o fato de que a doutrina vem debatendo, já há algum tempo, acerca da possibilidade de desenvolver-se um teste único e capaz de distinguir, de forma adequada e em qualquer caso, práticas comerciais legítimas de práticas comerciais abusivas. Diversas propostas de testes surgiram em artigos acadêmicos e o debate entre os autores foi intenso. Ao final, contudo, as autoridades acabaram por optar pelo desenvolvimento de diversos testes específicos, cada um voltado a endereçar as peculiaridades de um determinado tipo comum de conduta.

Esse é o estado em que nos encontramos hoje. Dada a ausência de um teste único que seja aceito pela doutrina para identificar quando uma prática comercial deve ser considerada abusiva, grande parte do debate relacionado à licitude de determinadas práticas comerciais se dá em torno de qual dos testes específicos deve ser aplicado. Quanto mais nova uma prática, maior o debate. Por exemplo, há variações de testes para contratos de exclusividade, descontos vinculados a volume e preços predatórios. O programa Tô Contigo, a princípio, possui características de todos esses três tipos de práticas. Mas qual teste aplicar? A escolha pode ser determinante do resultado da análise de licitude do programa. O problema é ainda

mais evidente para os casos das garrafas de 630 ml e de 1l. Não há sequer um teste específico para esse tipo de prática comercial.

Tal estado de coisas não pode ser adequado. A aplicação da lei sem um teste abrangente pode levar a discussões excessivamente formalísticas sobre qual o teste deve ser aplicado e não sobre os efeitos da conduta. Assim, aumenta-se o risco de que práticas com efeitos idênticos, mas com formas de implementação distintas, recebam tratamento distinto¹. Por esse motivo, este trabalho entende que é importante revisitar as discussões em torno das propostas da doutrina para um teste único capaz de identificar condutas abusivas exclusionárias. O intuito é, ao final, propor um teste único que enderece os problemas dos testes anteriores. Assim, espero contribuir para o debate acerca da possibilidade de desenvolver-se esse teste único e para a aplicação mais coerente do direito da concorrência.

Para atingir esse objetivo, o trabalho será dividido em seis capítulos. No **primeiro capítulo**, exporei o que é o chamado abuso de posição dominante, mais especificamente o abuso exclusionário, objeto do teste. Uma vez que um teste adequado deve estar de acordo com o bem jurídico protegido pelo direito da concorrência, o **segundo capítulo** exporá o que entendo deva ser o bem jurídico protegido pelo direito da concorrência brasileiro. O **terceiro capítulo** exporá algumas propostas de teste único desenvolvidas pela doutrina e avaliará se elas conseguem proteger o bem jurídico do direito da concorrência, tal como exposto no capítulo anterior; de forma similar, o **capítulo quarto** exporá os testes atualmente adotados pelas jurisdições dos EUA e da União Europeia e avaliará se protegem de forma adequada esse bem jurídico. Tendo em vista o cenário montado até então, o **capítulo quinto** trará a proposta de teste que este trabalho entende mais adequada. Por fim, o **capítulo sexto** analisará os testes aplicados pelo CADE em alguns casos selecionados e exporá o resultado que seria atingido caso fosse aplicado o teste aqui proposto. Ao final, a **conclusão** sintetiza as contribuições que esse trabalho espera realizar para o desenvolvimento da área.

¹ Ver, nesse sentido, “*When the outcome depends on the pigeonholes, then one winds up litigating about legal characterization, not policy. Asking silly questions one may well get silly answers – or, at best, waste a lot of time getting past the silliness. The concern is real, not academic. In LePage’s the defendant went down in flames contending, to the bitter end, that the case was really a predatory pricing case, not about something different and special called bundling. In Dentsply the Antitrust Division nudged the envelope to get the courts to see the behavior as ‘exclusive dealing’- where it won - and not ‘refusal to deal’ where it might have lost.*” (DAVIS, 2008-2009, p. 48). **Tradução livre:** “Quando o resultado depende de compartimentos, então acaba-se por litigar sobre a qualificação jurídica, e não sobre a política pública. Fazendo perguntas tolas, pode-se também obter respostas tolas - ou, na melhor das hipóteses, perder muito tempo com a tolice. A preocupação é real, não acadêmica. Em LePage, o réu disputou, até o fim, que o caso era realmente um caso de preços predatórios, não algo diferente e especial chamado *bundling*. Em Dentsply, a Divisão Antitruste se esforçou para fazer com que os tribunais vissem o comportamento como exclusividade, onde ganhou - e não como recusa de negociar, onde poderia ter perdido.”.

Capítulo 1 – Introdução ao Abuso de Posição Dominante

Uma vez que o tema deste trabalho está ligado ao chamado abuso de posição dominante, é preciso deixar claro, desde o início, o que se entende por abuso de posição dominante.

As condutas consideradas ilícitas sob o ponto de vista do direito da concorrência podem ser divididas em duas grandes categorias: abusos de posição dominante e condutas concertadas² (POSNER, 2001, p. 3-4). Abuso de posição dominante é o termo utilizado para se referir a condutas ilícitas praticadas por um agente econômico detentor de posição dominante; elas são, na maioria, unilaterais. A categoria de condutas concertadas, por sua vez, incluiria diversos tipos de acordos - entre concorrentes ou não - em prejuízo à concorrência, tais como cartéis e boicotes³. Cabe aqui uma ressalva, contudo. A doutrina desenvolvida no âmbito do direito concorrencial europeu divide os abusos de posição dominante entre abusos “exploradores” e “exclusionários”. Os primeiros seriam condutas cujo objetivo é prejudicar o consumidor diretamente (e.g. por meio da cobrança de preços abusivos); e os abusos exclusionários teriam como objetivo prejudicar o consumidor de forma indireta, ao causar prejuízo ou excluir um competidor do mercado (JONES; SUFRIN, 2010, p. 531) (CE, 2009, §7). Este trabalho analisa apenas os abusos exclusionários.

O próprio nome indica que o abuso de posição dominante exclusionário é constituído por dois elementos principais: um (i) agente detentor de posição dominante, que pratica um (ii) ato exclusionário abusivo.

Sob o ponto de vista do direito concorrencial, ato abusivo exclusionário é qualquer ato que possa produzir efeitos anticompetitivos. O que são esses efeitos anticompetitivos, e como

² Note-se que essa é, inclusive, a divisão adotada por legislações de jurisdições como EUA e União Europeia, cujas legislações principais possuem dois dispositivos: um dispositivo voltado apenas para condutas concertadas e outro apenas para condutas de agentes detentores de posição dominante, as quais são, em geral, unilaterais. (Ver Capítulo 4)

³ É verdade que alguns tipos de acordos podem ser interpretados, ao mesmo tempo, como uma ação concertada e como um abuso de posição dominante, caso envolva um agente em tal posição. Esse é, tipicamente, o caso de restrições verticais, as quais são, por vezes, implementadas por meio de contratos entre fabricantes e distribuidores. Por exemplo, acordos de exclusividade entre produtores e distribuidores são comumente analisados como ação unilateral, enquanto acordos de fixação de preço de revenda entre os mesmos agentes são comumente tratados como condutas concertadas (ver, nesse sentido, a ausência do último tipo de conduta nos guias publicados por autoridades estrangeiras acerca de condutas unilaterais – DOJ, 2008 e CE, 2009). Apesar de tratar-se de um tema controverso (ROUSSEVA, 2010, p. 460-473), não é o objetivo deste trabalho endereçar o problema de como diferenciar condutas unilaterais de condutas concertadas. Para fins desse trabalho, todas as condutas mencionadas são analisadas apenas enquanto condutas unilaterais. Ao mais, uma vez que a legislação brasileira não diferencia entre condutas unilaterais e concertadas, seria irrelevante para o resultado de uma análise de licitude de uma restrição vertical a sua classificação como unilateral ou concertada. O único propósito deste trabalho ao indicar essas duas categorias é excluir do escopo do trabalho condutas exclusionárias que envolvam colusão horizontal, tais como boicotes e cartéis.

identificá-los, é uma questão controversa; e, justamente por isso, é também o tema que esse trabalho busca endereçar.

Um agente com posição dominante é um agente que detém certa independência em relação às pressões competitivas do mercado (JONES; SUFRIN, 2010, p. 285). Isso é expresso, em geral, com referência à sua habilidade de controlar preços e excluir competidores⁴ – i.e. de realizar ações que um agente econômico num ambiente perfeitamente competitivo não conseguiria realizar⁵. Também há alguma controvérsia sobre o significado dessa habilidade de “controlar preços e excluir competição” e como identificá-la (KLEIN, 1993, p. 78) (ELHAUGE, 2003-a, p. 334-337). Todavia, o tema só será analisado por este trabalho na medida em que se relaciona ao conceito de conduta abusiva exclusionária.

Ademais, a exigência da posição dominante não é clara na legislação brasileira. Isso porque uma leitura literal do Artigo 36⁶ da Lei nº 12.529/2011 (atual lei de defesa da concorrência) indica que qualquer ato capaz de prejudicar a livre concorrência (i.e. abusivo) seria ilícito, independentemente da existência de posição dominante. Essa controvérsia também será trabalhada aqui somente na medida em que se relaciona com o conceito de conduta abusiva exclusionária. Como será visto, independente do texto legal, o fato é que há uma ligação funcional entre posição dominante e conduta abusiva exclusionária – i.e. a identificação da anticompetitividade de uma conduta dependerá sempre da detenção de certa medida de dominância pelo agente que a pratica.

Para além da posição dominante e dos efeitos anticompetitivos, parte da doutrina defende a existência de uma defesa capaz de tornar lícita uma conduta anticompetitiva: a existência de eficiências capazes de compensar tais efeitos anticompetitivos (POSNER, 2001,

⁴ “We begin with the authoritative judicial definition of market power set forth in *Cellophane* [United States v. E.I. du Pont de Nemours & Co., 351 U.S. 377, 391 (1956)]: ‘the power to control prices or exclude competition’...” (LANDES; POSNER, 1981, p. 977) **Tradução livre:** “Começamos com a definição judicial de poder de mercado estabelecida no caso do Celofane [United States v EI du Pont de Nemours & Co., 351 EUA 377, 391 (1956)]: ‘o poder de controlar os preços ou excluir a concorrência’”

⁵ “A simple economic meaning of the term “market power” is the ability to set price above marginal cost. Under perfect competition, price equals marginal cost, so if a firm’s price is above its marginal cost, the implication is that the firm does not face perfect competition, i.e., that it has at least some market power.” (LANDES; POSNER, 1981, p. 939). **Tradução livre:** “Um significado econômico simples do termo “poder de mercado” é a capacidade de colocar o preço acima do custo marginal. Na concorrência perfeita, o preço é igual ao custo marginal, por isso, se o preço de uma empresa é acima de seu custo marginal, a implicação é que a empresa não enfrenta concorrência perfeita, ou seja, que ele tem pelo menos algum poder de mercado.”

⁶ Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, **que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos**, ainda que não sejam alcançados: **I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa**; **II - dominar mercado relevante de bens ou serviços**; **III - aumentar arbitrariamente os lucros**; e **IV - exercer de forma abusiva posição dominante.**

p. 194-195) (BORK, 1993, p. 107-115)⁷. De todo modo, em decorrência do conceito de conduta exclusionária abusiva que desenvolverei no decorrer do trabalho, entendo que essa defesa não deve ser aplicável, sendo suficiente para caracterizar a ilicitude de uma prática o fato de ela prejudicar o funcionamento adequado das forças de mercado. Esse posicionamento será explicado no Capítulo 5.

Em suma, para fins deste trabalho, os elementos do tipo ilícito abuso de posição dominante podem ser descritos como: (i) posição dominante; (ii) conduta exclusionária abusiva.

Com visto na introdução, a identificação do requisito (ii) é um dos pontos mais controversos do direito da concorrência atualmente. Acredito que o primeiro passo no sentido do desenvolvimento de um teste capaz de identificar quando uma prática comercial cumpre esse requisito seja revisitar os fundamentos do direito da concorrência. Ou seja, o primeiro passo deve ser a identificação clara do bem jurídico protegido pela vedação de condutas exclusionárias. Com maior clareza acerca do bem jurídico protegido, acredito que alguma luz poderá ser lançada sobre qual o critério adequado para identificar prejuízos a esse bem jurídico, facilitando assim o desenvolvimento de um teste único e adequado – esse é o objeto do próximo capítulo.

⁷ Há alguma controvérsia sobre se seria ônus da autoridade provar a inexistência de eficiências compensadoras, ou se seria uma defesa afirmativa (i.e. à parte caberia o ônus de provar que sua conduta gerou eficiências a ponto de compensá-los, o que justificaria torná-la lícita). Todavia, conforme será demonstrado no capítulo 5, entendo que, uma vez constatado o prejuízo ao bem jurídico (tal como exposto no capítulo 2), não deveria ser possível alegar uma defesa com base em eficiências. Assim, a discussão sobre de quem deve ser o ônus não será tratada, pois estaria prejudicada.

Capítulo 2 – Qual bem jurídico deve ser protegido pelo direito da concorrência?

O objetivo deste capítulo é identificar, de forma clara, qual o bem jurídico protegido pelo direito da concorrência. Retornando aos fundamentos, espero ser possível lançar luz sobre o problema principal do trabalho, i.e.: como identificar condutas exclusionárias abusivas? Para isso, o capítulo será dividido em duas partes.

(a) Num primeiro momento, procurarei explicar e defender a tese de que o bem jurídico protegido pelo direito da concorrência deve ser o funcionamento adequado das forças de mercado que promove eficiências alocativa e produtiva (i.e. promove a maximização do bem-estar econômico da sociedade). Explicarei porque, ainda que o objetivo final do direito da concorrência seja a maximização do bem-estar social, a melhor maneira de fazê-lo de é por meio da proteção do funcionamento adequado das forças de mercado e não por meio de uma análise de efeitos líquidos sobre o bem-estar social num dado momento (que chamarei de "proteção ao bem-estar social diretamente").

(b) Ao final, exporei as razões pelas quais acredito que as teorias hoje mais aceitas sobre o bem jurídico protegido pelo direito da concorrência – as quais identificam no bem-estar do consumidor (seja na concepção literal, seja na concepção da escola de Chicago) o bem jurídico a ser protegido diretamente – são inadequadas.

2.a – O bem jurídico protegido pelo direito da concorrência deve ser o funcionamento adequado das forças de mercado

Pode-se dizer que o fundamento constitucional do direito da concorrência no Brasil é a inclusão da “livre concorrência” e da “livre iniciativa”⁸ como princípios da ordem econômica (Art. 170, “IV” e Art. 173, §4º).

Entendo que, ao proteger tais princípios, o constituinte nada mais fez do que proteger o modo de funcionamento das forças de mercado (a livre concorrência) que presumiu mais benéfico ao bem-estar econômico da sociedade. E seria o mais benéfico porque seria o mais

⁸ Inclusive, o Art. 1º lista a livre iniciativa como um dos fundamentos do estado brasileiro. De todo modo, entendo que, para fins do direito da concorrência, livre iniciativa e livre concorrência referem-se, na verdade, a uma coisa só: um ambiente de mercado em que as decisões econômicas sejam tomadas, em regra, difusamente pelos agentes privados de mercado.

apto a maximizar esse bem-estar. Consequentemente, entendo que o bem jurídico que deve ser protegido pelo direito da concorrência é a manutenção do funcionamento das forças de mercado de tal forma que seja capaz de promover a maximização do bem-estar econômico social: o que chamarei de "funcionamento adequado das forças de mercado". Assim, para expor e defender a minha visão do bem jurídico que deve ser protegido pelo direito da concorrência, exporei a seguir: (1) o que entendo ser maximização de bem-estar econômico social (de forma a deixar claro porque esse é o resultado esperado pelo constituinte com a proteção da livre concorrência e da livre iniciativa); e (2) o que são e como atuam essas forças de mercado que maximizam o bem-estar econômico da sociedade (para que seja possível identificar quando seu funcionamento não está adequado, em virtude de uma violação à lei de defesa da concorrência).

(3) Ao final desta parte, exporei as razões pelas quais entendo que o foco do direito da concorrência deve ser a proteção do funcionamento dessas forças de mercado e não diretamente o próprio resultado que se espera delas (bem-estar social econômico).

2.a.1 – O que é a Maximização do Bem-Estar Econômico Social?

A maximização do bem-estar econômico social é medida pela eficiência de uma sociedade na produção de bens e serviços - i.e. pela eficiência da sua organização de mercado. E tal bem-estar é usualmente medido por meio do que se chamam eficiências alocativa e produtiva. Assim, nesta seção, explicarei o que são eficiências alocativa e produtiva.

Eficiência é um conceito econômico utilizado para avaliar a capacidade de uma sociedade de maximizar os ganhos econômicos gerados pela produção de bens e serviços. Grosso modo, pode-se dizer que a análise econômica divide a sociedade em duas categorias básicas de agentes econômicos – consumidores e produtores. Uma sociedade eficiente seria, então, aquela em que a organização da produção de bens e serviços fosse capaz de maximizar a soma dos ganhos derivados por produtores e consumidores de sua participação no sistema de produção. Ou seja, o parâmetro para se avaliar a eficiência econômica de uma sociedade é a diferença entre o valor que os consumidores derivam dos bens e serviços consumidos menos o custo de produção destes bens e serviços⁹. O resultado é o que chamarei de bem-estar social

⁹ Mankiw chega a essa equação de bem-estar social após constatar que a soma do valor derivado pelo consumidor (= reserva de preço – preço efetivamente pago) com o valor derivado pelo produtor (= preço efetivamente recebido – custo de produção) resulta no cancelamento do preço pago pelo produto, sendo que o bem-estar social total pode ser obtido pela diferença entre o preço de reserva do consumidor e o custo de produção (2008, p. 147-153). A intuição pode detrás disso é clara: o preço cobrado sinaliza apenas a divisão do

e um sistema de produção será tão mais eficiente quanto maior for sua capacidade de aumentar esse bem-estar.

Ambas as eficiências alocativa e produtiva estão ligadas a esse conceito de bem-estar social. A eficiência alocativa está ligada à alocação de recursos para a produção dos bens e serviços mais valorizados pelos consumidores, de forma a maximizar o primeiro elemento da equação do bem-estar social. O termo refere-se ao alinhamento entre os incentivos de produtores e consumidores de tal forma que o sistema de produção produza todos os bens cujos custos de produção sejam inferiores ou iguais ao valor que o bem gera para o consumidor. Consequentemente, o resultado é que não há desperdício de recursos, pois toda a troca capaz de maximizar a equação do bem estar social é efetivamente realizada.

Já a eficiência produtiva está ligada à organização da produção para que os bens mais desejados pela sociedade sejam produzidos com a menor quantidade de recursos possíveis, reduzindo os custos de produção (segundo termo da equação do bem-estar social) (BORK, 1993, p. 104-106). Ao mesmo tempo, a eficiência produtiva libera recursos escassos para que outros bens sejam produzidos – resultando num aumento do primeiro termo da equação.

Em suma, eficiência alocativa e eficiência produtiva são dois lados de uma mesma medida: a medida do bem-estar econômico de uma sociedade. Assim, não é surpresa que muitos avaliem a legalidade de uma conduta (sob o ponto de vista do direito da concorrência) pelo seu resultado em termos de eficiências alocativa e produtiva. Isso equivale a entender que o objetivo do direito da concorrência é proteger diretamente o resultado esperado do funcionamento das forças de mercado, e não proteger tal resultado por meio da proteção ao adequado funcionamento dessas forças. Como explicarei mais adiante, dada a dificuldade de se avaliar precisamente os resultados de uma conduta, entendo que essa abordagem é inadequada, e seria melhor proteger o funcionamento adequado das forças de mercado, pois assim garante-se que o resultado não será inviabilizado. Agora, para facilitar a elaboração de um teste capaz de identificar condutas exclusionárias ilícitas (objetivo do trabalho), a seção seguinte exporá como as forças de mercado geram eficiências alocativa e produtiva – i.e. como funcionam quando funcionam adequadamente.

valor gerado na produção daquele bem, sendo que, para o direito da concorrência, o que interessaria seria não essa divisão do bolo, mas sim o tamanho do bolo. (BORK, 1993, Cap. 3)

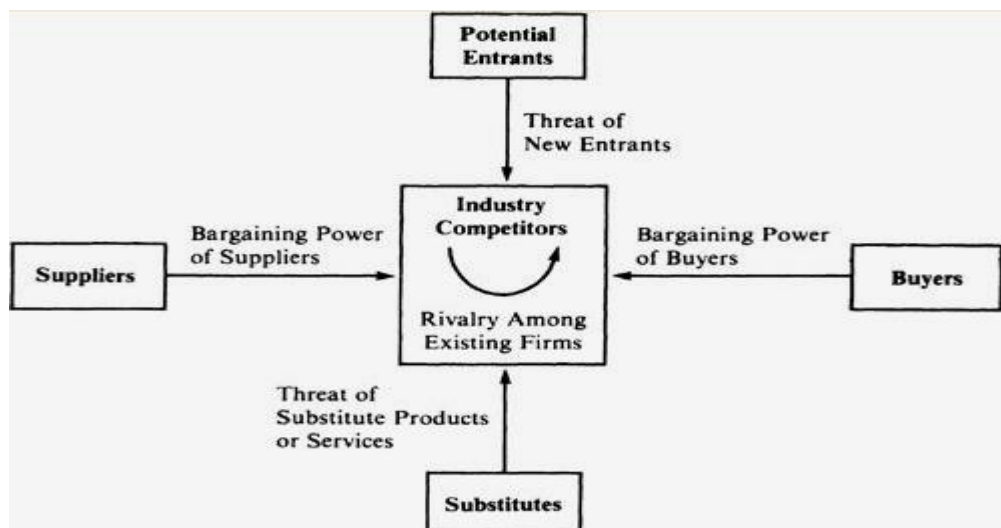
2.a.2 – O que são e como atuam as forças de mercado (livre concorrência)?

Para explicar o que são essas forças de mercado e como elas atuam, partirei do trabalho desenvolvido por Michael Porter no âmbito da literatura de administração de empresas¹⁰. O autor desenvolveu um modelo para que os empresários possam analisar as condições de mercado na indústria em que atuam e decidir que ações e estratégias devem adotar. O modelo consiste, essencialmente, em dividir as pressões do mercado atuantes sobre a empresa em cinco forças competitivas, explicando ao empresário como cada uma delas funciona e como ele deve reagir a elas para se manter competitivo. Assim, entendo que essa exposição analítica das forças de mercado poderá me ser útil (i) agora, para entender como as forças de mercado funcionam e podem maximizar bem-estar social; e, (ii) também, mais à frente, no desenvolvimento de um teste capaz de identificar quando o funcionamento adequado das forças de mercado foi prejudicada por alguma prática comercial¹¹.

As cinco forças competitivas do modelo analítico de Porter são comumente representadas na figura abaixo (PORTER, 2008, Capítulo 1).

¹⁰ Trata-se de professor da escola de administração de empresas de Harvard, com destaque na área de análise de estratégias competitiva das empresas. Justamente por isso, ele é diversas vezes citado em conexão ao direito da concorrência, tendo inclusive já contribuído diretamente para a área. Nesse sentido, pode-se dizer que “*Michael Porter comes out of an industrial organization economics background, reoriented to business scholarship and client consulting. Basically, Porter's career was built upon the trick of turning standard industrial organization economics inside out. For example, if industrial organization economics taught that entry barriers keep out competition, Porter taught that entry barriers are what a firm should try to utilize to maximize its competitive advantage, and he elaborated strategies for doing this.*” (FOER, 2003, p. 26-27) **Tradução livre:** “Michael Porter vem da área da economia voltada à organização industrial, reorientado para a administração de empresas e para a consultoria a clientes. Basicamente, a carreira de Porter foi construída sobre o truque de virar do avesso a economia da organização industrial padrão. Por exemplo, se a economia da organização industrial ensinou que barreiras à entrada mantém a concorrência, Porter ensinou que as barreiras de entrada são o que uma empresa deve tentar utilizar para maximizar sua vantagem competitiva, e ele elaborou estratégias para fazer isso.”

¹¹ Justamente por causa desse segundo ponto é que optei por utilizar esse modelo, ao contrário dos modelos ideais de concorrência perfeita e monopólio comumente utilizados pela doutrina do direito da concorrência.



Não é difícil entender como essas forças competitivas pressionam a lucratividade da indústria e, ao mesmo tempo, contribuem para a maximização do bem-estar social. Por exemplo, a demanda dos consumidores e a pressão dos rivais, entrantes e substitutos, ao determinar o nível de lucratividade de cada indústria, faz com que os recursos escassos da sociedade sejam atraídos para as indústrias onde gerarão mais valor (e sejam atraídos na ordem na medida em que demandados pela sociedade). Em outras palavras, a concorrência entre produtores, entrantes e substitutos para satisfazer a demanda do consumidor faz com que os produtores produzam o que a sociedade demanda, na quantidade que demanda e na ordem em que demanda – aumentando o primeiro termo da equação e gerando eficiência alocativa.

Mas apenas parte desse valor gerado pela indústria será internalizada pelos agentes produtores. A divisão entre produtores e consumidores do valor criado por um bem ou serviço dependerá das forças competitivas naquela indústria. Substitutos próximos, rivais, potenciais entrantes e consumidores exercem pressão para baixo sobre o preço que uma empresa é capaz de cobrar, diminuindo, assim, a sua parcela do valor gerado pelo bem; da mesma forma, o poder de barganha dos fornecedores aumenta os custos de determinado insumo para o produtor, transferindo valor a outro mercado – o do insumo. Assim, além de atrair recursos para a produção dos bens de maior valor para a sociedade, as forças competitivas pressionam os agentes produtores a buscarem novas práticas comerciais que sejam capazes de maximizar a parcela do valor gerado na indústria que é internalizada por eles (i.e. lucros).

Essas práticas comerciais podem, ou não, ser compatíveis com o funcionamento adequado das forças de mercado. Para dar um exemplo, um agente pode responder à pressão dos seus rivais tanto por meio de uma redução de custos para aumentar sua margem (eficiência produtiva), quanto por meio da destruição da fábrica de seu concorrente para evitar

que ele exerça pressão sobre seus preços. Num caso, a conduta parece claramente compatível com o funcionamento adequado das forças de mercado (já que está relacionada à maximização do bem-estar social) e, no outro, claramente incompatível (já que, ao contrário, destrói valor e pode impedir a rivalidade de atuar na maximização do bem-estar social).

O objetivo do presente trabalho é justamente propor um teste que seja capaz de diferenciar, mesmo em casos mais complicados que o exemplo acima, condutas do primeiro e do segundo tipo. De todo modo, essa análise só começará a ser feita a partir do próximo capítulo. No restante deste capítulo exporei as razões pelas quais entendo que o objetivo do direito da concorrência deve ser a maximização do bem estar social por meio da proteção ao adequado funcionamento das forças de mercado e não da proteção direta do bem-estar social.

2.a.3 – Por que proteger o funcionamento adequado das forças de mercado?

As razões pelas quais o funcionamento adequado das forças de mercado (i.e. a livre concorrência) maximizam o bem-estar social já foram explicadas acima. Nesta parte, limitar-me-ei a explicar porque a melhor forma de se atingir essa maximização do bem-estar social é por meio da proteção do funcionamento adequado das forças de mercado, e não por meio de uma avaliação direta do bem-estar social resultante de uma prática comercial num dado momento. E isso por uma razão que abaixo será mais bem explicada: os resultados de uma conduta em termos de bem-estar social são muito difíceis de identificar, tanto para as autoridades quanto para as empresas. Assim, focar a aplicação do direito nesse resultado levaria a decisões inadequadas, desincentivando condutas benéficas, ou absolvendo condutas que, no longo prazo, seriam prejudiciais à maximização do bem-estar social.

Em relação ao desincentivo a condutas benéficas, veja-se um exemplo concreto. A Microsoft já foi acusada de desenvolver uma variação de Java (linguagem utilizada para desenvolver softwares de computador) que resultava em softwares mais eficientes na sua plataforma, mas ineficientes nas plataformas concorrentes, tornando a competição entre as plataformas mais difícil. Em suma, o argumento de acusação seria que o valor gerado por essa variação de Java para o usuários de Windows não compensaria as perdas decorrentes da rivalidade prejudicada. Em outras palavras, a ineficiência alocativa gerada seria maior do que eventual eficiência produtiva. Todavia, punir essa conduta seria inadequado, pois (i) a variação de Java desenvolvida pela Microsoft só seria capaz de prejudicar os concorrentes na medida em que agradasse os consumidores, já que não era a única linguagem disponível e, caso fosse ruim, poderia ser trocada por outras; (ii) os concorrentes poderiam desenvolver

linguagens melhores e rivalizar; (iii) por fim, puni-la poderia desincentivar a que empresas desenvolvam novos produtos que tragam benefícios à sociedade. Nada obstante, não seria surpresa se alguns concluíssem que os resultados líquidos do lançamento do Java eram negativos - dado que, ao menos por algum tempo, essa linguagem poderia manter a lucratividade da Microsoft na sua plataforma acima do nível competitivo. Daí a inadequação de se enxergar como objetivo do direito da concorrência a proteção direta do bem-estar social resultante de uma prática num dado momento.

De forma similar, mesmo ações incompatíveis com as forças de mercado podem gerar alguns benefícios sociais imediatos. Por exemplo, pode-se imaginar uma conduta que gere uma redução de custos imediata capaz de fazer com que a empresa que a pratica diminua os preços até então vigentes, em vez de aumentá-los – mesmo que essa conduta elimine de forma significativa a rivalidade no mercado, e os potenciais entrantes e substitutos não sejam capazes de exercer pressão relevante. Mas, a longo prazo, esse prejuízo à rivalidade pode eliminar os incentivos do agente para tornar-se eficiente e, assim, impedir que o bem-estar social continue sendo maximizado, como era de se esperar do funcionamento adequado das forças de mercado - tendo em vista que potenciais entrantes e substitutos não são relevantes no exemplo¹². Por outro lado, alguém que veja a proteção direta do bem-estar social como objetivo do direito da concorrência provavelmente aprovaria essa prática, em virtude dos seus ganhos imediatos.

Em suma, o resultado de uma prática num dado momento nem sempre é facilmente identificável. Por outro lado, a manutenção do funcionamento adequado dessas forças sempre mantém os incentivos para que os agentes privados maximizem o bem-estar social. E eventuais prejuízos de curto prazo poderiam ser corrigidos pelo próprio funcionamento dessas forças.

Ao mesmo tempo, entendo que essa concepção de bem jurídico tem a vantagem de sinalizar que uma empresa bem sucedida não será punida se inovar e conseguir poder de mercado, somente porque uma autoridade entendeu que as eficiências da conduta não eram

¹² Contra essa posição, poder-se-ia alegar que esse exemplo muito provavelmente envolveria um monopólio natural, em que a produção por um monopolista é muito menos custosa do que por um mercado com mais de um agente produtor. Todavia, entendo que o mero fato de a indústria ser um monopólio natural não justifica a permissão de condutas exclusionárias que prejudiquem o funcionamento adequado das forças de mercado. As razões são duas. (i) Apesar de a rivalidade não trazer benefícios e as demais forças, no momento, serem pouco relevantes, isso não quer dizer que elas estão impossibilitadas de atuar – em verdade, entrantes inovadores poderiam desafiar a posição do monopolista, ameaçando conquistar todo o mercado, caso o primeiro não seja eficiente. Assim, seria melhor deixar que as forças de mercado decidam quem deve deter o monopólio natural, do que deixar que um agente o conquiste por meio de práticas prejudiciais às tais forças de mercado. (ii) Eventual prejuízo à atuação adequada das forças de mercado poderia ter o perverso efeito de perpetuar o monopólio natural, impedindo que avanços tecnológicos tornem o mercado competitivo.

suficientes para compensar as perdas alocativas. A punição dependeria dos meios que a empresa usou – i.e. se prejudicou ou não as forças de mercado.

Por fim, é preciso ressaltar que o bem jurídico protegido é o funcionamento adequado das forças de mercado como um todo e não um ou outro concorrente, ou uma ou outra força dentre as cinco de Porter¹³. Por exemplo, uma fusão que afete diretamente a rivalidade no mercado pode, ainda assim, (i) eliminar apenas um concorrente, e não prejudicar significativamente força da rivalidade, ou (ii) se prejudicar significativamente a força da rivalidade, pode não prejudicar o funcionamento das forças de mercado como um todo, pois a ameaça de potenciais entrantes, por exemplo, poderia ser capaz de estimular as empresas estabelecidas a se manterem eficientes.

Em todo caso, como dito acima, a estrutura analítica de Porter é útil para a identificação dos efeitos de uma ação sobre o bem jurídico que deve ser protegido pelo direito da concorrência. Sabendo as forças competitivas que atuam num mercado e a relevância de cada uma delas naquele caso, pode-se avaliar se uma conduta exclusionária (i) prejudica significativamente alguma das forças competitivas e (ii) se esse prejuízo é tal que impeça que o funcionamento das forças de mercado como um todo maximize o bem-estar social.

De certa forma, os aplicadores do direito da concorrência realizam exercício similar ao analisarem se determinada conduta pode resultar em aumento de poder de mercado (ou sua manutenção). Todavia, há uma diferença substancial entre as duas abordagens. Pela abordagem aqui defendida, não basta a verificação do poder de mercado, sendo é preciso que esse poder decorra de uma ação contrária ao adequado funcionamento das forças de mercado. Como identificar tais ações é justamente o objetivo de um teste único e o debate em relação ao qual espero poder contribuir por meio deste trabalho.

2.b – Por que o bem jurídico não é o “bem-estar do consumidor”?

Feita a exposição e a defesa do que considero ser o bem jurídico protegido pelo direito da concorrência, farei agora uma breve análise e crítica das duas outras concepções mais comuns acerca do que seja esse bem jurídico: a visão da chamada escola de Chicago (i) e a visão consumerista (ii).

¹³ Mesmo Porter, ao orientar os agentes econômicos a montarem cenários capazes de ajudar a prever a atuação dessas forças e assim ajudar na escolha da melhor estratégia a ser adotada, ressalta que nem todas as forças possuem o mesmo peso em todas as indústrias. O agente deve focar suas ações naquelas mais relevantes para o seu caso. (2008, Capítulo 1)

2.b.1 – Escola de Chicago

Apesar dos membros da chamada escola de Chicago terem posições variadas em relação às regras aplicáveis a casos concretos, pode-se dizer que a grande maioria – senão todos – compartilha da noção de que o bem jurídico protegido pelo direito da concorrência é o bem-estar do consumidor tal como exposto por Robert Bork em *The Antitrust Paradox* (POSNER, 2001, p. 28-29). Assim, tomarei aquela versão como representativa da posição identificada com a escola de Chicago, e mostrarei porque ela não é adequada.

Os legisladores norte-americanos expressaram a intenção de proteger a “concorrência” contra atos anticompetitivos quando criaram o *Sherman Act*¹⁴. Assim, para interpretar essa legislação, o primeiro passo de Bork foi analisar possíveis conceitos de “concorrência”. Dentre eles, o autor cita “rivalidade”, “fragmentação de produtores” e “liberdade de atuação no mercado”, rejeitando todos como inadequados aos objetivos da política pública pretendida pelo *Sherman Act*. Isso porque, além de inaplicáveis de forma coerente, esses objetivos redundariam, em muitos casos, em prejuízos ao consumidor final em prol dos agentes produtores, sem qualquer eficiência. Por isso, Bork propõe que, para fins da legislação, o termo “concorrência” deve ser interpretado como “*um estado de coisas em que o bem-estar do consumidor não possa ser aumentado por decisão judicial*” (1993, p. 61).

Apesar do nome, o que Bork identifica com o termo bem-estar do consumidor é antes o bem-estar social, tal como acima descrito (i.e., a soma dos ganhos dos consumidores e produtores), do que o bem-estar do consumidor no sentido literal. Isso fica claro pela própria exposição do bem jurídico feita pelo autor. Para Bork, o objetivo central do direito da concorrência deve ser a proteção da eficiência alocativa, evitando, contudo, que isso resulte em um prejuízo tão grande em termos de eficiência produtiva que o bem-estar social líquido resulte negativo (1993, p. 91).

Todavia, diferente da concepção aqui defendida, a escola de Chicago entende que o bem jurídico a ser protegido é o próprio resultado da atuação das forças de mercado. Já expus acima as razões pelas quais essa posição seria inadequada. Assim, abaixo, apenas exporei dois exemplos que mostram como a própria escola de Chicago comete erros ou entra em contradições justamente em virtude dessa inadequação.

(i) O primeiro exemplo seria a chamada teoria do monopólio único. Sua aplicação mostra como a concepção do bem jurídico de Chicago leva a que condutas que apenas

¹⁴ Ver capítulo 4.

mantêm o poder de monopólio de um agente – e não o aumentam – sejam negligenciadas, apesar de eliminarem os estímulos resultantes do funcionamento adequado das forças de mercado, que poderiam resultar em maximização da eficiência produtiva a longo prazo¹⁵.

A teoria é utilizada para demonstrar que condutas envolvendo relações verticais e complementares não podem prejudicar a concorrência, ainda que uma das empresas seja monopolista em um dos mercados. Dado que o monopolista não teria como aumentar seus preços com base num eventual “duplo monopólio”, os membros da escola tendem a presumir que condutas envolvendo tais relações verticais e/ou complementares são sempre – ou quase sempre – eficientes. Todavia, a teoria ignora que a eliminação da rivalidade no mercado competitivo e o aumento de barreiras à entrada no mercado monopolizado neutralizam duas das forças que poderiam fazer com que a atividade realizada nesses mercados se tornasse mais eficiente ainda. Mesmo que não haja ineficiência alocativa a curto prazo, no limite, essa percepção do bem jurídico poderia perpetuar o monopólio e, assim, impedir que haja eficiência produtiva a longo prazo.

(ii) Por fim, a escola entra em contradição ao defender que o resultado bem-estar social deve ser protegido diretamente. É inegável que a escola de Chicago não defende a punição do monopólio por si só, mas apenas quando resulta de condutas abusivas (BORK, 1993, p. 196-197). Todavia, isso pressupõe que o bem jurídico não poderia ser a proteção direta do bem-estar social, já que alguns monopólios, ainda que legítimos, poderiam resultar em ineficiências alocativas superiores a eventuais eficiências produtivas¹⁶.

2.b.2 – Bem-estar do consumidor no sentido literal

Essa concepção do bem-jurídico incorre no mesmo problema exposto acima - i.e., protege diretamente o resultado final do processo competitivo e não a atuação das forças de

¹⁵ Posner considera esse problema, porém alega que é incerta afirmação de que um Monopolista tem menos incentivos para ser eficiente do que uma empresa com competidores – ainda que admita a existência de alguma evidência no sentido de que a afirmação é correta. (2001, p. 19-21) Posner também reconhece que, em certos casos, uma conduta pode aumentar as barreiras à entrada, ainda que não gere uma redução imediata de bem-estar social. Mas também aqui o autor conclui que o efeito é incerto, pois maiores barreiras à entrada poderiam tanto atrasar entradas, quanto atrair entrantes em busca de maior lucratividade. (2001, p. 225-226)

¹⁶ É verdade que Bork alega que seria possível presumir que um monopólio legítimo, i.e., conquistado com base na maior eficiência do monopolista, sempre teria eficiências produtivas superiores às ineficiências alocativas, pois, do contrário, a entrada de novos agentes dissolveria o monopólio. (BORK, 1993, p. 196-197) Todavia, independente da correção dessa presunção essa forma de colocar o problema é circular, pois pressupõe que o aplicador já saiba quando um monopólio é legítimo. Justamente por isso é que entendo mais adequado considerar o bem jurídico como sendo o funcionamento adequado das forças de mercado do que o resultado bem-estar social. Assim, o foco pode ser colocado na questão relevante a ser resolvida (se o monopólio foi conquistado por meio de prejuízo às forças de mercado), ao invés de se recorrer a presunções circulares.

mercado. Ao mais, essa concepção entra em contradição ainda mais patente do que a escola de Chicago, pois monopólios legítimos com certeza causam prejuízos ao consumidor em termos de ineficiência alocativa e raramente compartilham diretamente com o consumidor (i.e. por menores preços) eventuais ganhos de eficiência produtiva. Não obstante, é consenso, mesmo entre aqueles que defendem que o bem-estar do consumidor no sentido literal é o bem jurídico protegido, a afirmação de que o monopólio em si não é ilegal, mas apenas as condutas abusivas que geraram o monopólio¹⁷.

E, mesmo que não houvesse essa contradição, a punição do monopólio em si seria inadequada, porque desincentivaria a promoção de comportamentos eficientes e benéficos que são estimulados pela perspectiva de lucros de monopólio dos agentes. Como veremos no próximo capítulo, essa é justamente uma das falhas do chamado *consumer welfare test* (comumente adotado por essa corrente), o qual baseia a ilegalidade de uma conduta no seu resultado líquido – equivalendo, portanto, a uma punição do monopólio que não repasse eficiências em montante adequado ao consumidor, por meio de menores preços.

Em suma, ambos os critérios acima descritos são inadequados, seja porque lidam de forma inadequada com certas condutas em determinados casos, seja porque entram em contradição interna, mostrando-se inaplicáveis em casos mais complexos. Os próximos capítulos mostrarão alguns dos testes já propostos pela doutrina e a experiência internacional, para que seja possível avaliar como eles protegem o bem jurídico exposto e defendido por este trabalho neste capítulo.

¹⁷ Ver, e.g., Parecer emitido pela Procuradoria do CADE no Processo Administrativo 08012.001470/2003-14, p. 16-17: “A doutrina tem sido uníssona ao defender que a posição dominante em si não é vedada pelo sistema legal brasileiro... para caracterização do abuso de posição dominante, não basta que a empresa tenha posição dominante no mercado, é preciso que ela atue de forma abusiva em relação aos demais agentes econômicos.”

Capítulo 3 – Revisão da literatura – Avaliação dos testes propostos pela doutrina para identificar condutas exclusionárias

É certo que o presente trabalho não é o primeiro a propor um teste para identificar condutas exclusionárias anticompetitivas. Por isso, é importante revisitar a literatura desenvolvida na área, a fim de identificar os erros e acertos já cometidos anteriormente. O propósito deste capítulo é expor três dos testes mais debatidos pela doutrina, quais os prós e contras de cada um e, ao final de cada etapa, avaliar se protegem adequadamente as forças de mercado.

A primeira parte do capítulo analisará o chamado *no economic sense test*. Já a segunda parte analisará o chamado *consumer-welfare test*. Por fim, a última parte analisará o teste do competidor hipotético igualmente eficiente (ou “teste CHIE”) e mostrará porque este último parece ser o teste mais adequado à proteção do funcionamento adequado das forças de mercado que maximizam o bem-estar social. Em cada uma das partes, será exposta (1) a essência do teste analisado, (2) quais os seus prós e contras e (3) como ele endereça a proteção ao bem jurídico do direito da concorrência, tal como exposto no capítulo anterior.

3.a – *No economic sense test*

3.a.1 – Essência do teste

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que existem diversas variações do *no economic sense test* – sendo algumas, inclusive, chamadas de *profit sacrifice test*¹⁸. Todavia, o presente

¹⁸ Por exemplo, Werden chama seu teste de *no economic sense* e o descreve da seguinte forma: “*Application of the no economic sense test is conceptually straight forward. If conduct allegedly threatens to create a monopoly because of a tendency to exclude existing competitors, the test is whether the conduct likely would have been profitable if the existing competitors were not excluded and monopoly was not created.*” (2005-2006a, p. 415) Ver também Werden (2005-2006b, p. 303). **Tradução livre:** “A aplicação do *no economic sense test* é conceitualmente simples. Se a conduta alegada ameaça criar um monopólio por causa de uma tendência para excluir os concorrentes existentes, o teste pergunta se a conduta provavelmente teria sido rentável se os concorrentes existentes não fossem excluídos e o monopólio não tivesse sido criado.” Já Ordover e Willig chamam seu teste de *profit sacrifice* e o descrevem da seguinte forma: “...*a firm’s action entails predatory sacrifice of profit if there is some alternative action that would yield greater profit if there were no entry barriers. The existence of such an alternative action indicates that the firm’s actual action was motivated by the desire for the monopoly profits attendant on the exit of the rival.*” (1981, p. 13). **Tradução livre:** “...a ação de uma empresa implica sacrifício predatório de lucros se houver alguma ação alternativa que renderia um lucro maior se não houvesse barreiras à entrada. A existência de uma ação alternativa tal indica que a ação efetivamente praticada pela empresa foi motivada pelo desejo de lucros de monopólio decorrentes da saída do rival.” Os trechos acima deixam claro que há uma diferença importante entre as duas proposições: enquanto na versão de Werden, basta que uma conduta seja lucrativa para não ser ilícita, na versão de Ordover e Willig, a

trabalho não pretende expor a evolução do teste, passando por todas essas variações, mas apenas realizar uma breve exposição das características mais importantes do teste. Por isso, a versão aqui exposta e analisada será aquela proposta por Douglas Melamed¹⁹. A versão proposta por Melamed tem a vantagem de ser uma das mais recentes versões do teste e, portanto, de já ter sido adequada em face de críticas feitas a versões anteriores²⁰.

Melamed propõe um teste em duas etapas: (i) o primeiro passo consiste em verificar se a conduta é lucrativa, tendo em vista seus custos e benefícios (incrementais); e, sendo verificado que a conduta não é lucrativa, (ii) o segundo passo consiste em verificar se a conduta permitiu que o investigado ganhasse ou mantivesse poder de mercado. Todavia – e aqui está a essência do teste – os benefícios mencionados por Melamed na primeira parte do teste não incluem a habilidade de cobrar preços maiores ou uma redução de custos variáveis resultantes da exclusão dos rivais (MELAMED, 2005-2006, p. 389-390). Apenas lucros que teriam ocorrido mesmo na ausência de qualquer prejuízo causado ao rival são computados na verificação da lucratividade da conduta. Em suma, a essência do teste pode ser assim descrita: “se a conduta só será lucrativa em virtude do poder de mercado obtido com o prejuízo imposto ao rival, pode-se presumir que a intenção do agente é anticompetitiva”²¹.

3.a.2 – Prós e Contras

(i) – Prós

conduta deve ser a mais lucrativa possível num cenário competitivo. Ou seja, essa última versão exige uma avaliação de todos os possíveis cursos de ação do agente e, justamente por isso, tem sido rejeitada como inadequada (ver DOJ (2008, p. 42)).

¹⁹ Apesar do autor chamar seu teste de *profit sacrifice test*, ele reconhece que seu teste é, essencialmente, o mesmo que outros autores chamam de *no economic sense test* (MELAMED, 2005-2006, p. 391-392). A semelhança com a versão de Werden, chamada de *no economic sense test*, fica clara também pelo fato de que Melamed exige apenas que a conduta seja lucrativa, e não que seja a mais lucrativa possível, como na versão de Ordover e Willig exposta na nota de rodapé anterior (MELAMED, 2005-2006, p. 389-390). Por isso, preferi chamar o teste exposto por Melamed de *no economic sense test*.

²⁰ “Melamed’s definition of the profit-sacrifice test, which has now become standard..., is useful because it distinguishes the general profit sacrifice test from its more specific version in the predatory pricing context – specifically, the recoupment test of Brooke Group. The profit sacrifice test has been criticized because the more specific version used in the context of predatory pricing is not easily generalized to other settings... Melamed’s generalization of the profit-sacrifice test avoids these criticisms.” (HYLTON, 2008, p. 10-11). **Tradução livre:** A definição do teste feita por Melamed, que agora se tornou padrão ..., é útil porque distingue o teste geral de sacrifício de lucros de sua versão mais específica no contexto de preços predatórios - especificamente, o teste de recuperação de Brooke Group. O teste de sacrifício de lucro tem sido criticado porque a versão mais específica usada no contexto de preços predatórios não é facilmente generalizada para outros casos ... a generalização do teste proposta por Melamed evita essas críticas.”

²¹ Por isso, o próprio Melamed propõe que o segundo passo seria desnecessário, pois uma vez eliminada qualquer racionalidade procompetitiva, poder-se-ia presumir que a conduta gera poder de mercado. Todavia, o segundo passo foi mantido para evitar a condenação de meros erros empresariais, quando incapazes de prejudicar a concorrência. (MELAMED, 2005-2006, p. 390)

Os pontos positivos mais comumente relacionados ao teste são: (i) incentiva condutas eficientes, já que nunca as condenaria; e (ii) é de fácil aplicação e, portanto, previsível para os agentes econômicos. (MELAMED, 2005-2006, p. 392-393) (ROUSSEVA, 2010, p. 332)

Em relação ao primeiro ponto, Melamed reconhece que esse benefício vem à custa de falsas absolvições. Porém, argumenta que isso é necessário, já que outros testes seriam muito complexos de aplicar e poderiam resultar em falsas condenações, as quais seriam mais prejudiciais ao bem-estar social²². Assim, o *no economic sense test* não seria perfeito, mas seria a melhor alternativa.

(ii) – *Contras*

Críticos do teste alegam que (i) ele é capaz de punir condutas eficientes e desincentivá-las, uma vez que não é tão previsível como alegam seus proponentes; ademais, (ii) falsas absolvições não seriam, em regra, mais benéficas do que falsas condenações. (SALOP, 2005-2006, p. 343-363) (ROUSSEVA, 2010, p. 332-333)

Para melhor entender o ponto (i), é interessante expor a crítica geral realizada por Einer Elhauge, uma vez que dela decorre a quase impossibilidade de se aplicar esse teste em casos não triviais. O raciocínio de Elhauge é o seguinte: apesar de pressupor uma diferenciação entre lucros legítimos e ilegítimos (já que consiste, essencialmente, na exclusão dos últimos), não há, no próprio teste, critério algum para identificar lucros ilegítimos (ELHAUGE, 2003-a, p. 278-279). Uma vez que a legitimidade dos lucros depende da conduta que os gerou, o teste pressupõe que o agente já saiba de antemão o que o próprio teste deveria identificar (i.e. o que é conduta exclusionária ilegítima), pois só assim seria possível

²² Melamed não chega a concluir explicitamente que falsas absolvições são mais benéficas. Mas reconhece (i) que o teste por ele proposto cria falsas absolvições e (ii) que “*ultimately, whether the sacrifice test is too conservative turns largely on an empirical question: whether, considered both ex ante and ex post, the prospect of false negatives from the sacrifice test is more harmful to welfare than the prospect of false positives from, and increased transaction costs and uncertainty associated with, a market-wide balancing test*” (2005-2006, p. 394-395). **Tradução livre:** “em última instância, se o teste do sacrifício é demasiado conservador depende, em grande parte, de uma questão empírica: se, considerada ex ante e ex post, a possibilidade de falsos negativos do teste de sacrifício é mais prejudicial ao bem-estar do que a perspectiva de falsos positivos dos, e o aumento custos de transação e incertezas associados aos, testes amplos de balanceamento...” Ou seja, ainda que explicitamente o autor não responda à pergunta, ao defender a adoção do *no economic sense test*, ele opta por acreditar que, ao menos como regra geral, falsas absolvições são preferíveis a falsas condenações. No mesmo sentido, ver Hylton (2008, p. 23-25).

identificar e excluir os lucros ilegítimos. O resultado é que sua aplicação não traria mais previsibilidade – ao contrário, criaria critérios ainda mais obscuros²³.

Um exemplo do problema acima é a resposta de Melamed à alegação – também feita por Elhauge – de que o teste condenaria a criação de um novo produto, caso o investimento incorrido só pudesse ser recuperado após a empresa conseguir poder de mercado. Para Melamed, nesse caso, a conduta que deve se analisar não é o desenvolvimento do produto em si, mas o preço a que é vendido. Se o preço cobrado pela empresa antes de conseguir poder de mercado não puder cobrir os custos fixos e variáveis incorridos na produção e venda do produto, então sim, a conduta é condenável (MELAMED, 2005-2006, p. 395-396). Todavia, em momento algum o autor explica porque essa medida de custo é o parâmetro adequado²⁴.

Por fim, a segunda crítica observa que as razões pelas quais falsas absolvições são consideradas benéficas estão equivocadas. Os defensores do *no economic sense* alegam que falsas absolvições podem ser corrigidas pelas forças de mercado, enquanto o *stare decisis* torna a correção de falsas condenações muito mais difícil (HYLTON, 2008, p. 22-23). Todavia, os críticos alegam que, ao deixar de condenar condutas que aumentam barreiras à entrada e prejudicam a rivalidade, o teste destruiria as próprias forças de mercado que seriam capazes de evitar que os prejuízos de falsas absolvições se prolonguem no tempo²⁵. Ou seja, falsas absolvições podem, por si sós, prejudicar a capacidade de autocorreção do mercado.

3.a.3 – Protege o Funcionamento Adequado das Forças de Mercado?

²³ Outra possibilidade seria entender que o teste pressupõe a exclusão de qualquer lucro decorrente de prejuízos gerados aos rivais. Essa parece ser a tese de Werden (2005-2006-a;b). Contudo, essa possibilidade também tornaria o teste inaplicável, já que qualquer lucro auferido num ambiente competitivo sempre decorre de lucros retirados de rivais (que poderiam ter realizado aquela venda, mas não o fizeram). Werden busca contornar essa falha com a criação de *safe harbors* para condutas como “preços acima do custo”, “inovações”, e outras a serem definidas pela doutrina e pelos juízes (2005-2006-a, p. 414-415). Todavia, também essas exceções pressupõem algum critério sobre o que é legítimo, o qual não é discutido nem determinado por nenhum teste.

²⁴ Em verdade, a medida de custos mais comumente aplicada pela doutrina e pelos precedentes, em todo o mundo, inclui apenas custos variáveis (ou, então, custos incrementais – medida que também exclui custos fixos) (CE, 2009, § 26) (DOJ, 2008, p. 67). O próprio Elhauge defende que a medida de custos abaixo da qual se deve identificar um preço como predatório é a medida de custos que varia durante o período de tempo em que a conduta é praticada, o que pode, ou não, incluir o que comumente se entende por custos fixos (ELHAUGE, 2003-b, p. 703-726).

²⁵ Salop rejeita esse argumento, na versão proposta por Easterbrook, pois entende que (i) em setores nos quais as barreiras à entrada sejam baixas o suficiente para permitir que o mercado se recupere sozinho, provavelmente não seria possível atingir poder de mercado significativo e, conseqüentemente, a conduta não seria considerada exclusionária; (ii) por outro lado, nos mercados em que as barreiras sejam altas, ou a própria conduta as aumente, estaríamos permitindo uma conduta que impediria o mercado de se recuperar naturalmente, sob o argumento de que ele se recuperaria naturalmente, o que não faria sentido (SALOP, 200-2006, p. 349-350).

As críticas acima, por si sós, já seriam capazes de tornar o teste não recomendável, uma vez que não traz qualquer critério capaz de distinguir condutas exclusionárias lícitas e ilícitas. Todavia, as considerações acima foram feitas pela doutrina tendo como pressuposto a proteção direta ao bem-estar do consumidor. É preciso, então, verificar se o teste seria adequado à proteção do bem jurídico tal como exposto no capítulo anterior.

Como visto no capítulo anterior, condutas contrárias ao bem jurídico protegido pelo direito da concorrência seriam aquelas que impedem o funcionamento adequado das forças de mercado, e, por isso, impedem os resultados esperados em termos de maximização de bem-estar social. Uma vez que o *no economic sense test* busca avaliar, ainda que de forma objetiva, apenas se a intenção do agente foi prejudicar um rival, pode-se inferir que não há nenhuma relação entre esse teste e a possibilidade de a conduta prejudicar o funcionamento adequado das forças de mercado. Isso porque a rivalidade não é a única força de mercado e, ainda que fosse a mais relevante num dado caso, a mera intenção do agente de excluir um rival não é suficiente para distinguir entre condutas que eliminam a rivalidade e condutas que meramente decorrem dela. Como visto acima, a aplicação do *no economic sense test* pressupõe uma distinção entre lucros legítimos e ilegítimos para realizar essa distinção, mas não a explica.

Em suma, pode-se concluir que o *no economic sense test* é inadequado à proteção do bem jurídico do direito da concorrência e, ademais, sequer seria previsível ou de fácil aplicação em casos não triviais.

3.b – Consumer welfare test

3.b.1 – Essência do teste

Novamente, é preciso ressaltar que diversos autores propõem versões mais ou menos semelhantes desse mesmo teste. Todavia, para fins desse trabalho, exporei a versão proposta por Steven Salop, uma vez que parece ser a mais representativa da essência do teste, sendo as demais apenas variações²⁶.

Pode-se dizer que todos os testes que definem conduta exclusionária por meio de uma avaliação direta dos efeitos líquidos da conduta no consumidor final são variações do

²⁶ Por exemplo, apesar de Hovenkamp propor teste semelhante, sua comparação entre efeitos anticompetitivos e eficiências tende a supervalorizar as eficiências, exigindo que os efeitos anticompetitivos sejam substancialmente maiores que as eficiências para que uma conduta seja considerada exclusionária (HOVENKAMP, 2008, p. 1-2). Todavia, Salop não nega essa possibilidade, inclusive admitindo que essa qualificação é recomendável nos casos em que a experiência demonstre que a conduta, em regra, gera mais benefícios do que males (SALOP, 2005-2006, p. 354-355)

consumer welfare test. Salop, contudo, mostra como o teste pode ser operacionalizado. O autor operacionaliza o teste a partir da fórmula (desenvolvida por ele mesmo) utilizada para identificar a categoria de condutas comumente chamada de *raising rivals costs*²⁷: (i) o primeiro passo consiste em verificar se a conduta é capaz de aumentar os custos dos rivais; em sendo capaz, (ii) o segundo passo seria verificar se esse aumento de custos dá à empresa que realizou a conduta poder de mercado – i.e. poder para cobrar preços supracompetitivos; caso o resultado seja afirmativo, (iii) o passo final seria verificar se não há eficiências em benefício do consumidor e capazes de tornar o resultado líquido positivo²⁸.

Por fim, é preciso considerar que, segundo Salop, o teste deve ser aplicado sob uma perspectiva *ex ante*. Ou seja, deve-se analisar os passos acima pela perspectiva do agente econômico, à época em que tomou a decisão de praticar a conduta. Isso faz com que não seja possível punir um agente por resultados negativos ao consumidor que, à época em que praticada a conduta, não eram previsíveis. Por exemplo, caso um agente econômico tenha indicações confiáveis e razoáveis de que uma determinada prática trará eficiências em proporção muito maior a alguns poucos efeitos anticompetitivos, tal agente não seria punido, ainda que os efeitos positivos da conduta não se materializem em virtude de eventos imprevistos. A razão para isso é que o teste deve criar segurança para o mercado e ter uma função educativa, o que não ocorreria caso o critério para punição fosse meramente o efeito da conduta *ex-post*. Ao contrário, a insegurança gerada pela incerteza do resultado *ex-post* poderia ter o efeito de desincentivar diversas condutas que seriam perfeitamente justificáveis *ex-ante*, apenas por cautela (SALOP, 2005-2006, p. 341-343)

Em suma, pode-se dizer que a essência do teste é verificar se o consumidor estaria melhor com a proibição ou com a autorização da conduta analisada. Essa verificação, segundo Salop, pode considerar ambos o bem-estar a curto e a longo prazo – e, quando forem opostos, o bem-estar líquido seria a diferença entre eles (2005-2006, p. 341).

3.b.2 – Prós e Contras

(i) – Prós

²⁷ Para uma análise mais aprofundada sobre essa categoria de condutas, ver, em geral, KRATTENMAKER; SALOP (1986).

²⁸ Note-se que se trata de um teste focado no bem-estar do consumidor, e não no bem-estar social geral. Assim, as transferências de renda do consumidor ao monopolista devem ser consideradas totalmente como perdas e comparadas às eficiências capazes de (i) criar uma pressão para redução de preços ou (ii) aumentar o valor do produto para o consumidor. (SALOP, 2005-2006, p. 331-332) Todavia, mesmo que se considere eficiências não repassadas ao consumidor como benéficas, as considerações acima aplicam-se a qualquer teste que envolva apuração do resultado líquido de uma prática no bem-estar social.

O ponto positivo mais destacado do teste é o alinhamento com o bem-estar do consumidor, comumente assumido como sendo o objetivo da defesa da concorrência. Ou seja, o teste seria, por definição, o mais adequado para a proteção do bem jurídico protegido pelo direito da concorrência (na acepção do bem-estar do consumidor literal). Ao mais, ao contrário do que alegam os defensores do *no economic sense test*, o fato de que considera eficiências faz que ele não resulte em tantas falsas condenações a ponto de tornar sua aplicação inadequada. (SALOP, 2005-2006, pp. 314 e 354) (ROUSSEVA, 2010, p. 341-342).

Salop defende ainda que o teste não seria menos previsível ou de aplicação mais difícil do que os demais testes, motivo pelo qual não desincentivaria condutas eficientes por parte dos agentes econômicos. A adoção de uma perspectiva *ex ante* permitiria que os agentes econômicos verificassem com alguma segurança, e no momento em que decidem por determinada ação, a licitude da ação. Tal verificação, segundo Salop, não seria mais difícil do que a definição de quais lucros devem ser considerados legítimos e quais devem ser considerado ilegítimos (*no economic sense test*). Ao contrário, a dificuldade em verificar os impactos razoavelmente esperados da conduta no consumidor final seria uma dificuldade empírica e não conceitual – como é o caso do *no economic sense test* –, o que faz com que haja, ao menos em tese, mais previsibilidade com o desenvolvimento de novos modelos econômicos. Ademais, diferentes divisões do ônus da prova e a atribuição de diferentes pesos aos danos advindos do poder de mercado e aos benefícios advindos das eficiências poderiam ser mecanismos utilizados para facilitar a aplicação do teste, tendo em vista as características do caso concreto. (SALOP, 2005-2006, p. 341-345)

(ii) – *Contras*

As críticas mais comuns ao teste estão relacionadas ao fato de ele ser de difícil aplicação e pouco previsível. Apesar de Salop alegar que a perspectiva *ex ante* resolveria esse problema, os críticos alegam que, mesmo *ex ante*, a avaliação dos impactos de determinada conduta no consumidor final é uma atividade empírica que implica enormes custos aos agentes econômicos, resultando em desincentivo a condutas eficientes. (ROUSSEVA, 2010, p. 342-343) (MELAMED, 2005-2006, 398-403)

Os críticos alegam que o balanceamento entre efeitos anticompetitivos e eficiências é tão difícil que nunca foi aplicado na prática (ROUSSEVA, 2010, p. 343) (WERDEN, 2005-2006-a, 432). Por exemplo, mesmo no contexto de concentrações, em que, em tese, esse

balanceamento é a regra, os casos tendem a dar maior peso aos efeitos anticompetitivos do que às eficiências; ou a simplesmente negar que as últimas existam²⁹. E, mesmo que os pesos atribuídos a cada fator sejam modulados de forma a facilitar a aplicação do teste em cada caso concreto, isso resultaria em subjetivismo, fazendo com que o teste seja pouco previsível e resulte em muitas falsas absolvições e/ou condenações (ROUSSEVA, 2010, p. 342).

3.b.3 – Protege o Funcionamento Adequado das Forças de Mercado?

Para além das críticas feitas acima, entendo que a crítica mais relevante para fins do presente trabalho está em que, justamente por focar diretamente no bem-estar do consumidor (i.e., se a conduta gera poder de mercado), o teste pode condenar práticas que seriam consideradas eficientes para muitos, tais como preços acima do custo e inovações³⁰. O próprio Salop admite isso, ao dizer que a licitude de uma inovação depende dos benefícios gerados ao consumidor superarem eventuais prejuízos em termos de rivalidade (advindos, por exemplo, de uma incompatibilidade do produto inovador com os produtos dos concorrentes). (SALOP, 2005-2006, p. 338-339)

²⁹ Veja-se que o próprio Salop, em um dos primeiros artigos no qual trata da aplicação da categoria *raising rivals' costs*, afirma que a visão dominante do antitruste não aceita eficiências como argumento de defesa, caso os efeitos anticompetitivos sejam prováveis: “...where market power is proved, courts have not upheld practices on the grounds that consumer harm is outweighed by cost savings to the firm adopting the practice...” (KRATTENMAKER; SALOP, 1987, p. 77). **Tradução livre:** “onde o poder de mercado é comprovado, os tribunais não têm aprovado práticas sob o argumento de que o prejuízo para o consumidor é compensado por economias de custos para a empresa que adota a prática ...”.

³⁰ Vejamos um exemplo – oferecido pelo próprio Salop (2005-2006, p. 339-341) – envolvendo preços acima do custo: num dado cenário, há um monopolista mais eficiente e, portanto, capaz de fabricar um produto a custos menores do que um novo entrante que acaba ingressar no mercado. O monopolista tem duas escolhas: (i) reajustar seu preço para um nível de duopólio (por definição maior do que o preço competitivo, porém, menor do que o preço de monopólio antes vigente), maximizando seus lucros num cenário em que as duas empresas permaneçam no mercado; (ii) reajustar seu preço para um valor menor do que os custos do novo entrante – o que seria possível, pois o entrante é menos eficiente – excluindo-o do mercado e então voltando a cobrar preços de monopólio. O teste proposto por Salop identifica a segunda escolha como exclusionária, uma vez que prejudica o consumidor na medida em que ajuda a manter os preços de monopólio. E, de fato, essa hipótese não é irrazoável, já que, se assumirmos que o novo entrante previu essa reação, ele poderia sequer ter entrado, e o monopolista sequer teria de adotar uma estratégia não maximizadora de lucros durante o período em que tenta excluir o rival, tornando o prejuízo ao consumidor mais crível. O problema com a hipótese, contudo, é a avaliação de que o monopolista pode ser punido por ser mais eficiente, uma vez que o rival só é excluído pois seus custos são maiores do que o do monopolista. Um rival igualmente eficiente não seria excluído. Condenar um monopolista que adotasse a conduta (ii) seria equivalente a recomendar que ele deve “competir, mas não muito”. Outro exemplo envolve investimentos em propaganda e P&D. Para se manterem competitivos, rivais menos eficientes teriam de incorrer em custos relativamente maiores com propaganda e P&D, o que aumentaria sua ineficiência relativa à empresa mais eficiente, e permitiria que esta última aumente seus preços. Isso independeria de os investimentos aumentarem o valor do produto para o consumidor em montante igual ou superior ao aumento de preços. Em suma, novamente estar-se-ia condenando ação de uma empresa mais eficiente simplesmente porque ela obteve poder de mercado – que não obteria se houvessem firmas igualmente eficientes no mercado, as quais seriam capazes de incorrer os custos fixos de propaganda e P&D e recuperá-los por meio de vendas a preços iguais ou menores que o da empresa dominante.

Essa crítica é acolhida mesmo por quem defende que o bem-estar do consumidor é objeto direto de proteção do direito da concorrência. Contudo, a justificativa é inarticulada, ou articulada com referência a precedentes e legislação, os quais tendem a ter isenções expressas para condutas cujo poder de mercado resulta apenas da maior eficiência do agente³¹, sem, contudo, indicarem de forma clara o critério que distingue condutas resultantes da maior eficiência e condutas ilegítimas. Em todo caso, tendo em vista o bem jurídico do direito da concorrência tal como exposto no capítulo anterior, pode-se agora articular, de forma clara, uma crítica ao *consumer welfare test*.

Ao condenar condutas meramente por causa do “poder de mercado” resultante, o teste proposto por Salop é incoerente com a atuação dos agentes econômicos frente às forças de mercado. Isso porque, como indicado anteriormente, os agentes econômicos buscam, a todo o momento, reagir às forças de mercado a fim de poderem exercer certo poder de mercado (aumentarem seus lucros). Todavia, o mero fato de que possuem poder de mercado num dado momento não significa que essas forças deixaram de atuar. Caso o poder de mercado tenha sido adquirido sem que tenha havido prejuízo ao funcionamento das forças competitivas, elas ainda pressionarão o agente para se manter eficiente; ainda que, durante certo tempo, essa pressão não o impeça de manter uma margem de lucros relativamente maior que de seus rivais. É apenas a aquisição ou a manutenção de poder de mercado por meio de condutas que prejudicam o funcionamento das forças de mercado que seria prejudicial, pois eliminaria os estímulos que se esperam do funcionamento adequado dessas forças.

Em suma, testes focados no resultado imediato de uma conduta no bem-estar do consumidor são inadequados à proteção do funcionamento das forças de mercado. Ao contrário, tais testes podem, em alguns casos, prejudicar diretamente a atuação dessas forças. Ao punirem a mera aquisição de poder de mercado, podem desincentivar comportamentos eficientes e competitivos dos agentes (que deveriam ser gerados pelas forças de mercado), já que os agentes teriam medo de que o resultado lhes seja muito positivo e resulte em punição.

³¹ Ver, por exemplo, o reconhecimento de Scheffman e Higgins de que uma das falhas do *raising rivals' costs* (e, portanto, também do *consumer welfare test*) é a sua incapacidade de distinguir entre o que é anticompetitivo e o que é “competição no mérito” (termo esse frequentemente cunhado por precedentes para isentar condutas que, apesar de gerarem poder de mercado, seriam lícitas). (2003, p. 378-379).

3.c – Teste do Competidor Hipotético Igualmente Eficiente (Teste CHIE)

3.c.1 – Essência do teste

Apesar de ser possível identificar a aplicação desse teste ao caso de preços predatórios desde os anos 70 (AREEDA; TURNER, 1975, p. 709), atribuo-o a Richard Posner, uma vez que foi ele o primeiro a articulá-lo e propor sua generalização para todos os tipos de condutas. Posner propôs que, para identificar uma conduta exclusionária ilícita, (i) o primeiro passo³² deve ser a verificação da capacidade da conduta de excluir um rival ao menos tão eficiente quanto à empresa investigada; (ii) caso isso seja possível, abre-se oportunidade para que a empresa investigada se defenda alegando que as eficiências da conduta compensam seus efeitos anticompetitivos. (POSNER, 2001, p. 194-197)

Apesar das diretrizes serem claras, Posner não chegou a explicar como sua aplicação seria operacionalizada para condutas que não envolvam diretamente preços.

3.c.2 – Prós e Contras

(i) – Prós

O ponto positivo mais destacado é o fato de que o teste fornece ao agente econômico os dados necessários para que ele avalie diretamente se sua prática seria lícita ou não. Para aplicar o teste, o agente econômico poderia utilizar seus próprios dados internos e verificar se – estivesse ele na posição de concorrente – seria ou não prejudicado pela sua conduta. (ROUSSEVA, 2010, p. 337)

Como resultado disso, o teste ganharia em termos de previsibilidade, evitando que condutas eficientes sejam desincentivadas. Ao mesmo tempo, porque seus proponentes defendem que o bem-estar do consumidor é beneficiado pela competição entre agentes eficientes no mercado (e não pela manutenção de agentes ineficientes), outro ponto positivo do teste seria o fato de estar alinhado com o objetivo da lei; soma-se a isso o fato de que ele seria de fácil aplicação, o resultado é que o teste geraria menos falsos positivos ou negativos que outros testes de mais difícil aplicação, como o *consumer welfare test*. (POSNER, 2001, p. 196) (ROUSSEVA, 2010, p. 337)

³² Esse passo só seria atingido após ser identificado que a empresa detém poder de monopólio.

(ii) – *Contras*

Em primeiro lugar, há críticas a esse teste relacionadas à política pública que visa favorecer (proteção à eficiência em detrimento da rivalidade). Críticos entendem que a atuação de agentes econômicos menos eficientes pode ser, em algumas ocasiões, benéfica ao bem-estar do consumidor. O raciocínio tem dois fundamentos: (i) nem sempre os ganhos resultantes da eliminação da rivalidade seriam tão valiosos ao consumidor quanto os preços mais baixos que a rivalidade permite; ou (ii) apesar de, no curto prazo, alguns competidores ainda não conseguirem ser tão eficientes quanto uma empresa estabelecida (em virtude de escala, por exemplo), eles podem vir a ser eficientes se a empresa dominante não os prejudicar em seu nascedouro. Assim, tendo em vista o objetivo de maximizar o bem-estar do consumidor, a manutenção de agentes menos eficientes poderia ser recomendável nesses casos. (SALOP, 2005-2006, p. 328-329) (ROUSSEVA, 2010, p. 337-338)

A segunda vertente de críticas está relacionada à dificuldade de comparar as eficiências dos agentes no caso concreto, em virtude da situação e dos históricos distintos de cada agente econômico. Apesar da comparação de preços e custos ser mais fácil, pois pode-se simplesmente olhar para os custos da empresa que pratica a conduta, críticos alegam que a aplicação do teste a outras condutas, tais como exclusividade e venda casada, seria muito difícil, pois não seria claro o que seria um competidor igualmente eficiente (e.g. um que fabricasse apenas um produto num caso de venda casada seria igualmente eficiente?). (ROUSSEVA, 2010, p. 338-339)

3.c.3 – Protege o Funcionamento Adequado das Forças de Mercado?

Conforme se depreende das críticas acima, já podemos concluir que esse teste não busca proteger o bem-estar do consumidor diretamente (ao menos não da mesma forma que o *consumer welfare test*, já que atingem resultados diametralmente opostos). Resta então avaliar se ele protege o funcionamento das forças de mercado, tal como exposto no capítulo anterior.

As forças de mercado atuam ao pressionar os agentes para que adotem estratégias capazes de aumentarem seus lucros. Como vimos no capítulo anterior, o propósito de um teste identificador de condutas exclusionárias ilícitas é diferenciar entre as estratégias que prejudicam o funcionamento adequado das forças de mercado e estratégias que são compatíveis com tais forças. O teste CHIE, a princípio, parece alinhado com o bem jurídico

defendido neste trabalho, pois entendo que, de certa forma, ele nada mais faz do que perguntar se a conduta investigada no caso seria capaz de eliminar o adequado funcionamento das forças rivalidade, entradas, e/ou substitutos (i.e. competidores igualmente eficientes). A eliminação de um competidor menos eficiente não implica em prejuízo ao funcionamento adequado dessas forças, pois ele não exerce pressão competitiva relevante sobre os demais³³. Ao contrário, sua eliminação seria mera decorrência da rivalidade exercida por um agente mais eficiente. Por outro lado, um competidor hipotético que conseguisse igualar a empresa investigada em termos de eficiência e valor gerado ao consumidor seria sempre capaz de exercer rivalidade sobre ela. Por isso, uma conduta que é capaz de eliminar esse competidor hipotético deve o fazer somente porque prejudica o funcionamento adequado dessa força de mercado; e – caso as demais forças não sejam relevantes o suficiente para impedir um exercício de poder de mercado – implica também em prejuízo ao bem jurídico que deve ser protegido pelo direito da concorrência.

Assim, em princípio, parece-me que o teste CHIE é o mais adequado à proteção do bem jurídico do direito da concorrência. Todavia, antes de propor uma forma de operacionalizá-lo para todos os tipos de condutas (capítulo 5), analisarei as razões pelas quais esse teste não foi adotado por jurisdições como EUA e UE, mesmo após aprofundada reflexão sobre os diversos testes propostos (capítulo 4).

³³ Já foi indicado acima que uma das críticas ao teste CHIE é justamente que ele ignora o fato de que, em alguns casos, competidores menos eficientes exercem pressão sobre seus rivais. Todavia, entendo que essa crítica ignora que, ao punir a reação da empresa dominante para eliminar esse competidor pode-se estar punindo justamente a reação que se esperava que essa empresa menos eficiente viesse a causar no mercado: diminuição de preços e aumento de eficiência. De forma mais concreta: as forças de mercado, em especial a rivalidade, agem – quando funcionando adequadamente – pressionando os agentes para que sejam mais eficientes e reduzam seus preços, conquistando, assim mais vendas; um agente menos eficiente (i) não é capaz de realizar essa pressão, e (ii), caso sua eliminação seja ilegal, o resultado seria o desincentivo a que os agentes se tornem mais eficientes e assim consigam conquistar vendas de seus rivais (o próprio objetivo do funcionamento adequado das forças de mercado). Por essas razões é que entendo que a eliminação do agente menos eficiente não implica em prejuízo à rivalidade no mercado.

Capítulo 4 – Revisão da Experiência Estrangeira – Estados Unidos (EUA) e União Europeia (UE)

Para fornecer um tratamento adequado ao tema desse trabalho, não é possível ignorar que, há poucos anos, as duas jurisdições com maior experiência e mais recursos na aplicação do direito da concorrência realizaram uma análise profunda da forma como lidavam com condutas exclusionárias unilaterais. Mais importante ainda, ambas consideraram a aplicação de um teste único capaz de identificar condutas exclusionárias ilícitas, mas acabaram por rejeitar essa possibilidade. Assim, este capítulo tentará expor, de forma breve, as razões para essa conclusão.

O capítulo será dividido em duas partes, as quais abordarão os seguintes temas, em relação a cada uma das jurisdições: (1) uma breve descrição da legislação pertinente e das razões para a realização da revisão dos standards aplicados a condutas exclusionárias; e (2) uma análise das razões para o resultado atingido em cada jurisdição.

4.a – EUA – DOJ Section 2 Report

4.a.1 – Legislação Aplicável e Razões para a Revisão

A principal legislação de defesa da concorrência norte-americana, e também a mais antiga, é o *Sherman Act* – promulgado em 1890. O *Sherman Act* endereça condutas unilaterais por meio do seu § 2º, que possui a seguinte redação: “*Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize... any part of the trade or commerce... shall be deemed guilty of a felony*”³⁴. Nota-se, portanto, que o *Sherman Act* criou dois tipos de infrações unilaterais: (i) monopolização e (ii) tentativa de monopolização³⁵. Todavia, apesar da centralidade do termo “monopolização” para ambas as infrações, o texto legal não possui nenhuma explicação acerca do seu significado. Por isso, a definição do conceito de monopolização teve de ser desenvolvida pelas cortes após a promulgação da lei.

³⁴ **Tradução livre:** “Toda pessoa que monopolizar ou tentar monopolizar ... qualquer parte do comércio ... será considerada culpada de um crime”

³⁵ Apesar do termo utilizado pela legislação norte-americana ser diferente dos termos utilizados pela legislação brasileira e pela legislação europeia – ver próxima seção deste capítulo – entendo que o ilícito de monopolização e abuso de posição dominante podem ser considerados, em sua essência, o mesmo: vedação de condutas unilaterais anticompetitivas. A divergência de standards entre as jurisdições pode ser atribuída antes a fatores culturais e à ausência de clareza quanto ao elemento do que a uma diferença em sua essência.

Ainda em 1911, ao julgar o caso *Standard Oil*, a Suprema Corte Americana deixou claro que a lei não bane a mera situação de monopólio³⁶. Posteriormente, o caso *Alcoa* – ainda que de forma controversa (HYLTON, 2008, p. 4) – também pode ser interpretado como isentando de pena os monopólios resultantes do acaso e do próprio processo competitivo. Em linha com essas diretrizes, nos anos 60, ao decidir o caso *Grinnell*, a Suprema Corte delineou a versão mais aceita e repetida do que seja a monopolização condenada pelo *Sherman Act*:

The offense of monopoly under § 2 of the Sherman Act has two elements: (1) the possession of monopoly power in the relevant market and (2) **the willful acquisition or maintenance of that power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historic accident.** (ELHAUGE, 2003-a, 257) (destaque ausente no original)³⁷

Os elementos da ofensa de tentativa de monopolização também foram definidos pela Suprema Corte ainda no início do século, e mais recentemente reafirmados pelo caso *Spectrum Sports*. Nota-se que são paralelos aos da ofensa de monopolização:

to demonstrate attempted monopolization a plaintiff must prove (1) **that the defendant has engaged in predatory or anticompetitive conduct** with (2) a specific intent to monopolize and (3) a dangerous probability of achieving monopoly power... (Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 U.S. 445, 456 (1993)) (destaque ausente no original)³⁸

Em suma, os precedentes mostram que o §2º do *Sherman Act* caracteriza como monopolização a obtenção e/ou manutenção de “poder de monopólio” por qualquer meio anticompetitivo. A constatação imediata, então, é que – de forma paralela ao abuso de posição dominante descrito no primeiro capítulo – também aqui a definição do que seja conduta

³⁶ “In spite of these weaknesses, *Standard Oil* does manage to deliver a few basic lessons about the early understanding of Section 2. It adopts the “abuse standard” of monopolization... *Standard Oil*, 221 U.S. at 62 (“[T]he statute...by the omission of any direct prohibition against monopoly in the concrete...indicates a consciousness that the freedom of the individual right to contract...was the most efficient means for the prevention of monopoly”)” (HYLTON, 2008, p. 3-4). **Tradução livre:** “Apesar dessas fragilidades, *Standard Oil* consegue trazer algumas lições básicas sobre o entendimento inicial da Seção 2. O caso adota o “padrão de abuso” de monopolização ... *Standard Oil*, 221 dos EUA em 62 (“O estatuto ... pela omissão de qualquer proibição direta do monopólio no concreto ... indica a consciência de que a liberdade do direito individual de contrato ... era o meio mais eficiente para a prevenção de monopólio”)”

³⁷ **Tradução livre:** “O crime de monopólio sob § 2 da Lei Sherman tem dois elementos: (1) a posse do poder de monopólio no mercado relevante e (2) a aquisição dolosa ou manutenção desse poder de forma distinta do crescimento ou desenvolvimento como consequência de um produto superior, melhor visão de negócios, ou um acidente histórico.”

³⁸ **Tradução Livre:** “...para demonstrar a tentativa de monopolização um autor deve provar (1) que o réu tenha se envolvido em conduta predatória ou anticompetitiva com (2) a intenção específica de monopolizar e (3) uma probabilidade perigosa de alcançar o poder de monopólio ...”

exclusionária anticompetitiva e de como identificá-la assume enorme relevância na aplicação do direito da concorrência.

Apesar de diversos termos já terem sido usados para diferenciar condutas exclusionárias anticompetitivas de condutas legítimas e de diversos precedentes já terem analisado o tema, o fato é que, mesmo 100 anos depois da promulgação da lei, não havia, e ainda não há, um teste que seja aceito pela doutrina como capaz de diferenciar condutas exclusionárias legítimas e ilegítimas. Nas palavras de Elhauge, o conceito de conduta exclusionária abusiva não era apenas vago, mas sim vazio de qualquer significado (ELHAUGE, 2003-a, p. 255). Análises com resultados completamente opostos eram defendidos com base nos mesmos termos e standards utilizados pelos precedentes da área, o que tornava o estado de incerteza ainda mais preocupante (ELHAUGE, 2003-a, p. 261-268).

Reconhecendo esse cenário³⁹, o *Department of Justice* (“DOJ”) e a *Federal Trade Commission* (“FTC”) decidiram, em 2006, realizar uma ampla reflexão sobre o tema. Diversas oitivas e debates ocorreram acerca dos elementos da infração de monopolização, sendo um dos temas debatidos a escolha do melhor teste para identificar condutas exclusionárias anticompetitivas. Ao final das oitivas, o DOJ iniciou a preparação de um Relatório Final expondo as conclusões da agência sobre os diversos temas discutidos e recomendando diretrizes de aplicação da lei, o qual veio a ser publicado em setembro de 2008 (DOJ, 2008). A próxima parte deste capítulo mostrará qual foi a avaliação do DOJ sobre as propostas de teste expostas no capítulo anterior e porque ele rejeitou a possibilidade de um teste único.

4.a.2 – Section 2 Report

Em primeiro lugar, é importante esclarecer que o Relatório Final jamais foi ratificado pela FTC, que, ao contrário, o criticou duramente⁴⁰; e o próprio DOJ retirou seu apoio ao Relatório Final em maio de 2009, em virtude da ascensão do Partido Democrata ao poder⁴¹. Apesar disso, o Relatório Final permanece disponível no website do DOJ, bem como os registros das

³⁹ Ver painel de Abertura das Oitivas realizadas pelo DOJ sobre o standard aplicável ao § 2º do *Sherman Act* – disponível em <http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/Majoris-statement.pdf> - Acesso em 30/06/2013).

⁴⁰ Ver a opinião contrária publicadas pelos Conselheiros da FTC em <http://www.ftc.gov/os/2008/09/080908section2stmt.pdf> (Acesso em 30/06/2013) e a opinião, também contrária, do Presidente da FTC em <http://www.ftc.gov/os/2008/09/080908section2stmtkovacic.pdf> (Acesso em 30/06/2013).

⁴¹ Ver *press release* em http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2009/245710.htm (Acesso em 30/06/2013).

oitivas e debates realizados na sua preparação, sendo ainda bastante úteis para fins de reflexão sobre o tema da análise de condutas exclusionárias unilaterais⁴².

Antes de avaliar cada teste proposto pela doutrina, o Relatório Final delinea os pontos em torno dos quais há algum consenso na aplicação do §2º do *Sherman Act* a condutas exclusionárias, a fim de utilizar esses pontos como parâmetro para avaliação dos testes. Dentre esses pontos consensuais, estariam (i) a diretriz de que o objetivo da legislação é proteger o processo competitivo – como meio mais eficaz de trazer benefícios ao consumidor – e não os competidores, e (ii) a ressalva de que apenas condutas que ameaçam esse processo competitivo devem ser punidas, e não o mero exercício ou a obtenção de poder de monopólio por meios compatíveis com o processo competitivo. (DOJ, Section 2, p. 5-18)

O Relatório Final ressalva também que condutas legítimas e ilegítimas se parecem, já que ambas tem como consequência o prejuízo de alguns rivais. Justamente por isso, outro ponto consensual seria o de que testes utilizados para identificar condutas exclusionárias anticompetitivas devem levar em consideração (i) os custos de erros (falsas condenações e falsas absolvições) e (ii) os custos de aplicação do teste. Caso seja de difícil aplicação, ou muito incerto, um teste pode levar a um número não ótimo de erros em sua aplicação e fazer também com que práticas eficientes sejam desincentivadas. (DOJ, Section 2, p. 12-18)

Em relação ao *no economic sense test*, o DOJ ressaltou que há duas versões do teste. A versão comumente identificada com esse nome torna lícita qualquer conduta que não resulte em prejuízo absoluto (uma vez retirados os lucros decorrentes do poder de mercado resultante do prejuízo aos rivais). A versão conhecida como *profit sacrifice test* condenaria condutas que resultassem em prejuízo relativamente a outro curso de conduta não exclusionário. Ambas as versões foram rejeitadas. Os testes resultariam em número não ótimo de falsas condenações (na medida em que podem condenar investimentos em inovações que só são recuperados com a conquista do mercado, ou de parte substancial dele) e também falsas absolvições (na medida em que podem permitir condutas altamente prejudiciais ao consumidor apenas porque geram um pequeno lucro legítimo). E, além disso, sua aplicação também não seria simples, tendo em vista a dificuldade de se separar lucros legítimos e ilegítimos e a necessidade de se comparar um cenário hipotético (os lucros decorrentes da conduta caso a competição não fosse prejudicada) com o cenário exclusionário. Ao final, contudo, o DOJ indicou que a variação *no economic sense* pode ser útil para identificar alguns tipos de condutas ilícitas (apesar de não indicar quais), e também servir para que os agentes

⁴² Ver *press release* em http://www.justice.gov/atr/public/press_releases/2009/245710.htm (Acesso em 30/06/2013).

econômicos internamente avaliem com clareza os objetivos de suas ações. Ações que, quando realizadas, não apresentam benefícios para além da exclusão do rival dificilmente seriam justificadas *ex post*. (DOJ, 2008, p. 39-43)

Em relação ao teste CHIE, o DOJ expôs as críticas indicadas no capítulo anterior no sentido de que (i) o teste ignoraria as situações em que competidores menos eficientes podem beneficiar o consumidor, seja por causa dos menores preços, seja porque esses competidores se tornarão mais eficientes com o tempo – ou seja, o teste gera falsas absolvições; e (ii) o teste não seria de fácil aplicação fora do contexto de condutas envolvendo preços. O Relatório Final cita como exemplos as dúvidas acerca de se uma empresa que produz apenas um dos produtos envolvidos numa investigação de venda casada poderia ser considerada tão eficiente quanto outra empresa que produz ambos; e se empresas com diferentes formas de distribuição poderiam ser consideradas igualmente eficientes num caso de exclusividade. Em suma, apesar de apoiar o uso do teste em condutas envolvendo preços, o DOJ conclui que o teste pode não ser operacionalizável em outros contextos. (DOJ, 2008, p. 43-45)

Ao final o DOJ conclui que o ideal é o desenvolvimento de testes específicos e *safe harbors* para cada tipo de conduta. Dado que cada conduta tem suas especificidades, somente testes específicos seriam capazes de minimizar os custos de erros e de aplicação em cada caso⁴³. Para aquelas condutas em que um teste específico ainda não estiver disponível, o DOJ apoia a adoção subsidiária de uma variação do *welfare test* segundo a qual uma conduta seria anticompetitiva apenas se os seus efeitos anticompetitivos forem desproporcionalmente maiores que suas eficiências. Essa variação teria a vantagem de diminuir a necessidade balancear efeitos positivos e negativos, inerente ao *welfare test*, tornando sua aplicação mais fácil e menos propensa a falsas condenações. Uma vez que o DOJ entende que falsas condenações são mais prejudiciais que falsas absolvições, o teste endereçaria de forma adequada esses custos. Ademais, o DOJ entende que ele seria focado na proteção do processo competitivo, e não de competidores, e seria capaz de fornecer um standard razoavelmente previsível para os agentes econômicos. (DOJ, 2008, p. 45-46)

Em relação a esse teste, é interessante notar que, apesar do Relatório Final enfatizar que o objetivo da legislação é a defesa do processo competitivo – e que, justamente por isso, monopólios resultantes do processo competitivo devem ser incentivados e não condenados (DOJ, 2008, p. 8) –, o teste subsidiário adotado acaba por privilegiar uma abordagem mais

⁴³ É interessante notar que, apesar de ser esta a posição expressa do Departamento, Ronald Davis entende que, exceto pelo teste de preço predatório, o Relatório Final não conseguiu definir testes específicos para cada tipo de conduta, indicando apenas diretrizes esparsas e que antes lembram a aplicação do teste geral subsidiário acima indicado (*consumer welfare test*), do que a aplicação de um teste específico. (DAVIS, 2008-2009, p. 48)

próxima da defesa do bem-estar do consumidor diretamente. Como exposto acima, o *consumer welfare test* levaria à condenação de condutas que resultam em poder de mercado, independentemente dessas condutas serem compatíveis com o processo competitivo (e.g. preços acima do custo, inovação, P&D, propaganda, etc).

Talvez a qualificação defendida pelo DOJ (i.e. os efeitos anticompetitivos devem ser desproporcionais às eficiências) seja a forma encontrada pela agência para não prejudicar o bem-estar social a longo prazo, pois evita a punição condutas que resultem em baixo em poder de mercado e eficiências. Todavia, além de enfrentar o problema de forma pouco transparente, essa qualificação provavelmente teria pouco efeito. Isso porque a comprovação de eficiências por parte dos agentes econômicas enfrenta, além de dificuldades práticas, grande desconfiança das autoridades dessa área do direito. (KRATTENMAKER; SALOP, 1987, p. 77)

Entendo que o melhor seria realizar uma exposição clara acerca do bem jurídico protegido – tal como feito no capítulo 2 deste trabalho – e, então, procurar um teste que seja capaz de protegê-lo de forma adequada. Como já indiquei acima, esse teste parecer ser o teste CHIE, e não o *consumer welfare test*. Contudo, uma vez que o DOJ (e, como veremos na próxima parte, também a Comissão Europeia) o considera de difícil operacionalização para além de condutas envolvendo preços, no próximo capítulo tentarei endereçar esse problema e operacionalizar um teste adequado à proteção do funcionamento das forças de mercado.

4.b – União Europeia – Guidance Paper

4.b.1 – Legislação Aplicável e Razões para a Revisão

A expressão “direito concorrencial Europeu” poderia ser utilizada para se referir tanto ao direito concorrencial aplicado em cada país membro da União Europeia, quanto ao direito concorrencial aplicado a nível comunitário. Contudo, só tratarei aqui do direito concorrencial Europeu comunitário.

Atualmente, o funcionamento da União Europeia é regulado pelo Tratado acerca do Funcionamento da União Europeia (“TFEU”), o qual está vigente desde 2009. Esse tratado contém dois dispositivos fundamentais relacionados à proteção da livre concorrência: os

Artigos 101 e 102⁴⁴. O primeiro endereça acordos, condutas concertadas e decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou possam prejudicar a concorrência. Já o Artigo 102 trata dos “abusos de posição dominante”.

A redação do Artigo 102 indica que os elementos daquela infração são basicamente os mesmos elementos descritos no primeiro capítulo, quais sejam: (i) a existência de posição dominante e (ii) uma conduta abusiva. Contudo, assim como no caso americano, não há na letra do dispositivo uma indicação acerca do que seja uma conduta abusiva. Há alguma indicação exemplificativa e genérica de ações que poderiam ser consideradas abusivas, mas o significado de abuso teve de ser definido pela jurisprudência das cortes europeias⁴⁵. Em relação a condutas exclusionárias, o conceito de abuso desenvolvido pela Corte de Justiça Europeia e mais comumente citado é o seguinte:

The concept of abuse is an **objective concept relating to the behaviour** of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, **through recourse to methods different from those which condition normal competition** in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, **has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition**. (Caso 85/76 - Hoffmann-La Roche & Co. AG v Commission..., 1979, § 91) (destaques ausentes no original)⁴⁶

⁴⁴ “Artigo 101. (ex-artigo 81.o TCE) 1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em:”

“Artigo 102. (ex-artigo 82.o TCE) É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.”

Disponíveis em: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/articles.html> (Acesso em 30/06/2013). Apesar do TFEU ser relativamente novo, a existência desses dois dispositivos remonta ao final dos anos 50, quando foi assinado o Tratado de Roma, criando a Comunidade Econômica Europeia. Desde então, a redação dos dispositivos permaneceu inalterada (ainda que a numeração tenha mudado), motivo pelo qual a jurisprudência pôde se desenvolver de forma contínua durante esses mais de 50 anos.

⁴⁵ A União Europeia (e também a Comunidade Econômica Europeia, antes de 2009) é estruturada em três poderes: o legislativo, o executivo e o judiciário. O direito concorrencial supranacional é aplicado pelo poder executivo (Comissão Europeia), cujas decisões estão sujeitas a revisão pelo poder judiciário (formado pela *General Court – antiga Court of First Instance –* e pela *European Court of Justice*). Assim, sempre que me referir às cortes europeias, estarei me referindo à atuação do poder judiciário supranacional da União Europeia.

⁴⁶ **Tradução Livre:** “O conceito de abuso é um conceito objetivo relativo ao comportamento de uma empresa em posição dominante que seja tal que influencie a estrutura de um mercado em que, como resultado da presença da empresa em questão, o grau de concorrência é enfraquecido e que, através do recurso a métodos diferentes dos que regem a concorrência normal de produtos ou serviços com base nas prestações dos operadores comerciais, tem o efeito de impedir a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o crescimento dessa concorrência.”

Conforme indicado por Ekaterina Rousseva, apesar de razoavelmente elaborado, o conceito trouxe mais dúvidas do que respostas. A identificação de uma conduta abusiva dependeria da identificação de dois elementos: (i) ações diferentes dos meios normais de competição e (ii) prejuízo ao nível de competição existente ou impedimento a que esse nível de competição aumente. Todavia, a dificuldade em diferenciar ações normais e ações suspeitas, bem como a dificuldade de se medir o grau de concorrência no mercado (principalmente o que poderia ter existido, mas não ocorreu por causa da conduta), levaram a que, na prática, as cortes europeias presumissem o abuso sempre que um agente detentor de posição dominante prejudicasse seus rivais. Uma vez que a posição dominante já implicaria a inexistência de competição efetiva no mercado, qualquer dano aos competidores era visto como um prejuízo ainda maior à competição naquele mercado já fraco, devendo ser evitado. (ROUSSEVA, 2010, p. 67-69)

Essa tendência a uma análise formalística e desconectada dos efeitos da conduta sobre o mercado gerou muitas críticas. Tais críticas não se aplicavam apenas ao Artigo 102. Mas, em relação a esse artigo, o resultado foi que, em meados de 2005, a Comissão Europeia iniciou discussões no intuito de definir diretrizes claras e adequadas para a melhor aplicar o dispositivo, tendo em vista a demanda por uma análise mais cuidadosa dos efeitos das condutas investigadas. Esse processo culminou na publicação do chamado *Guidance Paper* em 2009 (CE, 2009), documento que traz as prioridades da Comissão e os critérios que ela utilizará para avaliar os diferentes tipos de condutas exclusionárias. O *Guidance Paper* será analisado a seguir.

4.b.2 – Guidance Paper

Conforme indicado por Rousseva, o processo de modernização da aplicação do Art. 102 na Europa veio somente ao final de um processo que já incluía a modernização da aplicação do Art. 101 e a revisão da regulamentação do controle de concentrações. E, naquele contexto, o objetivo do direito da concorrência Europeu já havia sido definido como a proteção do processo competitivo efetivo, tendo em vista que esse seria o meio mais eficaz de beneficiar o consumidor em termos de menores preços e melhores produtos. Esse objetivo (i) buscava endereçar as críticas de que a aplicação do direito concorrencial feita até aquele momento protegia os competidores e não o processo competitivo e (ii) deixava clara a preferência pelo processo competitivo (assimilado a rivalidade) sobre eventuais eficiências decorrentes de uma redução da rivalidade. (ROUSSEVA, 2010, p. 312-313)

Tendo em vista esses processos anteriores, as discussões envolvendo o abuso de posição dominante não envolveram uma rediscussão do bem jurídico protegido pelo direito da concorrência europeu, mas apenas a melhor forma de aplicar às condutas exclusionárias os objetivos já delineados anteriormente (CE, 2009, §6). Como resultado das discussões, o *Guidance Paper* definiu um conceito geral de conduta exclusionária abusiva (indicando os fatores relevantes para sua identificação) e, ao longo do documento, forneceu diretrizes para a aplicação desse conceito a cada categoria específica de conduta. O conceito geral de conduta exclusionária abusiva do *Guidance Paper* foi chamado de “*anticompetitive foreclosure*” e foi definido como:

(...) as situações em que o comportamento da empresa em posição dominante restringe ou impede o acesso efectivo dos concorrentes actuais ou potenciais às fontes de abastecimento ou aos mercados, o que irá provavelmente permitir a esta última aumentar de forma rentável o preço [14] cobrado aos consumidores. (CE, 2009, § 19)

Ou seja, pode-se perceber dois elementos essenciais do conceito de conduta exclusionária abusiva: (i) ele exige que a conduta cause prejuízo a um competidor e (ii) que o resultado seja o aumento ou a manutenção do poder de mercado do agente – i.e. sua habilidade de aumentar preços aos consumidores. Não é difícil perceber que o teste geral utilizado pelo *Guidance Paper* é mais próximo do *consumer welfare test* do que do teste CHIE – a despeito de o objetivo do direito concorrencial ter sido definido como a proteção do processo competitivo.

Essa opção pelo *consumer welfare test* fica clara quando se analisa a forma como o *Guidance Paper* acolheu parcialmente o teste CHIE. Uma vez que preços baixos são, em princípio, benéficos ao consumidor, a Comissão declarou que, em geral, só investigaria condutas envolvendo preços quando os preços cobrados fossem capazes de excluir um rival igualmente eficiente, tendo em vista os custos do próprio agente investigado (CE, 2009, § 23). Todavia, o *Guidance Paper* também ressaltou que, em determinados casos, um competidor menos eficiente pode exercer pressão sobre o agente dominante, devendo ser protegido. O raciocínio, mais uma vez, é que, ausente a conduta exclusionária, esse competidor poderia se tornar mais eficiente a longo prazo, em virtude de aumento de escala e aprendizado (CE, 2009, §24). Ou seja, ao admitir que competidores menos eficientes possam ser protegidos, o *Guidance Paper* deixou claro seu alinhamento com o *consumer welfare test*.

Apesar disso, o *Guidance Paper* não indica a razão dessa escolha. Rousseva aponta que o fator mais importante na publicação do *Guidance Paper* foi o distanciamento por parte

da Comissão das análises formalísticas realizadas pelas cortes europeias e pela própria Comissão até então, as quais eram criticadas por protegerem os competidores em detrimento do consumidor. Assim, o fato de que o teste-base adotado recebeu críticas não seria primordial, pois a maior preocupação na elaboração do documento foi o desenvolvimento de testes focados nos efeitos da conduta investigada e não na sua forma, o que de fato teria sido atingido (ROUSSEVA, 2010, p. 425-426). Talvez por causa desse contexto (histórico de proteção a competidores, em detrimento de consumidores) o teste final tenha adotado um viés de proteção direta ao bem-estar do consumidor.

Em todo caso, uma vez que essa variação do bem-jurídico a ser protegido pelo direito da concorrência já foi rejeitada acima, no capítulo 2, o que nos interessa agora é a outra possível razão para a rejeição do teste CHIE como teste único: a impossibilidade de operacionalizá-lo fora do contexto de condutas envolvendo preços. Já que o teste CHIE foi adotado, ainda que parcialmente, em condutas envolvendo preços, é plausível que essa crítica tenha sido uma das razões para a sua não adoção como teste-base. Assim, no próximo capítulo buscarei demonstrar que o teste pode sim ser operacionalizado para quaisquer tipos de condutas.

Capítulo 5 – Proposta de Teste Único

Como visto nas seções anteriores, o teste CHIE, a princípio, parece ser o mais adequado à proteção do bem jurídico exposto no capítulo 2 deste trabalho. Todavia, para que ele possa ser aplicado de forma adequada, é preciso endereçar as críticas relacionadas à sua operacionalização em condutas não envolvendo diretamente preços. O objetivo deste capítulo é, então, propor uma variação operacionalizável do teste CHIE. Além disso, ele também explicará porque esse teste implica a exigência do elemento posição dominante e porque ele não permite a existência de uma defesa baseada em eficiências. Para isso, o capítulo será dividido em três partes: (a) operacionalização do teste CHIE; (b) papel do elemento posição dominante; e (c) papel da defesa baseada em eficiências.

5.a – Operacionalização do teste CHIE

Antes de mostrar a minha proposta de operacionalização, (1) analisarei a tentativa realizada por Elhauge, para, então, (2) propor uma forma de operacionalizar o teste.

5.a.1 – Teste Elhauge

O motivo pelo qual me parece necessário visitar o teste proposto por Elhauge é que entendo que ele pode ser interpretado como uma variação operacionalizável do teste CHIE. Elhauge buscou na jurisprudência norte-americana um critério capaz de separar de forma coerente condutas exclusionárias legítimas e ilegítimas. Os precedentes, segundo o autor, mostram que as cortes protegem condutas cujo prejuízo aos rivais decorra totalmente da “eficiência” da conduta – ainda que o resultado seja a criação de poder de monopólio. Assim, da mesma forma que o teste CHIE proposto por Posner, Elhauge buscou operacionalizar o objetivo do direito da concorrência de proteger os agentes de mercado mais eficientes, na medida em que a ação deles seja totalmente fundada nessa maior eficiência, e não em sua posição dominante⁴⁷. (ELHAUGE, 2003-a, p. 294-295)

⁴⁷ Note-se que esse critério seria ainda compatível com o § 1º, do Art. 36 da Lei de Defesa da Concorrência, motivo pelo qual a análise de proposta de Elhauge adquire ainda maior relevância para nosso contexto. (“§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”).

Em suma, o teste proposto pelo autor busca identificar se a conduta investigada aumenta ou mantém poder de mercado (i) apenas por que torna o agente mais eficiente; ou se (ii) o poder de mercado decorre de prejuízo causado a rivais, independente de a conduta gerar eficiências. (ELHAUGE, 2003-a, p. 315-330) Ou seja, diferente da forma como Posner expôs o teste CHIE, o teste exposto por Elhauge foca na eficiência da conduta praticada e não dos agentes envolvidos. Esse foco tem duas vantagens: (i) evita as dificuldades apontadas pelos críticos acerca da definição do que seja um agente igualmente eficiente e, ao mesmo tempo, (ii) protege as condutas que são compatíveis com as forças de mercado, uma vez que uma conduta que só exclui porque é eficiente implica antes uma atuação da forças de mercado do que o prejuízo ao seu funcionamento adequado. Em outras palavras, apesar da aplicação um pouco distinta, o teste Elhauge pode ser considerado uma variação do teste CHIE, pois também busca proteger o funcionamento adequado das forças de mercado por meio da proteção das ações fundadas em superior eficiência.

Mas Elhauge não fornece um conceito de eficiência. Ao invés de explicar o que entende por eficiência e daí identificar se o poder de mercado decorre dessa eficiência, Elhauge sugere que é possível analisar se o poder de mercado resultante de uma prática decorre totalmente da eficiência que gera ao agente apenas verificando se a prática discrimina com base em rivalidade. Por exemplo, se um fabricante se recusa a vender a um rival nos mesmos termos em que já vende a outro cliente (ou se se recusa a vender a distribuidores que compram de rivais nos mesmos termos que já negocia com seus distribuidores exclusivos), a conduta não seria fundada na eficiência, pois a negociação seria apta a recompensar os investimentos do agente no produto vendido (já que ele de fato negocia, nos mesmos termos, com outros clientes). (ELHAUGE, 2003-a, p. 305-314) Todavia, entendo que esse critério é inadequado. Veja-se o exemplo de um contrato de exclusividade por meio qual um distribuidor se obriga a comprar de um único fornecedor. É possível que tal exclusividade aumente a eficiência do fornecedor, tornando os termos da negociação entre eles intrinsecamente ligados a essa prática⁴⁸. Assim, os termos em que ocorre a negociação com esse distribuidor podem não servir de base para determinar o preço que remuneraria os investimentos do fornecedor, fosse o distribuidor não exclusivo.

Não quero dizer que uma relação de exclusividade sempre será justificada quando puder gerar alguma eficiência, pois da mera existência da eficiência não decorre

⁴⁸ Por exemplo, a expectativa de que o distribuidor comprará somente de certo fornecedor durante determinado tempo pode incentivar esse fornecedor a realizar investimentos específicos para a relação com aquele distribuidor e a organizar sua produção de forma mais segura, reduzindo seus custos. Assim, o preço cobrado do distribuidor exclusivo não reflete os custos que esse agente teria com um distribuidor não exclusivo.

necessariamente que eventual poder de mercado resulte integralmente dessa eficiência. O propósito aqui é mostrar a falha de Elhauge: por não definir um conceito de eficiência, o autor não consegue desenvolver um critério capaz de diferenciar entre condutas que só geram poder de mercado por causa da eficiência resultante delas e condutas que prejudicam as forças de mercado e, por isso, geram poder de mercado. Assim, na próxima parte, buscarei endereçar esse problema e fornecer um critério capaz de identificar quando uma conduta é eficiente.

5.a.2 – Proposta de Teste

Como visto na parte anterior, é preciso fornecer um conceito claro do que seja eficiência para desenvolver uma variação do teste CHIE que seja aplicável a todos os tipos de condutas. Para isso, voltarei ao modelo das cinco forças de Porter, já exposto no capítulo 2 deste trabalho. Naquele capítulo, expus a forma como as forças competitivas pressionam a lucratividade dos agentes econômicos, podendo estimular tanto condutas que resultarão na maximização do bem-estar social, quanto condutas que prejudicarão o próprio funcionamento dessas forças. Assim, não é difícil inferir que o conceito de eficiência deve englobar o primeiro tipo de condutas, mas não o segundo. Para definir o que distingue um e outro tipo (e, conseqüentemente, definir o que é eficiência), vou trabalhar nesta parte: (i) a distinção de Porter entre condutas ofensivas e defensivas (cujo resultado será a indicação de que condutas eficientes são condutas que aumentam a rivalidade); (ii) como identificar condutas que aumentam a rivalidade no mercado; e (iii) como aplicar a variação do teste CHIE proposta por Elhauge após definida e identificada qual a eficiência da conduta.

(i) – Condutas Ofensivas e Condutas Defensivas

Após identificar as forças competitivas que pressionam a lucratividade de uma indústria, Porter busca orientar os agentes produtores sobre como devem reagir a elas para conseguir uma posição de vantagem competitiva e para manter essa posição ao longo do tempo. A criação da vantagem competitiva envolveria o que ele chama de estratégias ofensivas e a manutenção dessa vantagem envolveria estratégias defensivas. (PORTER, 2008, Cap. 14).

Porter divide as estratégias ofensivas em dois grandes tipos: estratégias de liderança de custos e estratégias de diferenciação. Um agente econômico deve identificar, a partir de uma análise dos fatores que influenciam as forças competitivas na sua indústria, quais as forças mais relevantes, e qual a melhor estratégia para criar uma posição de vantagem. (PORTER,

2008, p. Cap. 1) Por exemplo, numa indústria madura, em que há pouco espaço para redução de custos, a única estratégia viável para criar uma posição de vantagem competitiva pode ser a diferenciação do produto.

Já estratégias defensivas, para Porter, não buscam “*per se*” aumentarem essa vantagem competitiva. Ao contrário, o objetivo de uma estratégia defensiva seria, na essência, influenciar a tomada de decisão de um entrante ou rival para que ele deixe de considerar um ataque à empresa como vantajoso. Isso pode ser feito por meio da criação ou aumento de barreiras estruturais, da sinalização de que a empresa está disposta a retaliar para defender sua posição e/ou de que os ganhos para o entrante/rival serão baixos. (PORTER, 2008, Cap. 14)

Todavia, uma análise dos exemplos de estratégias defensivas, e das ações envolvidas nessas estratégias, deixa claro que as categorias de Porter não podem ser simplesmente copiadas para o âmbito do direito da concorrência, a fim de serem utilizadas como critério de separação entre condutas eficientes e condutas contrárias às forças de mercado. As categorias criadas por Porter estão antes relacionadas ao papel que a ação cumpre na estratégia competitiva geral da empresa, do que ao impacto da ação nas forças competitivas. Em outras palavras, uma ação é classificada como defensiva não porque prejudica as forças de mercado, mas sim porque seu papel na estratégia geral da empresa é auxiliar – i.e. sustentar a vantagem competitiva buscada, e não criá-la ou aumentá-la. Mudando-se a estratégia da empresa, a mesma ação poderia, em muitos casos, ser classificada como ofensiva. Abaixo alguns exemplos, todos retirados de Porter (2008, Cap. 14):

- **Trabalhar com uma ampla linha de produtos:** caso a estratégia geral da empresa seja ganhar uma posição de vantagem competitiva em apenas uma variação do produto, trabalhar com toda a linha seria considerada uma estratégia defensiva, na medida em que impede o rival/entrante de ganhar força com um produto onde a empresa não trabalha para, depois, atacar o produto principal da empresa. Todavia, fosse a estratégia da empresa ganhar sinergias geradas pela atuação em toda a linha de produtos, então a estratégia poderia ser considerada ofensiva, pois relacionada ao objetivo principal da empresa.
- **Aumentar custos de troca dos consumidores por meio de investimentos conjuntos com os clientes e do fornecimento de treinamentos específicos ao produto da empresa:** caso a estratégia geral da empresa não envolva a atuação em um nicho específico de consumidores, então essa estratégia será defensiva, pois apenas dificulta a ação dos rivais em vender para seus clientes, não estando diretamente relacionada à

criação da vantagem competitiva. Mas, caso essa ação esteja ligada a uma estratégia de atuar com determinado tipo de clientes (dando a percepção de dedicação exclusiva a esses clientes), em vez de atuar com todo o mercado, então ela seria ofensiva.

- **Aumento de gastos com marketing, P&D e o constante lançamentos de novas gerações de produtos:** caso a estratégia da empresa não seja diferenciar-se, então estas ações serão defensivas, pois seu propósito na estratégia geral da empresa é mostrar aos rivais/entrantes que eles terão de realizar gastos que diminuirão seus lucros e, com isso, desincentivar o ataque. Por outro lado, se a estratégia geral for a criação de uma imagem de empresa diferenciada e inovadora, então tais ações seriam ofensivas, pois essenciais à criação da posição de vantagem competitiva almejada.
- **Contratos de exclusividade com canais de distribuição:** caso a estratégia da empresa não envolva redução de custos e/ou diferenciação por meio da utilização de canais de distribuição próprios, então essa estratégia é defensiva, pois apenas torna mais difícil que um rival distribua seus produtos. Contudo, caso a estratégia da empresa seja aquela, então ela poderia ser também ofensiva, já que auxiliaria na criação de uma posição de vantagem competitiva.

Apesar de não ser possível copiar o critério de diferenciação de Porter, sua leitura me permitiu identificar que algumas das ações defensivas parecem atuar sempre por meio do aumento de rivalidade, independente do papel que cumpram na estratégia geral da empresa (e.g. P&D, marketing e marcas de combate são formas de sinalizar que há rivalidade no mercado e que, portanto, a lucratividade ali não será muito alta). Por outro lado, outras estratégias parecem ter uma função impeditiva da rivalidade dos demais agentes, ainda que possam fortalecer a rivalidade da empresa que a pratica em determinadas ocasiões (e.g. contratos de exclusividade podem impedir a entrada de um rival, mesmo que não sejam eficientes). Ou seja, um critério capaz de diferenciar entre as ações compatíveis com o funcionamento adequado das forças de mercado e as que prejudicam esse funcionamento parece ser o impacto que a ação tem na rivalidade⁴⁹: i.e. se ela bloqueia a rivalidade ou apenas a incrementa.

Esse impacto na rivalidade pode ser justamente o conceito de eficiência que faltava para a aplicação adequada do teste Elhauge. Ou seja, se uma conduta prejudica um rival

⁴⁹ Uma vez que a atuação das forças rivalidade, potenciais entrantes e substitutos é basicamente a mesma – i.e. exercem pressão sobre o preço das empresas atuantes no mercado ao oferecerem uma alternativa para o consumidor, ou ameaçarem fazê-lo – ao me referir aqui ao impacto na rivalidade, estarei me referindo ao impacto nas três, a menos que o contexto indique o contrário.

apenas porque incrementa a rivalidade no mercado, pode-se considerar que ela é eficiente, pois mantém em atuação as forças de mercado capazes de maximizar bem-estar social. Por outro lado, se uma prática prejudica o rival porque impede a atuação da rivalidade, ela impediria a atuação adequada das forças de mercado e, conseqüentemente, o resultado delas esperado. Resta agora então definir, de forma um pouco mais clara, como identificar uma conduta que fortalece a rivalidade no mercado, em oposição a uma que, na verdade, prejudica a atuação dessa força.

(ii) – Como identificar condutas que aumentam a rivalidade no mercado?

Mais uma vez, entendo que o trabalho de Porter pode indicar o caminho para identificar quando uma conduta fortalece a rivalidade no mercado. O autor indica que algumas estratégias defensivas só atingem o resultado esperado caso criem valor para o consumidor. Por exemplo, investimentos em marketing, marcas de combate, aumento da linha de produtos, descontos seletivos, dentre outras, só funcionam porque os consumidores valorizam as ações realizadas. Caso não valorizem, o rival não precisaria copiar as ações e elas não serviriam para desincentivar seu ataque. (PORTER, 2008, Cap. 14)

Entendo que é justamente a criação de valor para o consumidor que caracteriza um aumento da rivalidade no mercado. Isso fica ainda mais claro ao analisar-se a forma como essa força competitiva atua. Os rivais num mercado – bem como potenciais entrantes e substitutos – pressionam a lucratividade uns dos outros ao diminuírem preços e/ou aumentarem a percepção de qualidade de seus produtos. Em ambos os casos, fica claro que a rivalidade atua gerando valor ao consumidor. Assim, é possível concluir que o conceito de eficiência que faltava ser definido no teste Elhauge é justamente o valor criado ao consumidor. A resposta à pergunta de Elhauge depende de saber, então, qual o valor que determinada prática gera ao consumidor e se o poder de mercado e o prejuízo aos rivais eventualmente resultantes dessa prática decorrem totalmente desse valor; ou se ocorreriam mesmo que esse valor não existisse.

(iii) – Aplicando o teste Elhauge

Identificado o que entendo por eficiência, posso agora propor a seguinte operacionalização do teste Elhauge que seria capaz de identificar condutas exclusionárias contrárias ao bem jurídico exposto no capítulo 2, em qualquer tipo de conduta:

(1) O primeiro passo é identificar se uma conduta é contrária ao funcionamento das forças de mercado, ou se é mera decorrência dessas forças. Para isso, é preciso identificar se a prática representa um incremento à atuação da rivalidade ou se a bloqueia, o que pode ser feito por meio de duas perguntas:

- a. qual o valor que a conduta gera ao consumidor?; e
- b. caso um rival hipotético fosse capaz de gerar esse mesmo valor, ele seria prejudicado?

O raciocínio por trás das perguntas é: um rival capaz de oferecer o mesmo grau de rivalidade (i.e. o mesmo valor ao consumidor) não seria prejudicado, a menos que a conduta impedisse ou prejudicasse significativamente o funcionamento dessa força de mercado (e, possivelmente, também dos entrantes e substitutos). Todavia, como ainda podem existir outras forças capazes de manter o funcionamento adequado das forças de mercado como um todo, a depender da sua relevância, é preciso passar para o segundo passo do teste;

(2) O segundo passo é identificar se a conduta é capaz de aumentar ou manter poder de mercado⁵⁰. Esse passo é necessário, pois, apesar do resultado poder de mercado nem sempre ser decorrente de uma conduta que prejudicou o funcionamento adequado das forças de mercado, uma vez realizado o passo 1, é possível inferir com segurança que, naquele caso, o poder de mercado resultou de um prejuízo ao bem jurídico. Por outro lado, se não houver poder de mercado, isso significa que, apesar do prejuízo à rivalidade, por exemplo, as demais forças continuam a proteger a maximização de bem-estar social.

Note-se que essa etapa do teste não significa que qualquer ação que resulte em uma eliminação de concorrente seria condenada. Ao contrário, apenas o prejuízo significativo da força da rivalidade, e não de um concorrente, passaria pela primeira etapa.

⁵⁰ Por poder de mercado entende-se aqui a habilidade de cobrar preços supracompetitivos. Note-se que tal habilidade nem sempre é resultante de um prejuízo ao funcionamento adequado das forças de mercado – tal como exposto acima. Mas, sempre que houver esse prejuízo (identificado no passo 1), o resultado será um agente capaz de aumentar preços acima do nível competitivo.

Ademais, poder-se-ia alegar que esse teste puniria qualquer aumento pouco significativo de poder de mercado⁵¹. Contudo, há dois contra-argumentos. (i) Essa crítica está, em geral, associada ao fato de que o poder de um agente de aumentar seus preços decorre, por vezes, de estratégias de diferenciação, o que é benéfico - contudo, tais condutas não seriam punidas, pois não passariam pela primeira parte do teste aqui proposto. (ii) O fato de que uma conduta não permite que o agente cobre preços extraordinariamente mais altos tem mais relação com as características específicas da indústria em que atua (se trata-se de um bem essencial, ou não, e.g.) do que com o adequado funcionamento das forças de mercado; mesmo que um aumento previsto de preços seja baixo, o fato de que ele decorreu de uma conduta que prejudicou significativamente uma das forças mais relevantes (a rivalidade) provavelmente significa que o funcionamento adequado das forças de mercado naquela indústria foi prejudicado (caso as demais forças fossem relevantes, não haveria previsão de aumento de preços).

Passadas essas duas etapas, duas questões ainda ficam pendentes, porém: (b) qual o papel do requisito de posição dominante nesse teste?; (c) esse teste admite a apresentação de uma defesa fundada em eficiências compensatórias?

5.b – Qual o papel do requisito de posição dominante?

A elaboração do teste acima deixa claro que uma conduta só será capaz de prejudicar o bem jurídico protegido pelo direito da concorrência (o funcionamento adequado das forças de mercado) quando for capaz de criar ou manter poder de mercado. Como já indicado no primeiro capítulo, o poder de mercado é identificado, em geral, com certa independência do agente em relação às forças de mercado, permitindo que ele aumente ou mantenha seus preços acima do nível competitivo (LANDES; POSNER, 1981, p. 939). E, ao mais, diz-se que um agente é dominante quando detém significativo “poder de mercado” (LANDES; POSNER, 1981, p. 939). Em vista disso, a pergunta que surge é: qual a diferença entre o segundo passo do teste acima e a exigência de posição dominante exposta na capítulo 1?

⁵¹ O que poderia ser criticado, tendo em vista que o teste aqui proposto não admite uma defesa com base em eficiências produtivas, como será exposto na próxima seção.

A diferença é que o requisito da posição dominante serve como um filtro para identificar aqueles agentes que seriam capazes de prejudicar significativamente a atuação da rivalidade, e não para saber se o agente possui a capacidade de cobrar preços supracompetitivos (foco do segundo passo do teste proposto na parte anterior).

Para que uma conduta seja capaz de bloquear a rivalidade, é preciso que o agente tenha porte suficiente para afetar o funcionamento dessa força, além da entrada e dos substitutos. Por exemplo, um agente com apenas 20% de market share em um mercado não seria capaz de, por meio de um contrato de exclusividade com seus distribuidores, impedir que os demais concorrentes exerçam rivalidade. Uma vez que o próprio agente é capaz de atuar com apenas 20% de market share, pode-se inferir que há espaço suficiente para que os demais agentes atuem e exerçam de forma plena a sua rivalidade. Não obstante, esse mesmo agente, caso produza um produto diferenciado, poderia ser capaz de cobrar preços supracompetitivos.

Todavia, ainda que o market share tenha um significado importante, ele não é o único fator. Num mercado em que as barreiras à entrada sejam baixas e a criação de distribuidores não seja custosa, mesmo um agente com 80% de market share poderia não ser capaz de bloquear a rivalidade do mercado por meio de um contrato de exclusividade, por exemplo. Seus rivais e potenciais entrantes seriam capazes de criar seus próprios distribuidores e, assim, manter o adequado funcionamento dessas forças.

Assim, a exigência de posição dominante visa simplificar a aplicação do tipo abuso de posição dominante, excluindo do escopo da norma aqueles agentes que, dado o seu porte, nunca conseguiriam prejudicar o bem jurídico protegido pelo direito da concorrência. Mas, para que esse elemento de fato cumpra sua função, precisamos fornecer um conceito claro do que seja “posição dominante”.

Tendo em vista a sua função, descrita acima, para identificar uma posição dominante deve-se perguntar acerca da capacidade de um agente controlar não seus próprios preços, mas sim os preços do mercado como um todo (KLEIN, 1993, p. 78). Um aumento de preços em todo o mercado depende de um funcionamento inadequado das forças competitivas, ao passo em que um aumento dos preços do agente pode decorrer de uma estratégia de diferenciação⁵².

Para responder a essa pergunta, fatores como o market share do agente num mercado relevante bem definido, barreiras à entrada, poder de barganha de consumidores e

⁵² Note-se que, apesar de o segundo passo do teste exposto acima referir-se à capacidade do agente aumentar seus preços, a pergunta que é feita é se a conduta – que já foi caracterizada como bloqueio à rivalidade no passo 1 – é capaz de gerar o aumento de preços. Portanto, não é possível confundir o aumento de preços como mera estratégia de diferenciação naquela etapa.

fornecedores, dentre outros fatores ligados às forças competitivas de Porter assumem relevância especial. A resposta, na maior parte dos casos, dependerá de uma alta participação de mercado e de elevadas barreiras à entrada, e a medida necessária de cada fator só poderá ser determinada no caso concreto. Mas o conceito aqui desenvolvido deixa claro que esses fatores possuem relevância própria, e não são utilizados como mero proxy para a elasticidade da demanda enfrentada por uma empresa. (ELHAUGE, 2003-a, p. 334-337)

Em suma, o elemento posição dominante nada mais é do que uma situação de mercado que permite ao agente investigado influenciar e prejudicar o funcionamento adequado das forças de mercado. Por isso é que, independente de estar ou não explícita sua exigência na lei, na prática ele será sempre necessário. A sua transformação em um elemento anterior à própria análise da violação ao bem jurídico que deve ser protegido pelo direito da concorrência visa apenas economizar recursos, abreviando a análise de casos que, dada a posição do agente, nunca poderiam resultar em prejuízo às forças de mercado.

5.c – Qual o papel da defesa com base em eficiências compensatórias?

Por fim, o último elemento é a chamada defesa com base em eficiências. Entendo que a primeira pergunta a ser respondida aqui é: um ato que causa prejuízo ao bem jurídico pode tornar-se lícito quando são comprovadas eficiências produtivas?

Para responder a essa pergunta, é preciso lembrar que o bem jurídico que deve ser protegido diretamente pelo direito da concorrência é o funcionamento adequado das forças de mercado, e não o resultado esperado delas. A defesa baseada em eficiência é um elemento intrinsecamente relacionado às concepções que enxergam no objetivo do direito da concorrência a proteção direta do resultado (seja ele o bem-estar social geral ou o do consumidor). Apenas nesse contexto é que faria sentido dizer que as eficiências elidem a ilicitude da conduta, pois um resultado líquido positivo seria equivalente à ausência de dano ao bem jurídico. Quando se está tratando do bem jurídico enquanto processo (i.e. o funcionamento adequado das forças de mercado), seria possível, ao menos em tese, que uma conduta prejudicasse o bem jurídico e, ao mesmo tempo, gerasse eficiências produtivas⁵³.

⁵³ Tomo o exemplo de um contrato de exclusividade realizado entre um agente detentor de 80% de um mercado e seus distribuidores (também com 80% da capacidade de distribuição do mercado). O exemplo trata de um mercado em que as barreiras à entrada, as economias de escala, e o custo de montar novos distribuidores são bastante elevados. É possível que esse contrato tenha como resultado (i) eficiências produtivas relacionadas à redução dos custos da empresa e, ao mesmo tempo, (ii) o fechamento do mercado para os rivais, incapazes de atuar de forma eficiente com apenas 20% do mercado e da distribuição. Caso se considere que o bem jurídico a

Todavia, nesse caso, a conduta ainda assim seria ilícita, se entendermos ilicitude enquanto violação ao bem jurídico. Em consequência, caso fosse admitida uma defesa fundada em eficiências produtivas, essa teria de ser antes uma isenção de punição do que algo capaz de elidir a ilicitude da prática. Surgiria, então, uma segunda pergunta: essa isenção é justificável?

Entendo que uma conduta que seja capaz de prejudicar o funcionamento adequado das forças de mercado e, ao mesmo tempo, gerar eficiência produtiva não deve ser permitida. Mesmo que, a curto prazo, as eficiências pareçam aumentar o bem-estar social, o desestímulo a comportamentos eficientes causado pelo prejuízo ao funcionamento adequado das forças de mercado permanecerá a longo prazo, impedindo a maximização de bem-estar social esperada desse processo. O caso do monopólio natural não é exceção, como indicado acima na nota 14. Ao contrário, admitir uma isenção para prejuízos ao funcionamento adequado das forças de mercado em casos de monopólio natural poderia resultar no impedimento (i) a que efetivamente o agente mais eficiente ocupe a posição de monopolista e (ii) a que, eventualmente, o avanço tecnológico destrua esse monopólio natural.

Em suma, entendo que o legislador presumiu que a proteção ao funcionamento adequado das forças de mercado (livre concorrência) é o modo mais eficaz de maximizar bem-estar social a longo prazo. Assim, não é possível que eficiências produtivas isentem uma conduta que prejudique esse bem jurídico. E, de fato, essa parece ser a melhor solução, tendo em vista que a nossa capacidade de identificar os resultados de uma conduta no caso concreto – em termos de bem-estar social – é bastante limitada. Consequentemente, a forma encontrada pelo legislador para evitar que os erros na aplicação da lei acabassem prejudicando os próprios objetivos da lei (i.e. a maximização do bem-estar social) foi proteger o processo gerador do bem-estar. Assim, tem-se a certeza de que o incentivos capazes de gerar bem-estar social de forma sustentada serão sempre protegidos.

ser protegido é funcionamento adequado das forças de mercado, isso implicaria em que a conduta pudesse, ao mesmo tempo, prejudicar o funcionamento adequado das forças de mercado e gerar eficiências produtivas.

Capítulo 6 – O Cenário Brasileiro

Nos capítulos anteriores busquei analisar a doutrina e experiência internacionais e propus o que entendo ser um teste adequado para identificar condutas exclusionárias ilícitas (o teste Elhauge, tal como operacionalizado no capítulo anterior). Diante disso, o objetivo deste capítulo é tentar entender quais teriam sido os testes aplicados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em alguns casos passados e expor qual seria o resultado se o teste proposto no capítulo anterior fosse aplicado. Assim, espero aproximar o trabalho do contexto brasileiro e, com isso, poder contribuir para o desenvolvimento da prática brasileira. Para isso, o capítulo será dividido em duas partes: (a) análise do teste proposto pelos Anexos I e II da Resolução nº 20/99 do CADE (“Resolução”); (b) análise de casos emblemáticos.

6.a – Anexos I e II da Resolução nº 20/99 do CADE

Apesar de não ser exaustiva, nem vinculante, o objetivo da Resolução é mostrar os passos que, a princípio, as autoridades seguiriam a fim de identificar se determinada conduta é ou não contrária à legislação concorrencial. A Resolução não divide as condutas analisadas em unilaterais e concertadas, como optei por fazer neste trabalho. As condutas ali analisadas são divididas em horizontais ou verticais, a depender do modo como são implementadas. Todavia, uma vez que o teste ali desenvolvido é o mesmo para todas as condutas, é possível analisá-lo aqui como tendo sido, à época, a escolha do CADE para lidar com condutas exclusionárias.

De início, fica claro que a Resolução optou por um teste relacionado à mensuração do resultado da prática analisada em termos de bem-estar social, como se depreende da afirmação feita, ainda na introdução, no sentido de que é preciso “*apurar [os] efeitos líquidos sobre o mercado e o consumidor*” da prática investigada (CADE, 1999, p. 2). Ainda que não fique claro se o bem-estar a ser considerado será apenas o do consumidor ou se seria o bem-estar social como um todo, o relevante é que o teste adotado é uma variação de *welfare test*.

De forma similar ao *Guidance Paper*, a Resolução tem duas partes principais. No Anexo II é exposto o teste utilizado para identificar uma conduta exclusionária ilícita, o qual, em suma, pede que o aplicador pondere os efeitos anticompetitivos e as eficiências de tal conduta (CADE, 1999, p. 12-14). E, para facilitar a aplicação desse teste, a Resolução

fornece, no Anexo I, exemplos de efeitos anticompetitivos e eficiências que podem ser encontrados em diversas condutas (CADE, 1999, p. 2-6).

Por se tratar de um *welfare test*, as mesmas críticas expostas acima em relação ao *consumer welfare test* poderiam ser feitas ao teste aplicado pela Resolução: o foco no resultado de uma determinada conduta no bem-estar social, num dado momento, e não no impacto dela sobre o funcionamento das forças de mercado é inadequado. Além de ser de difícil aplicação, a análise da licitude de uma conduta pelo seu resultado pode ter efeitos perversos. Tal teste pode desestimular práticas que aumentam a rivalidade no mercado, gerando valor ao consumidor, simplesmente porque, em determinados casos, a prática pode obter sucesso a ponto de gerar poder de mercado.

Todavia, até mesmo pela sua generalidade, o CADE não restringiu suas análises à metodologia exposta na Resolução. Ao contrário, mesmo para além dos cartéis clássicos, recentemente tivemos um exemplo de que o CADE adota análises diversas a depender do caso concreto. Ao julgar uma conduta de Fixação de Preços Mínimos de Revenda, o então Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo declarou que seria “*possível afirmar sem margem a dúvida que tal sugestão de encaminhamento [o teste da Resolução]... não foi adotada uniformemente na maior parte dos efetivos julgamentos de casos que envolveram restrições verticais hardcore baseadas em preço...*” (VERÍSSIMO, 2013, p. 33). Por esse motivo, é preciso que analisemos alguns casos emblemáticos, a fim de identificar quais os testes parecem ter sido efetivamente aplicados pelo CADE.

6.b – Casos Emblemáticos

A fim de avaliar os testes aplicados pelo CADE e analisar qual seria o impacto da aplicação do teste proposto neste trabalho, esta parte será dividida em 5 seções. Cada seção tratará de uma modalidade diferente de conduta exclusionária, expondo (i) qual teste parece ter sido aplicado pelo CADE à conduta em determinado precedente e (ii) qual teria sido o resultado caso o teste aqui proposto tivesse sido aplicado.

6.b.1 – Fixação de Preços Mínimos de Revenda⁵⁴ – Caso SKF

(i) – Fatos do Caso e Teste Aplicado pelo CADE

Em breve síntese, o caso trata da adoção pela empresa SKF do Brasil, após solicitação de seus distribuidores autorizados, de uma política de margens de lucro mínimas para os últimos. A prática teria durado em torno de 7 meses e foi analisada pelo CADE como uma fixação de preços mínimos de revenda (FPR) (CARVALHO, 2011, p. 6).

Foram proferidos diversos votos no caso, cada um expondo razões próprias para arquivar o caso ou condenar a empresa. Todavia, para fins deste trabalho, exporei apenas os testes aplicados pelos então Conselheiros Vinícius de Carvalho (“voto vencedor”), Marcos Paulo Veríssimo (“voto concorrente”), e César Mattos (“voto vencido”).

A regra adotada explicitamente pelo voto vencedor, e posteriormente operacionalizada pelo voto concorrente, foi a “ilicitude pelo objeto” – i.e. presume-se que a FPR é ilícita e atribui-se à parte o ônus de provar que, no caso concreto, seu resultado líquido é positivo⁵⁵ (CARVALHO, 2011, p. 33-34; 64) (VERÍSSIMO, 2013, p. 51-54). Ou seja, o CADE parece ter adotado uma variação do *consumer welfare test* (a qual atribui peso maior aos efeitos anticompetitivos, pois presumidos), adaptada às circunstâncias específicas da FPR.

A adoção do *consumer welfare test* poderia ser inferida também das razões dos votos vencedor e concorrente. Em síntese, ambos os votos reconhecem que a conduta pode gerar efeitos anticompetitivos e eficiências. Todavia, os primeiros seriam frequentes e regulares, enquanto as eficiências são incertas (CARVALHO, 2011, p. 24). E uma das razões indicadas para essa conclusão é que ao menos um efeito seria “*incontestável*”: o aumento de preços intramarca (VERÍSSIMO, 2013, p. 8)⁵⁶. Ou seja, o foco no preço praticado indica que o standard aplicado é um *consumer welfare test*, já que o preço final é o resultado imediato da conduta no consumidor, não estando necessariamente relacionado com seu impacto nas forças de mercado. Ademais, a admissão de uma defesa baseada em eficiências indica que o teste

⁵⁴ Apesar de esse tipo de conduta ser tratada em jurisdições como EUA e União Europeia como conduta concertada, optei por inserir a análise do caso SKF neste trabalho, uma vez que ela também pode ser considerada como conduta exclusionária unilateral. Ao mais, o próprio Superintendente-Adjunto do CADE indicou o caso como um dos exemplos recentes de caso de abuso de posição dominante (RODRIGUES, 2013, p. 7).

⁵⁵ Tal ônus incluiria não só a comprovação de eventuais eficiências, mas também de ausência de poder de mercado e efeitos anticompetitivos. A defesa não estaria disponível em casos nos quais a FPR tenha decorrido de iniciativa dos distribuidores, como era o caso da SKF (VERÍSSIMO, 2013, p. 51-54).

⁵⁶ Outra razão relevante é o fato de que a conduta poderia facilitar colusão *upstream* e/ou *downstream*. (CARVALHO, 2011, p. 49).

aplicado envolve a mensuração do resultado líquido da conduta em termos de bem-estar social.

Por fim, é interessante notar que também o voto vencido parece ter adotado alguma variação de *welfare test*⁵⁷, apesar de chegar a conclusão distinta. Em síntese, o argumento central do voto é que os únicos potenciais efeitos anticompetitivos da conduta são decorrentes da facilitação de cartel *upstream* ou *downstream*. Isso porque um fabricante não teria incentivo anticoncorrencial para aumentar os preços *downstream*, uma vez que, ausente alguma eficiência, o único efeito da conduta seria uma redução de suas margens de lucro. Como, no caso, os fatos indicavam que a colusão não era provável em nenhum dos mercados, o Conselheiro Mattos optou por absolver a empresa. (MATTOS, 2009, p. 37-39). Ou seja, também o voto vencido parece ter realizado uma análise da possibilidade de efeitos anticompetitivos e só não chegou a compará-los com eventuais eficiências da prática porque a possibilidade dos primeiros efeitos não foi demonstrada a contento.

(ii) – *Aplicação do teste Elhauge*

Nota-se que os efeitos apontados pela decisão do CADE não são exclusionários, pois não envolvem prejuízo a um concorrente. Assim, para aplicar o teste aqui proposto, utilizarei de outro possível efeito, esse exclusionário: seria possível alegar que a FPR é capaz de dificultar a entrada de um competidor *upstream*, pois ele teria que oferecer margens maiores aos distribuidores para que eles distribuam seus produtos (ASKERY; BAR-ISAACZ, 2011). Todavia, aplicando-se o teste proposto no capítulo 5, nota-se que não se trata de efeito exclusionário ilícito. Ainda que a conduta pudesse ser capaz de manter o poder de mercado *upstream*, isso decorreria totalmente das eficiências da conduta. Em outras palavras, se o entrante hipotético é capaz de vender um produto cujo valor gerado ao consumidor é igual ao valor que a FPR cria para o produto do agente que pratica a conduta, ele seria capaz de vender tal produto ao mesmo preço que o praticante da conduta. Porém, uma vez que o distribuidor do entrante hipotético não precisará incorrer nos custos de serviço que a FPR incentiva, ele terá uma margem ainda maior do que as dos distribuidores do agente que pratica a FPR⁵⁸.

⁵⁷ Uma vez que o Conselheiro Mattos não chegou a comparar eficiências e efeitos anticompetitivos, pois entendeu que os últimos não existiam, e as primeiras não haviam sido demonstradas, não ficou claro se ele adotava como bem jurídico o bem-estar social geral ou o bem-estar do consumidor no sentido literal. (MATTOS, 2009, p. 39) Em todo caso, o teste envolvia alguma forma de mensuração do resultado líquido da conduta.

⁵⁸ Note-se que tal raciocínio é o mesmo se a conduta não gera eficiências. Nesse caso, a FPR se igualaria a um desconto oferecido pelo fabricante. Desde que não esteja abaixo do custo, o entrante poderia oferecer seu

(iii) – Conclusão

O teste proposto no capítulo 5 mostra que, ao menos sob o ponto de vista do abuso exclusionário unilateral de posição dominante, a FPR trata-se antes de uma estratégia de diferenciação do que de uma prática capaz de prejudicar o funcionamento adequado das forças de mercado. Ou seja, não poderia ser condenada enquanto conduta exclusionária unilateral.

Todavia, a decisão do CADE ainda assim condenou a prática como abuso unilateral de posição dominante, alegando, como fundamento, que: (i) a prática reduz a competição intramarca entre os distribuidores (similar a facilitar colusão *downstream*); e (ii) facilita um cartel *upstream*. Tais fundamentos também não me parecem adequados. Em primeiro lugar, a redução da competição entre os distribuidores ocorre somente em relação ao preço. Para que isso seja equivalente a uma redução da competição e não a uma estratégia de diferenciação, é preciso que haja condições propícias à, ou uma efetiva, colusão entre os distribuidores. Caso haja uma efetiva colusão – e.g. quando a FPR parte deles – me parece que se trata de cartel, devendo os distribuidores serem punidos por tal conduta, e não o fornecedor por FPR. Já a acusação de que a FPR facilitaria a colusão *downstream* me parece ilógica, uma vez que em tais condições a FPR provavelmente não traria os benefícios da diferenciação que o produtor espera, apenas reduzindo seus lucros, o que faria com que ele mesmo acabasse com a prática. Caso ele a mantenha, é porque (i) ele recebe algum benefício em termos de diferenciação, ou (ii) de fato há um cartel *downstream* que o obriga a manter a prática. Por fim, em relação ao segundo fundamento do CADE – facilitar colusão *upstream* – apesar de não me parecer impossível, sua análise dependeria de o mercado *upstream* apresentar condições propícias à colusão. Todavia, o teste do CADE condenaria qualquer FPR praticada por agente com mero poder de mercado unilateral, apesar da conduta ser apenas uma estratégia de diferenciação.

Em suma, dada a improbabilidade de que a FPR prejudique o adequado funcionamento das forças de mercado, o teste aplicado pelo CADE me parece inadequado. A condenação no caso SKF do Brasil parece ter se baseado antes no fato de que a FPR foi solicitada pelos distribuidores, o que indicava a existência de colusão. Contudo, nesse caso, teria sido melhor a abertura de uma investigação de cartel.

produto ao mesmo valor, sem ser prejudicado. Uma vez que ele não praticaria FPR, seu distribuidor poderia vender um pouco abaixo dos demais, e ganhar mercado, aumentando também sua lucratividade.

6.b.2 – Introdução de Novo Produto e Aumento de Custos dos Rivais – AmBev Garrafas I e II

(i) – Fatos do Caso e Teste Aplicado pelo CADE

Esta seção tratará de dois casos envolvendo a introdução de garrafas proprietárias de cerveja por parte da AmBev. No caso AmBev Garrafas I, investigou-se a introdução de uma garrafa de 630 ml nos estados do Rio de Janeiro (para Skol) e Rio Grande do Sul (Bohemia). Uma vez que o caso terminou em acordo (RAGAZZO, 2010), tentarei extrair qual teria sido o teste aplicado pelo CADE ao conceder a medida preventiva. O caso AmBev Garrafas II investigou a introdução da garrafa de 1 litro, e terminou em arquivamento no mérito. Em ambos os casos, a acusação era de que a introdução de garrafas com logomarca própria e não intercambiáveis causaria (i) aumentos de custos de separação de garrafas de cada marca nos pontos de venda, levando a que esses pontos optassem por vender apenas uma marca (no caso, a AmBev), e (ii) aumento de custos dos rivais, que não poderiam mais compartilhar de um sistema de garrafas em comum com a AmBev.

No caso AmBev Garrafas I, o Conselheiro Prado ordenou que a empresa se abstinhasse de expandir o uso dessas garrafas para outros estados, pois isso poderia causar a eliminação dos concorrentes (PRADO, 2008, p. 8). Não fica claro qual o teste utilizado pelo Conselheiro, pois ele refere-se genericamente à eliminação dos concorrentes causando os efeitos previstos em lei. Em todo caso, uma vez que os efeitos previstos na lei são comumente associados à criação ou manutenção de poder de mercado, seria possível entender que o Conselheiro usou um *consumer welfare test*. Já no caso AmBev Garrafas II, o Conselheiro Ragazzo considerou que a introdução das garrafas proprietárias só seria ilícita caso fossem demonstrados claramente (i) a existência de efeitos anticompetitivos e a incapacidade de rivalidade por parte dos concorrentes, e (ii) que a conduta não seria benéfica, em relação às garrafas compartilhadas, mas apenas uma forma de prejudicar os rivais (RAGAZZO, 2012, p. 12). Ou seja, o caso AmBev Garrafas II parece ter adotado uma variação do *no economic sense test*, uma vez que a racionalidade econômica da conduta seria suficiente para torná-la lícita, mas não para torna-la ilícita (caso em que seria necessário demonstrar também efeitos anticompetitivos). Ao final, a introdução da garrafa proprietária de 630 ml foi condenada (em sede liminar) pois fechava o mercado, e a garrafa de 1 litro foi absolvida porque não tinha essa capacidade e não era uma ação voltada exclusivamente a prejudicar os concorrentes.

(ii) – Aplicação do teste Elhauge

Seguindo os passos indicados no capítulo 5 deste trabalho, tem-se que a introdução de garrafas proprietárias pela AmBev não seria um ilícito, mesmo que o resultado fosse o aumento ou a manutenção de seu poder de mercado.

O valor que a introdução de novas garrafas gera ao consumidor está na criação de um produto com uma aparência melhor, talvez mais funcional, e com uma percepção de qualidade diferenciada. Ou seja, trata-se de uma estratégia de diferenciação. Caso um concorrente hipotético fosse capaz de gerar esse mesmo valor ao consumidor por meio de seu produto, ele conseguiria exercer rivalidade sobre a AmBev, já que o consumidor, por definição, não teria preferência por um ou outro produto. Assim, pode-se inferir que a prática é um aumento de rivalidade e não um bloqueio às forças de mercado⁵⁹.

Poder-se-ia alegar que o porte e as economias de escala da AmBev fazem com que o uso de garrafas proprietárias represente um custo menor para ela do que para seus concorrentes. Todavia, as economias de escala da AmBev também fazem parte do valor gerado ao consumidor pelo novo produto. Trata-se da introdução de um produto que gera valor tanto pela sua imagem quanto pelos seus menores custos. Mas isso não significa que a rivalidade no mercado está bloqueada pela economia de escala. Ao contrário, demonstra que a rivalidade está ativa o fato de que, para manter-se com esse porte, a empresa realiza investimentos em marketing e inovação, justamente porque sabe que um concorrente igualmente eficiente poderia ameaçar sua posição. Um concorrente que seja capaz de criar valor ao consumidor semelhante ao valor criado pela AmBev seria capaz de angariar investimentos para desenvolver sua marca e suas formas de distribuição e, assim, competir com a AmBev, ainda que com garrafas proprietárias.

(iii) – Conclusão

O caso das garrafas fortalece os argumentos já levantados acima em relação à inadequação de variações de teste que se proponham a vincular a licitude de uma conduta ao seu resultado líquido em termos de bem-estar social. O caráter imprevisível das preferências do consumidor faz com que seja possível haver divergências razoáveis sobre o resultado líquido de uma

⁵⁹ Interessante notar que o sistema compartilhado de garrafas antes existente, ao servir de contraste, deixa claro o caráter de rivalidade da introdução da garrafa proprietária. O sistema consistia, grosso modo, num acordo entre os rivais para não competirem por meio de diferenciação da embalagem. Todavia, a introdução das garrafas proprietárias permite esse tipo de competição, além de não eliminar as demais: por preço, qualidade, etc.

prática comercial no bem-estar social num dado momento. Todavia, ausente algum impacto negativo no funcionamento adequado das forças de mercado, elas permanecerão atuando e fazendo com que outros concorrentes sejam incentivados a adotarem suas próprias estratégias para competir, resultando na maximização do bem-estar social a longo prazo. Ao passo em que a proibição desincentivaria tais estratégias, podendo prejudicar o bem-estar social.

6.b.3 – Descontos de Exclusividade – AmBev Tô Contigo

(i) – Fatos do Caso e Teste Aplicado pelo CADE

Trata o caso AmBev Tô Contigo de acusação de exclusão de rivais por meio de programas de descontos e outras vantagens vinculados à exclusividade, ou a limitação no volume de compra de outras marcas, por parte dos pontos de venda. Em síntese, o CADE concluiu que tal programa seria ilícito, uma vez que, dado o volume de vendas da AmBev, um concorrente teria de oferecer um valor substancialmente maior do que o oferecido pela AmBev a fim de induzir o ponto de venda e não se tornar exclusivo. Isso porque o ponto de venda perderia todo o desconto oferecido pela AmBev em valor absoluto⁶⁰. Ao se aplicar esse valor absoluto ao menor volume de vendas dos rivais (que seriam incapazes de competir por uma quantidade equivalente à da AmBev), o resultado é que o desconto a ser oferecido por eles deveria ser, proporcionalmente, maior.

Novamente, a análise do CADE não é clara em relação a qual foi o teste aplicado no caso. Todavia, entendo que há elementos que indicam a aplicação do *consumer welfare test*. Em primeiro lugar, em determinado trecho do seu voto, o Conselheiro Furlan indica que, para que uma ação seja considerada anticompetitiva, é necessário que ela possa reduzir o bem-estar social (FURLAN, 2009, p. 72). Ademais, o voto ainda indica como consequências prejudiciais do programa a “*elevação dos preços ou, até mesmo, a saída de um rival igualmente eficiente do mercado*” (FURLAN, 2009, p. 78). Ainda que o último trecho possa indicar o uso do teste CHIE, o próprio voto deixa claro que, “*mesmo que o preço efetivo das cervejas adicionais compradas...como exigência do programa esteja acima do custo médio total, pode haver... fechamento... se o sistema de descontos puder excluir entrantes que poderiam ajudar a melhorar a situação competitiva no mercado*” (FURLAN, 2009, p. 77).

⁶⁰ Ressalvo que a ocorrência ou não da exclusividade e a perda total do desconto foram questões de fato bastante controversas no caso. Todavia, uma vez que estou usando o caso apenas como ponto de partida para analisar o tipo de conduta de “descontos de exclusividade”, assumirei os fatos narrados acima como verdadeiros.

Ou seja, o teste aplicado parece buscar a proteção de concorrentes, ainda que menos eficientes, na medida em que essa proteção seja necessária à manutenção de preços baixos (bem-estar do consumidor) – tal como um clássico *consumer welfare test*.

(ii) – Aplicação do teste Elhauge

O primeiro passo para a aplicação do teste proposto no capítulo 5 é identificar o valor gerado ao consumidor pela prática investigada. No caso, o valor gerado são os menores preços pagos em virtude dos descontos concedidos como contrapartida da fidelidade. Para verificarmos se eventual prejuízo a um rival decorreria inteiramente desse valor gerado ao consumidor – i.e. do incremento na rivalidade – é preciso verificar se um concorrente hipotético capaz de oferecer os mesmos descontos seria excluído.

A resposta a essa pergunta depende da forma como o desconto é oferecido, da parcela de pontos de venda afetados, do volume de vendas no qual se aplica, e das características do mercado em cada caso – se é caracterizado por competição por lotes ou por consumidores que preferem diversas marcas num mesmo ponto de venda. No caso Tô Contigo, o ponto de venda perderia todo o seu desconto, aplicado sobre todo o volume de compras, caso deixasse de ser exclusivo (uma espécie de penalidade pela quebra da exclusividade), ainda que, em virtude das características do mercado, necessitasse continuar comprando determinada quantidade da AmBev. Assumindo que essa política de descontos se estendesse a todos os pontos de venda e não fosse viável criar mais pontos, a única pergunta necessária seria se o desconto oferecido pelo concorrente hipotético seria suficiente para compensar essa penalidade. Por definição, isso só ocorreria se o concorrente fosse capaz de vender volume ao menos igual ao volume sobre o qual a AmBev distribuía seu desconto. Caso não consiga, a exclusão dos rivais ocorreria e não decorreria totalmente da maior eficiência da conduta praticada (já que o rival hipotético não teria simplesmente de igualar o desconto, mas sim oferecer algo ainda melhor), mas também da posição de mercado da AmBev, independente da eficiência gerada pela conduta.

Em todo caso, a análise deve ser mais detalhada se deixarmos de assumir que todos os pontos de venda foram afetados e/ou que não é viável criar mais pontos. Isso porque, na prática, a impossibilidade de o rival pagar a penalidade criada pelo programa de descontos equivale a um contrato de exclusividade com a empresa que faz o programa. Por isso, seria relevante uma análise de se os pontos de venda fechados pelo programa eram numerosos, relevantes e difíceis de replicar, a ponto de a conduta resultar num funcionamento inadequado

das forças de mercado. Caso houvesse pontos de venda suficientes não afetados pela conduta, por exemplo, então o mero fato de que alguns não estavam disponíveis aos rivais não significaria que a rivalidade havia sido bloqueada, pois os rivais ainda exerceriam pressão por meio de outros pontos de venda – ou ainda criando seus próprios, se viável. A fundamentação do CADE para não realizar essa análise de fechamento foi de que a quantidade de pontos de venda afetados seria expandida, e seria totalmente determinada pela AmBev (FURLAN, 2009, p. 84). Mas não houve análise sobre se os pontos de venda seriam de difícil replicação.

(iii) – Conclusão

Esse exemplo mostra que o *consumer welfare test*, ou qualquer outra variação relacionada ao resultado líquido da conduta em termos de bem-estar social, pode levar a questionamentos que pouco tem a ver com o impacto da prática comercial no funcionamento adequado das forças de mercado. Isso porque a atribuição do valor absoluto do desconto concedido pela AmBev ao volume vendido pelos concorrentes não tem a ver com a eficiência da conduta. Em verdade, um concorrente teria de ser mais eficiente do que a AmBev, pois teria de oferecer um desconto maior, em termos unitários, do que o oferecido por ela.

Entendo que o teste proposto no capítulo 5 parece ser mais adequado, pois foca em verificar se a posição de mercado e a estrutura de descontos é tal que eles servem como efetiva penalidade pela não-exclusividade. Verificado isso, então os questionamentos seriam semelhantes aos de uma prática de exclusividade (e, como será exposto abaixo, a exclusividade é capaz de excluir concorrente independente de gerar eficiências – sendo, por isso, capaz de prejudicar o bem jurídico que deve ser protegido pelo direito da concorrência).

6.b.4 – Exclusividade – Caso CRT

(i) – Fatos do Caso e Teste Aplicado pelo CADE

Trata-se de processo instaurado para apurar a licitude de contratos de exclusividade celebrados entre uma empresa fornecedora de serviços de telefonia móvel (CRT) e pontos de revenda e varejo no Rio Grande do Sul. A acusação era de que a CRT, logo após à abertura do mercado, teria buscado manter sua posição de monopolista assegurando exclusividade sobre tais canais de distribuição.

A decisão do caso foi pela absolvição da empresa, por maioria. Contudo, ambos os votos vencedor (Conselheiro Prado) e vencido (Conselheiro Rigato Vasconcellos) parecem adotar teste semelhante para analisar a conduta.

O Conselheiro Rigato Vasconcellos buscou, em primeiro lugar, realizar uma análise quantitativa do fechamento do mercado (VASCONCELLOS, 2008, p. 20). Concluindo que a conduta resultou em fechamento significativo (cerca de 60%) dos pontos de venda indiretos, o Conselheiro Rigato Vasconcellos realizou ainda uma análise qualitativa, a fim de verificar se esse fechamento do canal indireto (em especial do varejo) teria efeitos anticompetitivos (VASCONCELLOS, 2008, p. 24). Após concluir que sim, analisou se a conduta possuía eficiências que gerassem um resultado líquido positivo, o que foi rejeitado, em virtude da não comprovação de que a exclusividade era necessária para garantir eventuais investimentos nos pontos de venda (VASCONCELLOS, 2008, p. 32). Ou seja, os passos seguidos pelo Conselheiro são passos típicos das variações de *welfare test* que consideram o bem-estar social geral, e não só do consumidor, como parâmetro para a legalidade das condutas.

Já o argumento central da análise do Conselheiro Prado é que a existência de alternativas de distribuição razoáveis aos canais de distribuição fechados pela exclusividade faz com que esta última seja inócua e, conseqüentemente, que não surja a possibilidade de ganhos de monopólio para a CRT. (PRADO, 2008, p. 3) Em vista da impossibilidade de efeitos anticompetitivos, o Conselheiro arquivou o processo, sem sequer iniciar uma análise de eficiências. Por isso, a meu entender, também o voto vencedor teria utilizado uma variação de *welfare test*, uma vez que buscou medir os efeitos anticompetitivos da conduta em termos de “ganhos de monopólio” – i.e. do seu resultado final.

(ii) – Aplicação do teste Elhauge

De acordo com o teste proposto no capítulo 5, para verificar se trata-se de uma conduta exclusionária ilícita, é preciso, em primeiro lugar, identificar qual o valor que a exclusividade gera ao consumidor. No caso concreto, a CRT alegou que a exclusividade protegeria os investimentos que ela teria realizado nos pontos de venda (capacitação, móveis, design, marketing conjunto), evitando que competidores pegassem carona no valor que eles agregavam ao produto final vendido ao consumidor.

Identificada a eficiência, é preciso perguntar acerca da possibilidade de exclusão de um concorrente hipotético que vendesse um produto de valor para o consumidor igual ao do produto vendido pela CRT (após a agregação do valor gerado pelas alegadas eficiências). A

resposta poderia ser tanto afirmativa quanto negativa, a depender da existência de canais alternativos e da parcela de mercado dos canais fechados. Por exemplo, caso o canal de varejo fosse essencial, como pareceu entender o Conselheiro Rigato Vasconcellos, sendo inviável a venda direta e o estabelecimento de novos varejos, os altos graus de fechamento identificados nesse canal poderiam significar que os concorrentes simplesmente não teriam como distribuir esse produto, mesmo que fornecessem produtos de igual qualidade e valor ao consumidor. Ou seja, as forças de mercado poderiam ter seu funcionamento prejudicado.

(iii) – Conclusão

.Em última instância, o teste aqui proposto não diferiria da primeira parte do teste aplicado pelo CADE, pois seu resultado também dependeria da avaliação do aplicador acerca da relevância dos canais fechados no caso concreto. De toda forma, isso não significa que o teste proposto no capítulo 5 esteja inadequado, nem que o teste aplicado pelo CADE seja adequado. O teste aplicado pelo CADE tem a desvantagem de gastar recursos com a análise de defesas baseadas em eficiências compensatórias, sendo que essas não eliminam eventual prejuízo ao funcionamento adequado das forças de mercado. Em outras palavras, o fato de que o resultado pode ser semelhante, em alguns casos, não elimina o desalinhamento entre o *welfare test* e o bem jurídico que entendo deve ser protegido pelo direito da concorrência, fazendo com que o teste atualmente aplicado pelo CADE não seja recomendado.

6.b.5 – Bundling – Steel Placas

(i) – Fatos do Caso e Teste Aplicado pelo CADE

Em 2012, o CADE condenou a empresa Comepla – detentora de monopólio legal na prestação de serviços de emplacamento e lacração de placas especiais em São Paulo – por discriminar entre clientes que adquiriam as placas especiais da empresa e clientes que adquiriam as placas especiais de concorrentes. A conduta consistia em que a empresa cobrava determinado valor pela sua placa e isentava aqueles que comprassem sua placa de qualquer taxa pelos serviços de emplacamento. Por outro lado, daqueles que adquiriam as placas dos concorrentes era cobrada taxa no mesmo valor da placa vendida pela Comepla.

Apesar do CADE ter chamado essa conduta de discriminação de preços, entendo que ela também poderia ser analisada como um caso de *bundling*. Isso porque os mesmos fatos

poderiam ser interpretados como a cobrança de determinado valor (de todos os clientes) pelos serviços de emplacamento (onde a empresa é monopolista), junto do fornecimento da placa como brinde (onde a empresa enfrenta concorrência).

Em relação ao teste aplicado, o Conselheiro Carlos Ragazzo enfatiza que “...*foi necessário analisar [os] efeitos líquidos [da conduta] sopesando os aspectos positivos (justificativas) e negativos...*” (RAGAZZO, 2012, p. 21). Ainda que não fique claro se o Conselheiro considerou o resultado da conduta em termos de bem-estar social geral ou bem-estar do consumidor, em qualquer caso o fato é que ele adotou uma variação de *welfare test*. A licitude da conduta dependeria de ela aumentar ou prejudicar alguma medida de bem-estar.

(ii) – Aplicação do teste Elhauge

O primeiro passo na aplicação do teste é identificar qual o valor gerado ao consumidor pela conduta. Aqui surge um problema interessante. O valor gerado pela conduta é o menor preço pago pelos produtos. Assim, a conduta nunca seria ilícita, pois, por definição, um competidor hipotético capaz de oferecer um preço igual não seria excluído.

Todavia, ao aplicar esse teste a condutas envolvendo preços, é preciso lembrar que a pergunta pelo valor gerado ao consumidor nada mais é que uma pergunta acerca de se a conduta é contrária ou compatível com o funcionamento adequado das forças de mercado. E, como visto no capítulo 2, tais forças funcionam adequadamente quando são capazes de alocar recursos para que os produtores mais eficientes produzam os bens mais valorizados pelos consumidores – maximizando bem-estar social. Em outras palavras, caso um produto seja vendido abaixo do seu custo, isso não significa que as forças de mercado estão atuando adequadamente, pois elas não são capazes de selecionar os produtores mais eficientes. Ao contrário, em geral, o que faz com que um produtor possa vender abaixo do custo é não sua eficiência na produção daquele produto, mas fatores externos⁶¹.

Voltando agora à pergunta inicial. Uma vez que as placas estavam sendo entregues de brinde, pode-se inferir que um competidor que não tivesse monopólio do serviço de emplacamento seria eliminado, mesmo que reduzisse seus preços de placas a zero. Isso

⁶¹ Por consequência, o mesmo raciocínio se aplica à conduta de preços predatórios e, assim, não dedicarei uma seção a essa conduta. Ademais, mesmo que se considere que um agente eficiente seria capaz de obter empréstimos para competir com o agente predador, isso não elimina o argumento acima. O foco da análise é a capacidade das forças de mercado de funcionarem adequadamente, como forma de maximizar bem-estar social. Contudo, quando um produtor vende abaixo do custo, ele pode estar sinalizando a lucratividade daquela indústria ao mercado financeiro de forma errônea, desviando investimentos e recursos que seriam deslocados para aquele mercado a outro mercado onde não produzirão o mesmo bem-estar social.

porque teria que vender abaixo de seus custos. Caso os preços das placas não fossem nulos, então o competidor hipotético só seria eliminado se elas estivessem abaixo dos custos da empresa que pratica o *bundling*.

O mesmo raciocínio se aplica à venda casada de produtos complementares. Suponha que uma empresa detenha posição dominante em um determinado produto A, e condicione contratualmente a venda desse produto à venda de outro produto B complementar no qual enfrenta competição mais acirrada. Mais ainda, suponha que a venda casada gera algum benefício: que, ao vender os produtos conjuntamente, a empresa consiga ter custos de produção menores. Ainda que um concorrente hipotético seja capaz de oferecer o produto B com valor para o consumidor igual ao valor criado por ambos os produtos da empresa que faz a venda casada, ele seria prejudicado. Isso porque o consumidor necessita do produto A e o rival hipotético não é capaz de entregá-lo. Caso os produtos não fossem complementares, então o competidor não seria eliminado porque não precisaria entregar o produto A.

(iii) – Conclusão

Também nos casos de *bundling* e venda casada o resultado da análise de efeitos anticompetitivos nem sempre diferirá da análise feita aqui. Todavia, o teste proposto no capítulo 5 ainda parece ter a vantagem de não envolver gastos com a análise de defesas baseadas em eficiências. Tal gasto não seria relevante, pois, como demonstrado acima, não estaria relacionado ao impacto da prática comercial no bem jurídico protegido pelo direito da concorrência. Ao mais, outro ponto do teste aqui proposto que espero seja capaz de contribuir à prática de análise de casos desse tipo é mostrar a razão pela qual a venda casada de produtos não complementares não seria capaz de prejudicar o adequado funcionamento das forças de mercado.

6.c – Impacto na prática brasileira

Em suma, a aplicação do teste proposto no capítulo 5 aos casos acima indica que o resultado da análise nem sempre seria diferente dos testes que parecem ser atualmente aplicados pelo CADE. Todavia, acredito que o teste aqui proposto, ainda assim, poderia eventualmente contribuir para o debate acerca da definição do melhor teste para identificar condutas exclusionárias ilícitas, pois parece (i) focar os recursos da autoridade nas questões relevantes; (ii) evitar que formas de competição incapazes de causar prejuízo ao funcionamento das

forças de mercado sejam desincentivadas e, assim, promover a maximização de bem-estar social de forma sustentada; (iii) deixar claro o papel que diversos dos elementos classicamente analisados nos testes específicos possuem na proteção do funcionamento adequado das forças de mercado.

Por exemplo, apesar de a introdução de produtos novos ser classicamente considerada como prática positiva, este trabalho parece trazer mais clareza em relação à razão para isso: eventual prejuízo ao competidor e poder de mercado gerado pela prática seriam resultantes da eficiência da conduta – ou seja, trata-se de mera forma de competição, e não de conduta exclusionária ilícita. De forma similar, espero que o teste proposto seja capaz de contribuir para que condutas cujas características são mistas, tais como a prática de descontos de fidelidade, sejam analisadas pelo seu efeito nas forças de mercado, e não pela sua forma.

Em suma, para além da operacionalização de um teste – que poderá sofrer mudanças com a prática e as críticas – espero, com esse trabalho, poder contribuir para o debate acerca da análise de condutas exclusionárias unilaterais por meio da proposição de um modo de análise que, no meu entender, foca na questão que realmente importa para o direito da concorrência: qual o impacto da prática comercial analisada no adequado funcionamento das forças de mercado?

Conclusão

Como indicado na introdução, o objetivo do presente trabalho foi contribuir para o debate acerca da aplicação do tipo abuso de posição dominante exclusionário, por meio da proposição de um teste único capaz de diferenciar entre condutas exclusionárias legítimas e ilegítimas, dada a necessidade de se desenvolver uma aplicação coerente do direito da concorrência às práticas comerciais unilaterais das empresas. O teste aqui proposto consiste, basicamente, em se perguntar (i) qual o valor que determinada conduta gera ao consumidor e (ii) se um concorrente hipotético capaz de gerar o mesmo valor ainda assim seria prejudicado. A racionalidade do teste está em que uma conduta que não exclui esse rival capaz de gerar o mesmo valor ao consumidor só é capaz de obter poder de mercado em virtude de sua eficiência, já que a rivalidade (e também entrantes e substitutos) continuaria a atuar sobre a empresa. Tratar-se-ia, portanto, de conduta legítima.

Para além da operacionalização desse teste, espero também ter contribuído para a discussão sobre como melhor realizar os objetivos do direito da concorrência de maximização de bem-estar social. Tal debate acerca de qual o bem jurídico deve ser protegido diretamente pela aplicação da lei poderia facilitar a tarefa de distinguir entre condutas exclusionárias legítimas e ilegítimas. Nesse sentido, espero que a exposição feita aqui sobre qual deve ser o bem jurídico protegido diretamente pelo direito da concorrência seja capaz de (i) evitar as dificuldades e os erros de se medir o resultado de uma conduta sobre o bem-estar social; e (ii) manter os incentivos a que os agentes econômicos permaneçam buscando formas eficientes de aumentarem seus lucros, uma vez que o bem jurídico que deve ser protegido não implica a punição do poder de mercado por si só.

De forma mais concreta, espero também ter contribuído para a superação de um problema recentemente apontado Tim Wu em relação à aplicação do direito da concorrência. Wu notou que, apesar de ser amplamente reconhecido que inovações são de enorme relevância para a maximização do bem-estar econômico de uma sociedade, os aplicadores do direito da concorrência têm tomado poucas atitudes concretas no sentido proteger os incentivos à inovação (WU, 2012, p. 313-314). Para Wu, se a aplicação do direito da concorrência de fato se importasse com inovação, estaríamos muito mais preocupados com condutas exclusionárias, uma vez que elas representam, para as empresas que as praticam, uma alternativa a inovar. Sofrendo pressão de rivais, potenciais entrantes e substitutos, uma

empresa teria a opção de inovar para manter seus lucros, ou bloquear a atuação dessas forças. Para Wu, o trabalho do direito da concorrência é justamente tornar a opção pela conduta exclusionária mais custosa e, assim, incentivar a inovação. (WU, 2012, p.319)

Todavia, Wu não esclarece como essa preocupação refletiria no debate acerca da melhor maneira de diferenciar entre condutas exclusionárias lícitas e ilícitas. Espero que a concepção de bem jurídico aqui proposta esteja no caminho certo, e seja capaz de contribuir para a solução desse problema. Ao focar na proteção do funcionamento adequado das forças de mercado, o efeito do teste aqui proposto seria justamente o de evitar que o agente econômico dominante escolha o bloqueio ao funcionamento adequado dessas forças como alternativa viável. Essa proteção parece manter as pressões externas que Wu considera importantes no surgimento de inovações capazes de romper com modelos atuais (WU, 2012, p. 318-319).

Em suma, espero que o presente trabalho possa contribuir para o debate acerca de como identificar condutas exclusionárias ilícitas por meio da proposta de teste feita aqui e, ao mesmo tempo, possa contribuir para uma aplicação do direito da concorrência que leve a preocupação com inovações a sério. Isso porque, para além de uma proposta de teste único, o trabalho também revisitou o bem jurídico que deve ser protegido pelo direito da concorrência. A conclusão foi que a proteção desse bem jurídico exige menos preocupação com o resultado imediato de uma conduta no bem-estar social num dado momento e mais preocupação com os impactos dessa conduta no funcionamento adequado das forças de mercado – mecanismo capaz de maximizar o bem-estar social e incentivar inovações a longo prazo.

Referências Bibliográficas

Doutrina

ASKERYAND, John; BAR-ISAACZ, Heski. Exclusionary Minimum Resale Price Maintenance NYU Stern & NBER, and NYU Stern. Disponível em: <http://pages.stern.nyu.edu/~jasker/RPMFinal.pdf>

AREEDA, Phillip; TURNER, Donald F. “Predatory Pricing and Related Practices Under Section 2 of the Sherman Act”. 88 Harvard Law Review 697 (1975).

BORK, Robert H.. The antitrust paradox: a policy at war with itself. New York, N.Y.: Free Press, 1993.

DAVIS, Ronald W. The Antitrust Division's Report on Section 2: Firm Foundation for Enforcement or a Bridge to Nowhere? 23 Antitrust 42 (2008-2009).

EASTERBROOK, Frank H. “When Is It Worthwhile to Use Courts to Search for Exclusionary Conduct?” 2003 Columbia Business Law Review 345.

ELHAUGE, Einer. “Defining Better Monopolization Standards”. 56 Stanford Law Review 253 (2003a).

ELHAUGE, Einer " Why Above-Cost Price Cuts To Drive Out Entrants Are Not Predatory—and the Implications for Defining Costs and Market Power ". 112 Yale Law Journal 681 (2003b).

FOER, Albert A. “The third leg of the antitrust stool: what the business schools have to offer to antitrust” 47 (1) N Y Law School Law Rev. 21. (2003)

GERADIN, Damien; NETO, Caio Pereira. For a rigorous “effects-based” analysis of vertical restraints adopted by dominant firms: an analysis of the EU and Brazilian competition law. Disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2173735. (2013)

HOVENKAMP, Herbert. “The Antitrust Standard for Unlawful Exclusionary Conduct” University of Iowa Legal Studies Research Paper No. 08-28. Junho, 2008. Disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140346.

HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy: the law of competition and its practice. 4th ed. (2011). St. Paul, MN: Thomson/West

HYLTON, Keith N. "The Law and Economics of Monopolization Standards" The Boston University School of Law Working Paper Series Index. 2008. Disponível em: <http://www.bu.edu/law/faculty/scholarship/workingpapers/2008.html>.

JONES, Aliso; SUFRIN, B. E.. EU competition law: text, cases, and materials. 4. ed. Oxford: New York, N.Y.: Oxford University, 2010.

KLEIN, Benjamin. "Market Power in Antitrust: Economic Analysis" after Kodak. Supreme Court Economic Review. Vol. 3, (1993), pp. 43-92.

KRATTENMAKER, Thomas G.; SALOP, Steven C. Analyzing Anticompetitive Exclusion. 56 Antitrust Law Journal 71 (Appendix A) (1987)

KRATTENMAKER, Thomas G.; SALOP, Steven C. Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price. 96 Yale Law Journal 209 (1986)

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. "Market Power in Antitrust". 94 (5) Harvard Law Review 937 (1981).

MANKIW, N. Gregory. Principles of Macroeconomics. Cengage Learning. 5ª Edição. Setembro, 2008.

MELAMED, Douglas A. Exclusive Dealing Agreements and Other Exclusionary Conduct - Are There Unifying Principles? 73 Antitrust Law Journal 375 (2005-2006).

ORDOVER, Janusz A; WILLIG, Robert D. An Economic Definition of Predation: Pricing and Product Innovation. 91 Yale Law Journal 8 (1981)

PORTER, Michael E. Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance Free Press. 1ª Edição Eletrônica para Kindle. (Junho, 2008)

POSNER, Richard A. Antitrust law. 2. ed. Chicago: University of Chicago Press, 2001. 316 p.

ROUSSEVA, Ekaterian. Rethinking Exclusionary Abuses in EU Competition Law. Hart Publishing. Oxford and Portland, Oregon, 2010.

SALOP, Steven C. Exclusionary Conduct, Effect on Consumers, and the Flawed Profit-Sacrifice Standard. 73 Antitrust Law Journal 311 (2005-2006).

SCHEFFMAN, David T.; HIGGINS, Richard S. "Twenty Years of Raising Rivals' Costs: History, Assessment, and Future". 12:2 Geo. Mason Law Rev. 371 (2003).

WERDEN, Gregory J. Identifying Exclusionary Conduct Under Section 2: The "No Economic Sense" Test. 73 Antitrust Law Journal 413 (2005-2006-a)

WERDEN, Gregory J. The "No Economic Sense" Test for Exclusionary Conduct. 31 The Journal of Corporation Law 293 (2005-2006-b)

WU, Tim. "Taking Innovation Seriously: Antitrust Enforcement If Innovation Mattered Most". 78 (2) Antitrust Law Journal 313 (2012)

Documentos Oficiais

Comissão Europeia (CE). Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. Publicado em 24/02/2009. Disponível em: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009XC0224\(01\):EN:NOT](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009XC0224(01):EN:NOT).

U.S. Department of Justice (DOJ). Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008). Disponível em: www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm.

Documentos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA, Resolução nº 20/99.

ANDRADE, Thompson. Voto proferido no Processo Administrativo nº 0812.001182/98-31, em 11 de setembro de 2002.

CARVALHO, Vinícius. Voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.001571/2001-44, em 19 de janeiro de 2011.

FURLAN, Fernando. Voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.003805/2004-10, em 22 de julho de 2009.

MATTOS, César. Voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.001571/2001-44, em 11 de novembro de 2009,

PRADO, Luiz Carlos Delorme. Voto proferido no Recurso Voluntário nº 08700.002874/2008-81, em 23 de julho de 2008.

PRADO, Luiz Carlos Delorme. Voto proferido no Processo Administrativo nº 53500.000502/2001, julgado em 4 de junho 2008.

RAGAZZO, Carlos. Voto proferido no Req. de Termo de Compromisso de Cessação nº 08700.001238/2010-57, julgado em 20 de outubro de 2010

RAGAZZO, Carlos. Voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.006439/2009-65, julgado em 23 de maio de 2012.

RAGAZZO, Carlos. Voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.001099/1999-71, julgado em 23 de maio de 2012.

RODRIGUES, Eduardo Frade. Abuse of Dominance in Brazil. Apresentação feita no seminário “Antitrust in the Americas II”, em junho de 2013. Disponível em <http://www.ibrac.org.br/Uploads/Eventos/ABA/Palestras/Eduardo%20Frade%20Rodrigues%20-%20Abuse%20of%20Dominance%20in%20Brazil.pdf>

VERÍSSIMO, Marcos. Voto proferido no Processo Administrativo nº 08012.001571/2001-44, em 19 de janeiro de 11 de novembro de 2009 2013.

VASCONCELLOS, Luís Rigato. Voto proferido no Processo Administrativo nº 53500.000502/2001, julgado em 23 de abril de 2008.