

Eficiência e ideologia: inovação, desigualdade e o custo dos erros na tecnocracia antitruste

Bruno Braz de Castro⁹⁶

RESUMO

A pretensa neutralidade política do critério de eficiência econômica – apresentado como objetivo normativo apto a viabilizar uma implementação tecnocrática do antitruste ao redor do mundo – representa, em verdade, a invisibilização de sua ideologia. O presente artigo evidencia as opções políticas subjacentes: (i) à formulação do critério da eficiência, evidenciando quais valores econômicos positivos e negativos são associados à concentração econômica; (ii) à implementação do modelo, já que, não obstante seu aspecto técnico, a interpretação e aplicação do modelo da eficiência depende de presunções simplistas sobre o funcionamento da economia, derivadas de escolhas políticas dos formuladores/aplicadores da lei (em especial, a avaliação sobre os custos de erros como falsas condenações e falsas absolvições). Conclui-se que compreender tais escolhas políticas é fundamental à avaliação da compatibilidade do transplante de modelos estrangeiros para convergência internacional do direito da concorrência.

Palavras-chave: Direito da Concorrência; Antitruste; Ideologia; Desigualdade; Inovação; Eficiência Dinâmica; Análise do Custo de Erros.

ABSTRACT

The alleged political neutrality of the efficiency standard – considered by many the normative goal fit to ensure a technocratic antitrust enforcement around the globe – stands, in fact, for an invisibilization of its ideology. This article highlights the political options underlying: (i) the drafting of the efficiency criterion, demonstrating which positive and negative economic values are assigned to the economic concentration; (ii) the model implementation, since, regardless of its technical aspect, the enforcement of the efficiency model depends on simplistic, untested assumptions regarding the economy's functioning which are dependent upon political choices made by the enforcers (specially the assessment of enforcement error costs). It concludes that understanding these political choices is essential to the assessment of compatibility of foreign models' transplant to international convergence of competition law.

Keywords: Competition Law; Antitrust; Ideology; Inequality; Innovation; Dynamic Efficiency; Error Cost Analysis.

⁹⁶ Doutor (2017), Mestre (2012) e Bacharel (2009) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2012). Prêmio IBRAC/ESSO (edição de 2008) de monografias em Direito da Concorrência (2º Lugar - Categoria Graduação). Prêmio Literário CIEE/CADE (edição de 2009 - 1º Lugar). Professor, advogado e consultor. E-mail: braz.castro@gmail.com .

SUMÁRIO: 1) Introdução: a “revolução” da Escola de Chicago e a tecnocracia antitruste. 2) A formulação do modelo: qual eficiência? 2.1) Eficiência econômica e padrões de bem-estar. 3) O que o modelo da eficiência econômica exclui de sua análise? 3.1) O estático e o dinâmico na análise concorrencial. 3.2) A questão distributiva. 3.3) Outras questões econômicas, políticas e sociais. 4) Dos limites da economia aos limites do antitruste: a implementação do modelo da eficiência econômica. 4.1) A teoria do custo dos erros. 5) Considerações finais

1) Introdução: a “revolução” da Escola de Chicago e a tecnocracia antitruste

O debate sobre as finalidades do direito concorrencial continua sendo pautado pelos resultados da “revolução”⁹⁷ marcada pelo pensamento da Escola de Chicago no antitruste dos EUA, a partir do fim dos anos 1970⁹⁸.

Em linhas gerais, a contribuição da Escola de Chicago para o antitruste tem dois eixos: a *formulação* e a *implementação* da política pública. O primeiro, especialmente estabelecido a partir da obra “Paradoxo Antitruste” de Bork⁹⁹, é a teoria de que a política concorrencial será formulada em função da finalidade do *bem-estar do consumidor* (no sentido da *eficiência econômica alocativa*, não obstante certa confusão terminológica relacionada à escolha dos padrões de bem-estar).

Estabelecida a eficiência alocativa como finalidade do antitruste, o segundo eixo das contribuições de Chicago buscou reorientar a *implementação* da política concorrencial. De um lado, verificam-se formulações teóricas sustentando que boa parte das práticas condenadas pelo antitruste até então - como a fixação de preço de revenda, venda casada, preço predatório, recusa de venda, integração vertical, etc. - possuíam justificativas de eficiência e, portanto, seriam pró-competitivas¹⁰⁰. De outro, mesmo nos casos (excepcionais) em que tais práticas poderiam ser anticompetitivas, produziu-se grande ceticismo quanto à capacidade de o Estado diferenciar práticas eficientes de ineficientes e, mesmo então, desenhar uma intervenção apta a melhorar a situação econômica em relação à não-intervenção¹⁰¹. Práticas excepcionalmente prejudiciais, outrossim, tenderiam à autocorreção, já que, havendo exercício de poder de mercado com

⁹⁷ A mudança na direção da interpretação da legislação antitruste pela Suprema Corte dos EUA – especialmente após a indicação, pelo Presidente Nixon, de novos juizes para o órgão, alinhados a esse ideário, ficou conhecida como a “Revolução de Chicago” KOVACIC, William E; SHAPIRO, Carl, Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking, *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, p. 43–60, 2000, p. 54.

⁹⁸ *Ibid.*, p. 53.

⁹⁹ BORK, Robert H., *The Antitrust Paradox*, 1993 New I. Nova York: The Free Press, 1978.

¹⁰⁰ POSNER, Richard A., The Chicago School of Antitrust Analysis, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, p. 925-, 1979, p. 727.

¹⁰¹ EASTERBROOK, Frank H., The Limits of Antitrust, *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984.

elevação de preços, tal situação atrairia entrantes, que retornariam o mercado ao equilíbrio competitivo. À premissa da autocorreção alinha-se a ideia da instabilidade de cartéis e posições dominantes, uma vez que barreiras à entrada são presumidas como um problema de pouca importância (“fantasmas” habitando a teoria do antitruste, na expressão de Bork¹⁰², exceto quando impostas pelo próprio Estado¹⁰³).

A incorporação da análise econômica aos procedimentos antitruste levou a uma escalada de complexidade e incerteza na solução dos casos, o que levou a Suprema Corte a limitar o escopo de ação estatal e criar “portos seguros” para empresas dominantes, para evitar condenações errôneas (erros tipo I), consideradas mais prejudiciais que absolvições equivocadas (erros tipo II)¹⁰⁴.

Ademais, com base em uma visão estilizada da “seleção natural” de Darwin¹⁰⁵, Chicago atribui maior deferência aos resultados de mercado, tratando a posição dominante como provável resultado de eficiência superior, não de acúmulo de poder econômico sob uma estrutura deficitária de mercado. Orienta-se, então, o foco do antitruste ao combate aos cartéis e controle de fusões horizontais, com postura minimalista face a práticas exclusionárias¹⁰⁶.

Como resultado, esse período foi marcado por uma considerável redução do horizonte de possibilidades de atuação estatal possível, no antitruste estadunidense. Em especial, uma das repercussões mais duradouras da revolução de Chicago foi a tendência à exclusão de considerações não-baseadas na eficiência econômica do universo de discussões possíveis acerca das finalidades do antitruste¹⁰⁷. Os termos do debate passaram a ficar, progressivamente, restritos a complexas questões internas à teoria econômica do bem-estar, ou, quando muito, no debate acerca dos padrões de bem-estar do excedente do consumidor e do excedente total, parâmetros que só raramente fazem diferença ao resultado final da análise. Essa tendência não foi amenizada pelas relativizações de sua ortodoxia pelo movimento Pós-Chicago¹⁰⁸.

¹⁰² BORK, *The Antitrust Paradox*, p. 310.

¹⁰³ HOVENKAMP, Herbert, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, 4th. ed. St. Paul, Minnesota: West, 2011, p. 72.

¹⁰⁴ É esse, por exemplo, o raciocínio que a Suprema Corte desenvolveu quando restringiu o escopo possível de prática de preço predatório em decisões como *Matsushita* (1986), *Cargill* (1986) e *Brooke Group* (1993). Nessas decisões, criou-se um “porto seguro”, quanto ao ilícito de preço predatório, para empresas precificando acima de certa medida dos custos (como o custo variável médio). Essa interpretação baseou-se nos argumentos da raridade de ocorrência da prática, da probabilidade de sua autocorreção e o risco de que o antitruste possa “esfriar a própria conduta que a lei antitruste é desenhada para proteger” ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA., *Matsushita v. Zenith Ratio Corp.*, p. 475 U.S. 574, 1986 - Tradução Livre..

¹⁰⁵ ADAMS, Walter; BROCK, James W., *Antitrust, Ideology, and The Arabesques of Economic Theory*, *University of Colorado Law Review*, v. 66, n. 2, p. 257–327, 1995, p. 285.

¹⁰⁶ BUDZINSKI, Oliver, *Monoculture versus Diversity in Competition Economics*, Marburg: [s.n.], 2007, p. 6.

¹⁰⁷ JACOBS, Michael S, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, *North Carolina Law Review*, v. 74, n. 1, p. 219, 1995, p. 234.

¹⁰⁸ Para Kovacic e Shapiro, já na década de 1990, estaria ocorrendo uma “síntese Pós-Chicago”, no âmbito da qual alguns

Embora não faltem críticos ao “déficit democrático” derivado do confinamento do debate a aspectos técnicos cada vez mais complexos¹⁰⁹, a situação é celebrada, por muitos, como um giro “tecnocrático” na implementação do antitruste. A tecnocracia é, aqui, apresentada como a aplicação da lei por especialistas, sob considerações técnicas, sem juízos políticos ou ideológicos, que seriam estranhos à teoria econômica¹¹⁰. A tecnocracia seria a alternativa a instituições “populistas” “democráticas ou parcialmente democráticas” que seriam contaminadas por preocupações políticas, sociais e econômicas não-baseadas na eficiência¹¹¹.

Tal tecnocracia se teria tornado possível em razão do suposto fato de que “a maioria das questões contenciosas no antitruste são não-ideológicas” (CRANE, 2008, p. 58 – tradução livre)¹¹², de modo que, alcançado o consenso sobre questões políticas fundamentais, o que resta a debater no antitruste seriam questões técnicas, isentas de juízos políticos de valor¹¹³.

Assim é que Easterbrook já observara que “a legislação antitruste tornou-se um ramo da organização industrial, ela própria um ramo da Economia” (EASTERBROOK, 1987, p. 305 – tradução livre)¹¹⁴, e Posner, analisando as divergências entre as Escolas de Chicago e Harvard em 1979, concluía que “[d]iferenças permanecem, mas cada vez mais elas são técnicas em vez de ideológicas” (POSNER, 1979, p. 948 - tradução livre)¹¹⁵.

O presente artigo tem como objetivo responder à seguinte pergunta: as questões de ideologia no antitruste teriam sido superadas ou *invisibilizadas*? A resposta passa por demonstrar que o direito da concorrência é uma área intensamente política, por constituir o regramento da atividade econômica, mediando os interesses de diversos pólos distintos – consumidores, empresários, trabalhadores, agentes públicos e a coletividade interessada na

elementos da ortodoxia de Chicago são objeto de flexibilização, à luz de novas perspectivas teóricas KOVACIC; SHAPIRO, *Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking*, p. 55.. Essas perspectivas incluem a teoria dos jogos, teoria dos contratos, e novos avanços da teoria da organização industrial VICKERS, John, *Competition Law and Economics: A Mid-Atlantic Viewpoint*, **European Competition Journal**, v. 3, n. 1, p. 1–15, 2007, p. 3.. Esses avanços, contudo, direcionam-se mais ao segundo eixo da contribuição de Chicago (análise da eficiência de determinadas práticas e intervenções) do que o primeiro eixo (a eficiência econômica como finalidade do antitruste) JACOBS, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, p. 242..

¹⁰⁹ FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber, *Antitrust’s Democracy Deficit*, **Fordham Law Review**, v. 81, p. 2543–2574, 2013.

¹¹⁰ BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel, *Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement*, **Fordham Law Review**, v. 81, p. 2497–2541, 2013, p. 2505.

¹¹¹ CRANE, Daniel A., *Technocracy and Antitrust*, **Texas Law Review**, v. 86, 2008, p. 5.

¹¹² *Ibid.*, p. 58.

¹¹³ Afirma Crane: “*Em suma, o antitruste se entrega à tecnocracia nesse estado de seu desenvolvimento porque a disciplina alcançou uma posição de consenso sobre finalidades, a sociedade aceitou como legítimas tanto as instituições do capitalismo e controles governamentais sob essas instituições para preservar a concorrência, e o processo decisório do antitruste normalmente não envolve trade-offs explícitos entre os interesses de classes diferentes de pessoas. Com isso, o antitruste se distingue de muitas outras disciplinas regulatórias*” *Ibid.*, p. 60 - Tradução livre.

¹¹⁴ EASTERBROOK, Frank H, *Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks*, **Georgetown Law Journal**, v. 76, n. 2, p. 305, 1987, p. 305 - Tradução Livre.

¹¹⁵ POSNER, *The Chicago School of Antitrust Analysis*, p. 948 - Tradução Livre.

proteção do meio ambiente, desenvolvimento econômico e tantas outras questões – sob uma visão de mundo que atribui papéis ao Estado e ao setor privado e define metas sociais (*finalidades*).

Assim, o próximo capítulo analisa as escolhas subjacentes à *formulação* do critério da eficiência, evidenciando quais valores econômicos positivos e negativos são associados à concentração econômica e, dentre os valores negativos, quais devem ser objeto do Direito e quais devem ser confiados à autocorreção do mercado. Então, analisam-se as escolhas políticas subjacentes à *implementação* do modelo: não obstante seu aspecto técnico, a interpretação e aplicação do modelo da eficiência dependem de presunções sobre o funcionamento da economia que derivam das escolhas políticas dos formuladores/aplicadores da lei. O último item apresenta considerações finais.

Apreciar essa questão é essencial a países em desenvolvimento, como o Brasil, uma vez que a pretensa neutralidade política do critério da eficiência tem sido o mote das iniciativas de convergência internacional da legislação concorrencial¹¹⁶.

2 – A formulação do modelo: qual eficiência?

Questionar a eficiência como objetivo de uma política pública parece um contrassenso, já que, afinal, dificilmente se defenderia a deliberada *ineficiência*, pura e simplesmente. É preciso ter em vista, contudo, que aqueles que defendem a eficiência como único critério normativo ao antitruste referem-se a um conceito específico: eficiência definida estritamente como maximização do bem-estar total.

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

Note-se, antes de tudo, que modelos econômicos constituem, necessariamente, simplificações da realidade, já que seu objetivo é a compreensão da interação entre poucas *variáveis* selecionadas, partindo da aceitação de algumas *premissas fundamentais*. A simplicidade é sua virtude: a realidade humana é complexa, e seu estudo só alcança generalidade às custas de abstração. Modelos são fundamentais à compreensão, portanto, por constituírem “simplificações desenhadas para mostrar como mecanismos específicos funcionam pelo isolamento deles de outros fatores que geram confusão”(RODRIK, 2015, cap.

¹¹⁶ GERBER, David J., **GLOBAL COMPETITION LAW CONVERGENCE: POTENTIAL ROLES FOR ECONOMICS**, [s.l.: s.n.], 2014.

1 – tradução livre)¹¹⁷. Pode-se compreender os modelos, então, como *narrativas* simplificadas com o objetivo de atribuir sentido à realidade ¹¹⁸.

O primeiro problema quanto ao uso de modelos econômicos na política pública diz respeito às *variáveis* isoladas por eles: é possível que alguma variável relevante para o desenrolar da situação concreta analisada não esteja incluída no modelo escolhido. O segundo problema diz respeito às *premissas* fundamentais a um modelo, que são, correntemente, pressupostos não-testados ou não-testáveis, tidos como “dados”. Esses pressupostos são *ideológicos*, no sentido de que incorporam valores que são derivados de uma visão de mundo precedente à análise.

É a partir de sua *visão* sobre os fatos iniciais, observa Schumpeter¹¹⁹, que o analista formula conceitos e esquemas, que, por sua vez, são testados em face de fatos adicionais, o que gera novas esquematizações. A construção do modelo, para Schumpeter, é justamente esse ciclo de interações entre trabalho empírico e teórico, que, invariavelmente, parte da visão inicial do analista¹²⁰. Essa visão de mundo constitui, para Schumpeter, a *ideologia* a partir da qual se constrói o trabalho científico¹²¹.

A adesão às premissas iniciais não-testadas (ou não-testáveis) sob as quais os modelos econômicos são construídos, por sua vez, corresponde também a um juízo valorativo, de concordância ideológica entre a visão de mundo expressa no modelo e a visão de mundo adotada pelo aplicador/reprodutor ¹²².

Constatar a influência da ideologia na consolidação e implementação dos modelos, por si só, não é algo negativo ou sequer passível (ou desejável) de eliminação do processo científico¹²³. O defeito, aqui, ocorre quando: as premissas iniciais do modelo econômico não estão presentes no caso concreto; não há suficiente consenso sobre elas; ou elas pressupõem valores diferentes dos abrigados pelo ordenamento jurídico, contrariando a “ideologia constitucionalmente adotada”, no dizer do Prof. Washington Peluso Albino de Souza¹²⁴. Tal questão torna-se ainda mais intrincada quando é obscurecida por um discurso de neutralidade

¹¹⁷ RODRIK, Dani, **Economics Rules: The Rights and Wrongs of the Dismal Science**, Kindle. Nova York e Londres: W. W. Norton & Company, 2015, cap. 1 - Tradução Livre.

¹¹⁸ SEDLACEK, Tomas, **Economics of Good and Evil: The Quest for Economic Meaning from Gilgamesh to Wall Street**, Nova York: Oxford University Press, 2011, p. 301.

¹¹⁹ SCHUMPETER, Joseph A, **History of Economic Analysis**, Ebook. Nova York: Routledge, 1954, p. 39.

¹²⁰ *Ibid.*, p. 40.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² SEDLACEK, **Economics of Good and Evil: The Quest for Economic Meaning from Gilgamesh to Wall Street**, p. 302.

¹²³ Revisando o debate sobre o conceito de ideologia, cf. SOUZA, Washington Peluso Albino de, **Direito Econômico**, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 42–49..

¹²⁴ SOUZA, Washington Peluso Albino de, **Primeiras Linhas de Direito Econômico**, São Paulo: LTR, 2005, p. 29.

política ou negação de viés ideológico¹²⁵.

Observe-se, pois, que os problemas mencionados não derivam da natureza dos modelos, mas da insistência em sua utilização como única opção, negando-lhes o caráter parcial ou ideológico, ou, em outras palavras, do *universalismo* de seus proponentes. A emergência de diferentes contextos fáticos e valorativos deve estimular a permanente revisão dos modelos, que devem ser tidos como representações provisórias, derivadas de um conhecimento sempre incompleto da realidade¹²⁶.

É sobre esses problemas que a análise se irá desenrolar. Pergunta-se: qual a visão de mundo subjacente ao modelo econômico da maximização do bem-estar? Quais valores econômicos ele inclui (e quais ele exclui)? Qual o consenso sobre tais valores? Qual sua potencial influência na formulação e aplicação do direito concorrencial? Agrupando-se essas perguntas em uma só, questiona-se, então: qual eficiência?

2.1 Eficiência econômica e padrões de bem-estar.

O conceito de *eficiência econômica* é derivado da teoria neoclássica do bem-estar econômico que, para Bork, seria o único conhecimento capaz de atribuir racionalidade ao antitruste, por constituir matéria “intensamente lógica” derivada de premissas com largo fundamento empírico, segundo o autor ¹²⁷.

O bem-estar econômico total de determinado setor é a soma do *excedente (bem-estar) do consumidor* – a diferença entre o que os consumidores estariam dispostos a pagar por determinado bem e o que efetivamente pagam por ele – e do *excedente (bem-estar) do produtor* – a lucratividade obtida pelos produtores de determinado setor, ou a diferença entre o preço obtido e o custo de produção ¹²⁸.

Para a dimensão *alocativa* da eficiência econômica, sob o critério de Kaldor-Hicks¹²⁹, uma realocação de recursos é eficiente quando não há redução do bem-estar total: ganhos de

¹²⁵ Cf. Sedlacek: “as ideologias mais bem-sucedidas são aquelas que nós assumimos tão naturalmente, tão ideologicamente, que nós as sequer percebemos, que dirá as questionamos. No campo de batalha das ideias, o ‘home run’ de qualquer ideologia ou ideia é tornar-se tão enraizada de modo a parecer natural e que ‘sempre esteve ali’” SEDLACEK, **Economics of Good and Evil: The Quest for Economic Meaning from Gilgamesh to Wall Street**, p. 300 - Tradução Livre..

¹²⁶ Rodrik (2015) critica a atitude de alguns economistas que, diante da emergência de novos fatos, “descartam a contribuição mais valiosa de sua profissão: a multiplicidade de modelos desenhados para uma variedade de configurações – em favor da busca do único e exclusivo modelo universal” RODRIK, **Economics Rules: The Rights and Wrongs of the Dismal Science**, cap. 1 - Tradução Livre. alertando que, “[q]uando usados dogmaticamente, eles [os modelos econômicos] levam à arrogância e a erros na política pública” *Ibid.* - Tradução Livre.

¹²⁷ BORK, **The Antitrust Paradox**, p. 117.

¹²⁸ KAPLOW, Louis, On the choice of welfare standards in competition law, *in*: ZIMMER, Daniel (Org.), **The Goals of Competition Law**, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012, p. 04.

¹²⁹ Embora o critério mais citado para mensuração da eficiência alocativa seja a “eficiência de Pareto” – sob a qual uma determinada alocação de recursos é ótima quando é impossível melhorar a situação de um indivíduo sem prejudicar outro – é normalmente utilizada a variação “eficiência de Pareto potencial”, ou critério de compensação de Kaldor-Hicks, que estipula que a compensação pode ser apenas potencial.

bem-estar são superiores às perdas, de modo que os ganhadores podem compensar os perdedores, quer isso ocorra ou não¹³⁰.

O exercício do poder de mercado ocasiona a escassez artificial de determinado bem e provoca a formação de preços supracompetitivos, reduzindo o excedente do consumidor, porque, em comparação com um cenário de concorrência perfeita, os consumidores pagarão mais pelo acesso ao bem, ao passo que alguns perderão o acesso ao bem¹³¹. Tal redução do bem-estar do consumidor, contudo, é maior do que o aumento correspondente no excedente do produtor, já que, em razão de transações não-realizadas (por conta do aumento de preços) parte do excedente do consumidor é perdida (em vez de transferida aos produtores). Isso acarreta redução do bem-estar econômico total e, então, a ineficiência alocativa conhecida como “peso-morto do monopolista” (“*deadweight loss*”)¹³².

Há ainda as dimensões “produtiva” e “dinâmica” da eficiência. A eficiência *produtiva* refere-se à situação em que – dadas as possibilidades de produção em razão da tecnologia existente e insumos – é impossível produzir uma quantidade adicional de um bem sem sacrificar a produção de outro¹³³. A eficiência *dinâmica* refere-se à inovação e será discutida adiante.

A maioria das práticas questionadas no antitruste segue a tendência de acarretar redução do excedente do consumidor, pelo sobrepreço, ao passo que também reduz o bem-estar total, pela ineficiência alocativa de “peso-morto” (p.ex.: um cartel clássico). Alguns arranjos, contudo, apresentam efeitos ambíguos, quando contrapõem os efeitos de maximização do bem-estar total à maximização do excedente do consumidor, havendo um *trade-off* entre ineficiências alocativas e produtivas, que pode traduzir-se, ou não, na maximização do bem-estar total¹³⁴.

Exemplificando esse tipo de situação, destacam-se as concentrações entre concorrentes: uma fusão pode, por exemplo, acarretar consideráveis economias de custo, ao mesmo tempo em que aumente a aptidão e incentivo para exercício de poder de mercado. Se o aumento da eficiência produtiva é superior à ineficiência alocativa acarretada pela concentração, o efeito líquido sobre o bem-estar total é positivo, ao passo que, de todo modo, o excedente do

¹³⁰ HOVENKAMP, **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**, p. 83–84.

¹³¹ KAPLOW, On the choice of welfare standards in competition law, p. 04.

¹³² MOTTA, Massimo, **Competition Policy: Theory and Practice**, Nova York: Cambridge University Press, 2004, p. 54.

¹³³ KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin, **Microeconomics**, 3rd. ed. Nova York: Worth Publishers, 2013, p. 30. É provável que o monopólio acarrete perdas sociais decorrentes de ineficiência produtiva. Cf. MOTTA, **Competition Policy: Theory and Practice**, p. 58.

¹³⁴ KIRKWOOD, John B; LANDE, Robert H, The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency, **Notre Dame Law Review**, v. 84, n. 1, p. 191–244, 2008, p. 241.

consumidor é reduzido. A decisão do caso dependerá, então, do padrão de bem-estar adotado¹³⁵.

Em tais hipóteses, fica ainda mais evidente o caráter normativo das escolhas decisórias efetuadas pela autoridade concorrencial, vez que é necessário escolher entre priorizar a maximização do bem-estar do consumidor ou a maximização do bem-estar total. Em prol da escolha entre um ou outro objetivo, articulam-se conjuntos de proposições teóricas conhecidos como *padrões de bem-estar* (“welfare standards”).

Sob o padrão do *bem-estar total*, o objeto normativo do antitruste é promover a eficiência econômica, definida como a maximização do bem-estar econômico total (ou agregado) no mercado relevante, conforme o critério Pareto-potencial (princípio da compensação de Kaldor-Hicks) acima mencionado¹³⁶.

Um elemento importante do padrão do bem-estar total é a confusão terminológica que envolve sua formulação por Bork: ao mesmo tempo em que o autor estipula que a intenção do Congresso estadunidense, ao promulgar o Sherman Act, foi a maximização do “bem-estar do consumidor”, o autor define o termo de modo marcadamente distinto daquela da teoria econômica¹³⁷. Para Bork, perseguir o “bem-estar do consumidor” significa maximizar a riqueza de uma nação por uma alocação ótima de recursos, ampliando a produção de bens ao consumidor¹³⁸.

O bem-estar do consumidor em Bork é, então, equiparado ao bem-estar total, cabendo, então, ao antitruste “ampliar a eficiência alocativa sem prejudicar a eficiência produtiva tão consideravelmente a ponto de produzir nenhum ganho ou uma perda líquida no bem-estar do consumidor” (BORK, 1978, p. 71, tradução livre). Tal identificação de conceitos obscurece que – mesmo no modelo williamsoniano de bem-estar utilizado por Bork para sua exposição – a maximização do bem-estar total, não raro, caminha em sentido oposto à maximização do bem-estar do consumidor.

A principal repercussão dessa ideia é a indiferença com relação à distribuição de bem-estar entre os participantes do mercado. Como o bem-estar total é obtido a partir da soma entre os excedentes do consumidor e produtor, meras transferências entre um excedente e outro não

¹³⁵ SALOP, Steven C., Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard-Answer: The True Consumer Welfare Standard, *Loyola Consumer Law Review*, v. 22, n. 3, p. 336–353, 2010, p. 337.

¹³⁶ BLAIR; SOKOL, Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement, p. 2499.

¹³⁷ Essa manobra conceitual de Bork suscita diversas críticas na teoria norte-americana. Cf. Orbach (2010), que afirma que “o bem-estar do consumidor Borkeano nunca foi nada além de uma forma fraca de eficiência alocativa. Isso foi e ainda é um abuso do termo. Robert Bork confundiu, entendeu mal e abusou de conceitos básicos da economia quando popularizou o bem-estar do consumidor como a prescrição das leis antitruste” ORBACH, Barak Y, The Antitrust Consumer Welfare Paradox, *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 1, p. 133–164, 2010, p. 16 - Tradução Livre..

¹³⁸ BORK, *The Antitrust Paradox*, p. 90.

são relevantes, já que não possuem impacto no valor de tal soma¹³⁹. O verdadeiro problema, para Bork, seria a redução de bem-estar total, o que, em outras palavras, significa que o antitruste deve ser dedicado à *geração* de riqueza, sendo indiferente à sua *distribuição*¹⁴⁰.

Segundo o padrão do *bem-estar do consumidor*, por outro lado, a finalidade do direito concorrencial é proteger o consumidor contra o exercício do poder de mercado. Assim, cabe à análise antitruste maximizar o bem-estar do consumidor, definido estritamente como o excedente do consumidor¹⁴¹.

O padrão do bem-estar do consumidor é, geralmente, considerado distributivo, por favorecer a transferência de riquezas para os consumidores em vez da ampliação da riqueza total¹⁴². Os defensores da abordagem consumerista, porém, alegam que o padrão do bem-estar total é que tem viés distributivo, por permitir transferências de renda dos consumidores para os produtores¹⁴³, ao passo o padrão do bem-estar do consumidor tão-somente impediria a transferência indevida de recursos entre consumidores e produtores, não *per se* distribuindo riqueza¹⁴⁴.

Se, contudo, os proponentes da abordagem do bem-estar para o antitruste justificam sua adoção em razão de sua objetividade e previsibilidade, a jurisprudência da Suprema Corte dos EUA não tem sido atestado de tais virtudes. De fato, em algumas ocasiões, a Suprema Corte dos EUA diretamente cita a obra de Bork para estipular, como esse autor, que o Sherman Act é uma “*prescrição de bem-estar do consumidor*”. Por causa do uso impróprio do termo pelo autor (que utiliza a expressão como sinônimo de bem-estar total), contudo, a referência ao “bem-estar do consumidor” pela Corte não autoriza a conclusão de que ela também se referiria, como Bork, ao “bem-estar total”¹⁴⁵. Isso é também colocado em dúvida porque, em muitas decisões, a citação a Bork é acompanhada de uma análise do impacto de práticas econômicas sobre o excedente dos consumidores, o que não indica a adoção do padrão do bem-estar total¹⁴⁶.

¹³⁹ SALOP, Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard-Answer: The True Consumer Welfare Standard, p. 343.

¹⁴⁰ BORK, *The Antitrust Paradox*, p. 427.

¹⁴¹ KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H., The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency, *Notre Dame L. Rev.*, v. 84, n. 1982, p. 191–243, 2008, p. 192.

¹⁴² FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L, The Economics of Welfare Standards in Antitrust, *Competition Policy International*, v. 2, n. 2, 2006, p. 9; HOVENKAMP, Herbert, Implementing Antitrust ’ s Welfare Goals, *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, 2013, p. 2472.

¹⁴³ SALOP, Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard-Answer: The True Consumer Welfare Standard, p. 350.

¹⁴⁴ Para Kirkwood e Lande (2008, p. 200), a preocupação com a transferência de riquezas do consumidor para o produtor seria tão distributiva quanto o é a preocupação com o furto de bens, uma vez que o excedente do consumidor é considerado um direito de propriedade.

¹⁴⁵ BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel, The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach, *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, p. 471–504, 2012, p. 476.

¹⁴⁶ *Ibid.*

O entendimento geral é o de que a jurisprudência da Suprema Corte, especialmente a mais recente, chancela uma abordagem subordinada, em sua essência, à maximização do excedente do consumidor. Identifica-se, assim, a referência ao dano ao consumidor para aferição da legalidade de condutas, independentemente da magnitude das eficiências constatadas¹⁴⁷, ao passo que não se identificam decisões que se prestaram a calcular a ineficiência alocativa acarretada pelo exercício do poder de mercado¹⁴⁸. Esse reconhecimento é verdadeiro mesmo para autores que defendem a adoção do padrão do bem-estar total¹⁴⁹.

Destaque-se que, sob ambos os padrões de bem-estar, então, não há qualquer preocupação antitruste quando não se identifica elevação de preço aos consumidores em curto prazo. Havendo sobrepreço, então, sob o padrão do bem-estar total, é possível que uma conduta seja considerada lícita em razão da magnitude de suas eficiências (desde que superem a perda de bem-estar do consumidor decorrente do exercício de poder de mercado), sob o padrão do bem-estar do consumidor a pedra-de-toque é a elevação de preços, de modo que ganhos de eficiência só são decisivos na medida em que possam ser transferidos aos consumidores (através da redução de preços)¹⁵⁰

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

A “revolução” da Escola de Chicago não representa, a despeito do que se afirma, o nascimento de uma abordagem econômico-científica necessariamente neutra e universal para questões concorrenciais. A “revolução” representa, de fato, um esforço de universalização de uma visão específica da relação entre Estado e economia; em especial, a definição de quais efeitos da concentração econômica devem ser objeto de intervenção estatal, quais não merecem preocupação, e quais são, em verdade, benefícios¹⁵¹.

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

O recurso unicamente aos elementos conceituais articulados por esse modelo econômico

¹⁴⁷ HOVENKAMP, Implementing Antitrust 's Welfare Goals, p. 2477.

¹⁴⁸ LANDE, Robert H., A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice, **Fordham Law Review**, v. 81, p. 2349–2403, 2013, p. 2387.

¹⁴⁹ Cf. p. ex.: HOVENKAMP, Implementing Antitrust 's Welfare Goals; BLAIR; SOKOL, Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement; ORBACH, The Antitrust Consumer Welfare Paradox.

¹⁵⁰ SALOP, Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard-Answer: The True Consumer Welfare Standard, p. 337.

¹⁵¹ Cf. RUBINFELD, Daniel L., On the Foundations of Antitrust Law and Economics, *in*: PITOFSKY, Robert (Org.), **How the Chicago School overshot the mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust**, New York: Oxford University Press, 2008, p. 51; STUCKE, Maurice E, Reconsidering Antitrust' s Goals, **Boston College Law Review**, v. 53, n. 2, p. 551–630, 2012, p. 556..

– racionalidade econômica, tendência à autocorreção dos mercados, eficiência alocativa, irrelevância de preocupações distributivas, dentre outros – pode, contudo, obscurecer outros valores econômicos, sociais e políticos importantes para uma política pública mais adequada a contextos fáticos e político-jurídicos distintos.

Problematizar o modelo da eficiência, então, não se trata de adotar uma postura anticientífica, de rejeição do conhecimento oferecido pela Economia. Trata-se, ao invés, de reconhecer, como afirmado acima, que modelos econômicos são explicações incompletas da realidade, e, em diversas situações, outras visões sobre a relação entre o Estado e o fenômeno econômico podem ser importantes para a obtenção de resultados socialmente ótimos: “a população requer que o aplicador da lei considere todos os efeitos econômicos que a conduta empresarial específica produz, e não só aqueles que podem ser mais facilmente capturados pelos modelos econômicos” (DREXL, 2011, p. 38)¹⁵².

O que se observa, então, é que, além de valores sociais e políticos mais amplos, o modelo do bem-estar exclui também considerações eminentemente econômicas: “[o] modelo determina a ‘relevância’. Evidência relevante é aquela que é explicada pelo ou ‘se encaixa’ no modelo existente. Evidência irrelevante é aquela que não pode ser explicada pelo modelo” (HOVENKAMP, 1985, p. 215, tradução livre)¹⁵³.

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

Excluir preocupações econômicas, sociais e políticas que “não se encaixam” no modelo do bem-estar, então, não é escolha puramente técnica. Diferenças de abordagem econômica, aqui, “derivam mais de valores fundamentais e presunções sobre o comportamento humano e sobre a desejabilidade de fenômenos tais como distribuição desigual de renda do que a escolha de uma técnica analítica ou empírica à outra” (SCHERER, 2008, p. 32, tradução livre)¹⁵⁴. A adesão a tais valores, como visto, deve derivar sua legitimidade em face do ordenamento jurídico em que se insere o analista.

¹⁵² DREXL, Josef, On the (a)political Character of the Economic Approach to Competition Law, *in*: DREXL, Josef; KERBER, Wolfgang; PODSZUN, Ruppert (Orgs.), **Competition Policy and the Economic Approach**, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2011, p. 311.

¹⁵³ HOVENKAMP, Herbert, Antitrust Policy after Chicago, **Michigan Law Review**, v. 84, n. 2, p. 213–284, 1985.

¹⁵⁴ SCHERER, F. M., Conservative Economics and Antitrust: A variety of influences, *in*: PITOFSKY, Robert (Org.), **How the Chicago School overshoot the mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust**, New York: Oxford University Press, 2008, p. 30–39.

Os tópicos seguintes descrevem algumas preocupações excluídas nesse contexto, e analisam sua relevância para o direito concorrencial contemporâneo.

3.1 O estático e o dinâmico na análise concorrencial

O modelo econômico do bem-estar, como se observou acima, é de natureza *estática*: seu foco é no nível de preços e quantidades em um dado momento temporal, presumindo constantes as tecnologias existentes¹⁵⁵. Por princípio, então, esse instrumental desconsidera os impactos econômicos das condutas na aptidão e incentivos para a inovação, elementos que integram o conceito de *eficiência dinâmica*¹⁵⁶.

A visão clássica de Bork é a de que a inovação deveria permanecer estranha ao antitruste, tratada por legislação separada (como a propriedade industrial). O foco no bem-estar agregado liberará recursos para que os produtores invistam na satisfação de outras necessidades dos consumidores¹⁵⁷, mas é o interesse dos consumidores pela inovação (disposição a pagar por ela) o que definirá sua lucratividade e viabilidade. Bork, então – com grande fé na racionalidade da demanda do consumidor por inovação¹⁵⁸ – defendia que a inovação ocorreria naturalmente nesse processo, não constituindo preocupação específica ao antitruste¹⁵⁹.

Marginalizar a inovação como preocupação do antitruste é problemático, contudo, quando se tem em conta que o progresso tecnológico é considerado central para o crescimento econômico em longo prazo¹⁶⁰. Com base em evidências de que a contribuição da eficiência dinâmica para o crescimento econômico é superior à oferecida por ganhos estáticos de eficiência, alguns autores defendem que a inovação seja prioridade na aplicação da legislação antitruste¹⁶¹.

O problema, aqui, é que a inovação é processo de difícil compreensão e mensuração, sendo difícil identificar seus incentivos determinantes, direção e se seu conteúdo será benéfico ou prejudicial à coletividade¹⁶². Em especial, uma grande disputa não-resolvida refere-se a qual

¹⁵⁵ KRUGMAN; WELLS, **Microeconomics**, p. 30.

¹⁵⁶ OCDE, Dynamic Efficiencies in Merger Analysis - DAF/COMP(2007)41, **OECD Policy Roundtables Discussion Papers**, n. June, 2007, p. 17.

¹⁵⁷ BLAIR; SOKOL, The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach, p. 484–485.

¹⁵⁸ ORBACH, The Antitrust Consumer Welfare Paradox, p. 24.

¹⁵⁹ Cf. BORK, Robert H., The Goals of Antitrust Policy, **American Economic Review**, v. 57, n. 2, p. 242–253, 1967, p. 251..

¹⁶⁰ KERBER, Wolfgang, Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law, *in*: DREXL, Josef; IDOT, Laurence; MONEGER, Joel (Orgs.), **Economic Theory and Competition Law**, Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008, p. 05.

¹⁶¹ PORTER, Michael, Competition and antitrust: toward a productivity-based approach to evaluating mergers and joint ventures, **The Antitrust Bulletin**, v. 46, p. 919, 2001, p. 952.

¹⁶² STUCKE, Reconsidering Antitrust's Goals, p. 583.

estrutura de mercado é mais apta a estimular a criação e desenvolvimento de novas tecnologias.

Uma das perspectivas em disputa é a chamada Neo-Schumpeteriana, que estipula que o poder de monopólio pode ser necessário à inovação, porque, dentre outras razões: somente grandes empresas em mercados oligopolizados ou monopolizados poderiam suportar os riscos da inovação e auferir retorno adequado; a lucratividade supracompetitiva permitiria investimento em pesquisa e desenvolvimento; e o prospecto da obtenção de tal lucratividade constituiria o principal incentivo à inovação¹⁶³. Importa-se para o antitruste o argumento, originário do domínio patentário, da necessidade de garantia da *apropriabilidade dos* retornos aos investimentos envolvidos no processo de inovação – limitando-se, para esse fim, o efeito da “carona” (*free-riding*) de rivais nos resultados desses investimentos, que acarreta o efeito de derramamento (*spillover*) das externalidades positivas geradas pela inovação¹⁶⁴.

Esse ideário traduz-se na preocupação em limitar a aplicação da lei contra práticas exclusionárias, temendo a redução do retorno a investimentos presentes e incentivos a investimentos futuros¹⁶⁵. Perdas de eficiência estática, em curto prazo, poderiam ser justificáveis em prol de ganhos de eficiência dinâmica em longo prazo. Nessa ideia baseia-se a tese da *função social dos lucros de monopólio*, expressa na decisão da Suprema Corte dos EUA para *Trinko*¹⁶⁶.

No outro pólo da disputa, contrapõem-se trabalhos que buscam evidenciar que uma estrutura de mercado competitiva constitui o principal incentivo à inovação. Destaca-se, aqui, a contribuição de Kenneth Arrow, que observa que o monopolista, em razão da lucratividade de que já goza anteriormente à possível invenção, tem interesse na manutenção do *status quo* e, portanto, pouco incentivo à inovação quando ausente competição no mercado do produto, uma vez que seus ganhos adicionais seriam reduzidos em relação às vendas que já possui¹⁶⁷. Enquanto a inovação do incumbente serviria para substituir seus próprios negócios, o que gera poucos ganhos adicionais, um novo entrante inovaria para capturar negócios que ainda não possui, auferindo ganhos muito maiores¹⁶⁸. Essa visão busca reconhecer o valor disruptivo da

¹⁶³ WAKED, Dina I., Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices, *Seattle University Law Review*, v. 38, p. 945–1006, 2015, p. 990.

¹⁶⁴ Um exemplo desse argumento seria a afirmação de que a contratação compulsória, imposta em razão da recusa de fornecer uma infraestrutura essencial, prejudicaria a apropriação dos retornos ao investimento da empresa detentora da infraestrutura, desincentivando novos investimentos.

¹⁶⁵ HYLTON, Keith N; LIN, Haizhen, Optimal Antitrust Enforcement, Dynamic Competition, and Changing Economic Conditions, *Antitrust Law Journal*, v. 77, n. 1, p. 247–276, 2010.

¹⁶⁶ LAO, Marina, IDEOLOGY MATTERS IN THE ANTITRUST DEBATE, *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 2, p. 649, 2014, p. 660.

¹⁶⁷ SHAPIRO, Carl, Competition and Innovation Did Arrow Hit the Bull ’ s Eye ?, *in*: LERNER, Josh; STERN, Scott (Orgs.), *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, Chicago: University of Chicago Press, 2012, p. 362.

¹⁶⁸ BAKER, Jonathan B., Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation, *Antitrust Law Journal*, v. 74,

introdução de inovações por entrantes que, mesmo que de pequeno porte (ou na condição de *start-ups*), financiam a inovação por recursos obtidos no mercado de capitais de risco, por exemplo¹⁶⁹.

Investigar qual estrutura de mercado teria maior tendência a conduzir à inovação, ademais, seria um exercício diferente de se perquirir se essa estrutura deve ser mantida por meio de um enfraquecimento do antitruste¹⁷⁰. O mérito do argumento da apropriabilidade como justificativa para a não-intervenção é limitado, quando se leva em conta que a rivalidade é um importante determinante da inovação em muitos mercados. Isso é verdadeiro especialmente para países em desenvolvimento, em que o principal tipo de inovação é do tipo *incremental* (reduzir os custos de produção ou introduzir melhorias em produtos já existentes), o foco na manutenção da rivalidade pré-inovação seria especialmente importante¹⁷¹. Ademais, o efeito de “derramamento” e difusão do conhecimento entre rivais e usuários é reconhecido como característica essencial à natureza desejável da inovação, em vez de um problema a ser corrigido. Maior apropriabilidade, tornando mais custosa a difusão de técnicas já desenvolvidas, pode limitar ou impedir o desenvolvimento de novas tecnologias, tendo-se em vista a natureza cumulativa do fenômeno da inovação¹⁷².

Embora a disputa ainda não tenha alcançado consenso, seu desenrolar vem apontando para a conclusão de que a pressão competitiva e a contestabilidade dos mercados constituem importantes motores à inovação. Estudos empíricos que buscaram estabelecer uma relação direta entre concentração de mercado e taxa de inovação restaram inconclusivos, tendo-se em vista o caráter complexo e multicausal desse fenômeno¹⁷³. Quando, no entanto, os estudos não são focados em uma estrutura específica de mercado, analisando de modo mais geral a interação entre rivalidade e inovação, Osti (2015) observa que os resultados apontam substancialmente para uma relação positiva entre maior pressão competitiva e maior incentivo para investimento

n. 03, p. 575–602, 2007, p. 579.

¹⁶⁹ SIDAK, J. G.; TEECE, D. J., Dynamic Competition in Antitrust Law, **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, p. 581–631, 2009, p. 587.

¹⁷⁰ Há evidências, com efeito, de que uma postura não-intervencionista quanto a práticas exclusionárias pode desincentivar a inovação, ao contribuir para a perpetuação do poder de monopólio em detrimento de entrantes inovadores, sendo possível, inclusive, identificar diversas condições em que a proteção da rivalidade elevaria a taxa de inovação em determinado mercado relevante, cf. SHAPIRO, Competition and Innovation Did Arrow Hit the Bull ’ s Eye ?, p. 401. No mesmo sentido, Cf. WU, Tim, Taking innovation seriously: Antitrust enforcement if innovation mattered most, **Antitrust Law Journal**, v. 78, n. 2, p. 313–328, 2012, p. 313–328. argumentando que, se o foco do antitruste for a inovação, sua principal preocupação deverá ser com as práticas exclusionárias.

¹⁷¹ LEWIS, David, Chilling Competition, 2008, p. 19.

¹⁷² BRUNELL, Richard M., Appropriability in Antitrust: How much is enough?, **Antitrust Law Journal**, v. 69, p. 1–42, 2001, p. 25.

¹⁷³ BAKER, Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation, p. 583.

em inovação ¹⁷⁴.

As duas correntes aqui citadas buscam identificar o *trade-off* ideal entre eficiência estática e dinâmica, embora ambas tenham em comum a percepção de que o foco exclusivo em eficiência estática, sob o modelo clássico de Chicago, é insuficiente para que o direito da concorrência contribua adequadamente para o desenvolvimento econômico. O que fica claro é que excluir tais aspectos dinâmicos da análise de custos e benefícios relacionados à concentração econômica revela-se, então, uma escolha subjacente ao modelo da Escola de Chicago, de sua *ideologia*, e não necessariamente universal. Especialmente em face das incertezas que permeiam esse tema, a escolha sobre o balanço ideal entre eficiência estática e dinâmica é, em última análise, uma escolha que cada nação deve fazer, tendo em vista a realidade econômica local¹⁷⁵.

3.2 A questão distributiva

O critério da eficiência econômica (ou “maximização do bem-estar total”), na teoria da Escola de Chicago, utiliza-se, como visto, do princípio de compensação de Kaldor-Hicks para apuração da desejabilidade das práticas que analisa. De acordo com esse princípio, uma prática é considerada eficiente se os ganhos dela derivados, por alguns indivíduos, seriam suficientes para compensar as perdas sofridas por outros – em outras palavras, se o bem-estar agregado (diferenças entre ganhos e perdas) é positivo.

Uma importante característica desse critério é a premissa de que a compensação é apenas potencial, não necessariamente efetiva. Se a compensação irá efetivamente ocorrer, ou não, “é uma questão política que o economista, enquanto economista, dificilmente poderia pronunciar uma opinião” (KALDOR, 1939, p. 550, tradução livre)¹⁷⁶. Esse é o argumento crucial para a tese da *separabilidade* entre eficiência e distribuição, que é constantemente apresentada como resposta às já conhecidas críticas à utilização da eficiência como critério de justiça¹⁷⁷.

Defende-se, sob a tese da separabilidade, que o critério da eficiência é politicamente

¹⁷⁴ SHAPIRO, Competition and Innovation Did Arrow Hit the Bull ’ s Eye?, p. 282; OSTI, Cristoforo, Antitrust : a Heimlich manoeuvre, **European Competition Journal**, v. 11, n. 1, p. 221–264, 2015, p. 262. Sidak e Teece analisam que mesmo Schumpeter, embora tenha estabelecido a importância de lucros supracompetitivos para a eficiência dinâmica, não considerava o monopólio, em si, um requisito absoluto, reconhecendo também a importância da rivalidade e da persistência de pressão competitiva para o desenvolvimento econômico SIDAK, J Gregory; TEECE, David J., Dynamic competition in antitrust law, **Journal of Competition Law and Economics**, v. 5, n. 4, p. 581–631, 2009, p. 587..

¹⁷⁵ Cf. KERBER, Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law, p. 18 - Tradução Livre.

¹⁷⁶ KALDOR, Nicholas, Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility, **The Economic Journal**, v. 49, n. 195, p. 549–552, 1939, p. 550.

¹⁷⁷ ZERBE, Richard O, Economic efficiency in law and economics, p. 328, 2001, p. 85.

neutro – analisando objetivamente como fazer o metafórico “bolo” crescer – cabendo ao sistema político definir como ele será dividido por instrumentos como o sistema tributário¹⁷⁸. Eastbrook observa, nesse sentido, que “finalidades baseadas em algo além da eficiência (ou seu indicador próximo bem-estar do consumidor) realmente requer aos juízes que redistribuam renda. Quanto consumidores devem contribuir para pequenos comerciantes é uma escolha política” (EASTERBROOK, 1986, p. 1.705), e a eficiência, por sua vez, não envolveria tal “escolha política”¹⁷⁹.

Algumas críticas ao critério Kaldor-Hicks, contudo, questionam a possibilidade de se separar eficiência e distribuição. Questiona-se seu viés de manutenção de *status quo* e sua incapacidade de diferenciar aspectos do bem-estar de pobres e ricos¹⁸⁰.

Ademais, a mera opção pelo padrão do bem-estar total tem considerável impacto distributivo, já que qualquer mudança na alocação de recursos permitida em função de uma medida eleita de “eficiência” já é, por si só, uma decisão distributiva¹⁸¹. Assim, adotar o padrão do bem-estar total em substituição a um padrão do excedente do consumidor, por exemplo, implica em uma decisão política, no sentido de abandonar qualquer proteção contra os efeitos redistributivos regressivos do exercício de poder de mercado, em prol da ideia de que, em longo prazo, isso beneficiará a sociedade como um todo¹⁸². Em outras palavras, adotar o padrão do bem-estar total significa que, sempre que houver um conflito entre distribuição e eficiência, é essa última que deverá prevalecer – quando não há conflito, o padrão de bem-estar não impacta o resultado, como visto acima.

Há quem defenda tal decisão política afirmando que o princípio de Kaldor-Hicks garantiria um resultado ótimo de Pareto em longo prazo, pela alternância de posições – no sentido de que os vencedores de hoje serão os perdedores em situações diferentes (e vice-versa), com uma distribuição equânime dos ganhos e perdas¹⁸³. Isso é problemático, contudo, quando o mesmo grupo de pessoas tende a sofrer a maior parcela das perdas, sucessivamente¹⁸⁴. Ignorar preocupações distributivas aqui, então, já é uma decisão que impacta na distribuição de renda.

Mesmo se se ignora tais críticas – presumindo-se, então, ser possível a “divisão de

¹⁷⁸ POSNER, Richard A., **The Economics Of Justice**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981, p. 105.

¹⁷⁹ EASTERBROOK, Frank H, Workable Antitrust Policy, **Michigan Law Review**, v. 84, n. 8, 1986, p. 1705.

¹⁸⁰ Cf. HOVENKAMP, Antitrust Policy after Chicago, p. 247; LIANOS, Ioannis, **Series Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law**, [s.l.: s.n.], 2013, p. 8; ZERBE, Economic efficiency in law and economics, p. 9.

¹⁸¹ HORWITZ, MJ, Law and economics: science or politics?, **Hofstra Law Review**, v. 8, n. 4, 1980, p. 906; HOVENKAMP, Antitrust Policy after Chicago, p. 246.

¹⁸² KERBER, Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law, p. 18.

¹⁸³ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸⁴ EVANS, Phil, **In Search of the Marginal Consumer: The Fipra Study**, Brussels: FIPRA, 2008, p. 18.

tarefas” entre políticas de geração de riqueza e distribuição – e se relega a função redistributiva à atuação *ex post* do sistema tributário, outros problemas comparecem.

Observe-se, em primeiro lugar, a ironia presente no fato de que a redistribuição futura – cuja eterna possibilidade é um dos principais argumentos articulados pelos economistas neoclássicos para justificar políticas que tendem a concentrar poder econômico – é fortemente desaconselhada por eles próprios, em sua análise das distorções comportamentais do sistema tributário¹⁸⁵.

Em referência ao antitruste, por exemplo, Kaplow (2012) parte da tese de que qualquer medida redistributiva gera distorções indesejadas – taxar a riqueza reduziria os retornos do investimento, desestimulando o empreendedorismo, e redistribuir aos pobres desestimularia a produtividade (KAPLOW, 2012, p. 12). A partir de tal ideia, o autor conclui que inserir preocupações distributivas no antitruste promoveria uma *dupla distorção*: além de provocar as distorções comuns a qualquer redistribuição, também diminuiria a eficiência das transações e, portanto, reduziria a quantidade de riqueza disponível para ser distribuída pelo sistema tributário¹⁸⁶. A redistribuição exclusivamente via tributação seria mais eficiente, então, por gerar somente a distorção comum a qualquer medida redistributiva. Esse sistema, ademais, diferenciaria melhor pobres e ricos, por basear-se em faixas de renda globais e não na posição dos indivíduos em mercados específicos¹⁸⁷.

Tal aversão a políticas distributivas é menos persuasiva, contudo, se confrontada com evidências sobre a relação entre desigualdade e crescimento econômico.

De fato, um ponto muito revelador da contribuição de Bork para o antitruste é sua afirmação da equivalência entre “bem-estar total” e “bem-estar do consumidor”, mencionada acima¹⁸⁸. Essa visão é bastante disseminada na literatura. Blair e Sokol (2012), por exemplo, defendem que a adoção de um padrão do bem-estar total é adequada porque as economias de custo feitas pelas empresas no mercado relevante – mesmo que às custas de aumentos de preço, em curto prazo – beneficiariam aos consumidores como um todo¹⁸⁹. Igualmente, Hovenkamp defende o padrão do bem-estar total – embora seja uma medida com improvável sucesso político – seria mais consoante a uma teoria “sólida” porque “a maioria das eficiências têm um caminho de respingar através da economia de modo que elas beneficiam a todo mundo”

¹⁸⁵ TOWNLEY, Christopher, **Article 81 EC And Public Policy**, Oxford e Portland: Hart Publishing, 2009, p. 28.

¹⁸⁶ KAPLOW, On the choice of welfare standards in competition law, p. 04.

¹⁸⁷ *Ibid.*, p. 11.

¹⁸⁸ BORK, **The Antitrust Paradox**, p. 90.

¹⁸⁹ BLAIR; SOKOL, The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach, p. 485–486.

(HOVENKAMP, 2011, p. 86, tradução livre)¹⁹⁰.

Kirkwood e Lande (2008) apontam que a manobra linguística que identifica “bem-estar total” ao “bem-estar do consumidor” é mais do que uma utilização equivocada das definições da teoria econômica, revelando um crucial traço subjacente ao pensamento de Chicago: a teoria do “*trickle-down economics*” (“efeito multiplicador” ou “efeito cascata”) ¹⁹¹. Segundo a teoria, o foco em políticas que ampliem a maximização da riqueza, mesmo que estas tenham caráter regressivo, justifica-se porque os benefícios do crescimento, mesmo que distribuídos de forma desigual, tendem a “respingar” pela economia e beneficiar a todos ¹⁹².

Nos últimos anos, contudo, uma crescente literatura vem atentando à questão da desigualdade econômica, revelando a magnitude do problema para a própria sustentação do sistema capitalista e das democracias liberais, em longo prazo¹⁹³. Um ponto importante dessa literatura é, justamente, evidenciar que a teoria do “*trickle-down economics*” não se mostra verdadeira, havendo uma importante conexão entre a redução da desigualdade e a viabilização do crescimento econômico¹⁹⁴.

Identifica-se, ainda por cima, que o sistema tributário e de transferências monetárias não desempenha suficiente papel redistributivo, sendo inclusive, em alguns casos, regressivo¹⁹⁵.

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

De fato, as recentes discussões acadêmicas sobre a desigualdade vêm, progressivamente, passando a incluir preocupações sobre os efeitos do poder de monopólio na

¹⁹⁰ HOVENKAMP, **Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice**, p. 86 - Tradução Livre.

¹⁹¹ KIRKWOOD; LANDE, **The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency**, p. 239.

¹⁹² STIGLITZ, Joseph, **Inequality and Economic Growth**, p. 1–18, 2013, p. 01.

¹⁹³ PIKETTY, Thomas, **Capital in the Twenty-First Century**, Kindle. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014; STIGLITZ, Joseph E., **The Price of Inequality**, Kindle. Nova York: W. W. Norton & Company, 2012.

¹⁹⁴ Dentre as diversas razões aventadas pela literatura para essa relação, conforme revisão de literatura em Dabla-Norris et al. (2015, p. 09), estão: a desigualdade reduz a produtividade do trabalho, uma vez que uma crescente parcela da população fica desprovida de recursos para acumular o capital físico e humano necessário, o que, em longo prazo, também prejudica a mobilidade social e os benefícios econômicos dela derivados; redução da demanda agregada, já que o consumo dos pobres e da classe média importa mais para o crescimento econômico que a demanda dos ricos, que tendem a consumir em proporção menor a sua renda; aumento da instabilidade financeira nacional e global, em razão do superendividamento privado e inadimplência da população de pequena e média renda; redução da coesão social e confiança nas instituições; aumento dos custos políticos relacionados à implementação de políticas pró-crescimento que prejudiquem elites locais, bem como à implementação de políticas de combate à pobreza; aumento do *rent seeking* para manutenção de privilégios econômicos não-relacionados à produtividade.

¹⁹⁵ PRASAD, Naren, **Policies for redistribution: The use of taxes and social transfers**, [s.l.: s.n.], 2008, p. 32; BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. OBSERVATÓRIO DA EQUIDADE, **Indicadores de equidade do sistema tributário nacional**, n. 1, 2009, p. 25.

distribuição de riqueza ¹⁹⁶. Se, como observa Piketty (2014), a desigualdade tende a se ampliar quando a taxa de retorno sobre o capital é superior à taxa de crescimento econômico geral ($r > g$), e o exercício do poder de mercado aumenta o retorno sobre o capital, é possível identificar uma ligação entre exercício de poder de mercado e a desigualdade ¹⁹⁷.

Stiglitz (2012), igualmente, observa que um dos motores para a desigualdade estadunidense é a crescente monopolização dos mercados, que ele atribui a três fatores: a ascensão das teorias da Escola de Chicago, de cunho não-intervencionista; o aumento de importância de novos setores econômicos com marcadas externalidades de rede e propriedade intelectual; e renovadas práticas exclusionárias e de *rent seeking* adotadas por empresas em posição dominante ¹⁹⁸.

O exercício do poder de mercado tem claros efeitos distributivos, já que preços mais elevados transferem renda dos consumidores para as empresas. Um dos argumentos contrários à preocupação com tais efeitos redistributivos é o de que muitos consumidores são também acionistas de empresas, beneficiando-se também do exercício de poder de mercado ¹⁹⁹. Há suficientes evidências, contudo, de que a população integrante da fatia 1% mais rica da sociedade é a proprietária da esmagadora maioria dos bens de capital²⁰⁰.

Há, então, boas razões para acreditar que a distribuição operada pelo exercício do poder de mercado tem caráter regressivo (transfere riqueza dos mais pobres para os muito ricos, especialmente acionistas e altos executivos das empresas com poder de mercado), e é por isso que se estipula a necessidade de uma legislação concorrencial mais efetiva para lidar com a desigualdade (STIGLITZ, 2012, pos. 5.305).

Uma série de propostas vêm sendo levantadas para a inclusão de preocupações distributivas no antitruste, como a aplicação do padrão de bem-estar do excedente do consumidor ²⁰¹, o controle antitruste da propriedade acionária cruzada ²⁰², o controle de preços

¹⁹⁶ ATKINSON, A., **Inequality. What can be done?**, Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015, p. 98.

¹⁹⁷ BAKER, Jonathan B.; SALOP, Steven C., Antitrust, Competition Policy, and Inequality, **The Georgetown Law Journal Online**, v. 104, n. 1, 2015, p. 12.

¹⁹⁸ STIGLITZ, **The Price of Inequality**, p. 1466.

¹⁹⁹ MOTTA, **Competition Policy: Theory and Practice**, p. 20.

²⁰⁰ Observa Piketty (2014, p. 336, tradução livre) que “*em todas as sociedades conhecidas, em todos os tempos, [...] o decil mais rico da hierarquia da riqueza é proprietário de uma clara maioria do que há para possuir (geralmente mais de 60 por cento da riqueza total e às vezes até 90%)*”. Em 2012, nos EUA, estimou-se que a fatia 0,1% mais rica da população obteve 43% da renda de capital, além da considerável parcela de riqueza apropriada pela remuneração dos altos executivos, em um contexto empresarial cada vez mais voltado à maximização do valor dos acionistas, o que é associado a um sistema trabalhista marcado por poder de barganha cada vez menor por parte dos trabalhadores, com estagnação dos salários em vários segmentos KHAN, Lina; VAHEESAN, Sandeep, Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents, **SSRN Electronic Journal**, 2016, p. 8..

²⁰¹ BAKER; SALOP, Antitrust, Competition Policy, and Inequality, p. 15; ATKINSON, **Inequality. What can be done?**, p. 126.

²⁰² ELHAUGE, Einer, Essay - Horizontal Shareholding, **Harvard Law Review**, v. 129, p. 1267–1317, 2016.

exploratórios²⁰³ e, em especial, o foco na manutenção da abertura dos mercados, o que se traduz em um maior rigor com práticas exclusionárias que ameacem a manutenção da rivalidade – independentemente dos seus efeitos nos preços em curto prazo²⁰⁴.

Em especial, propõe-se a superação do viés não-intervencionista estabelecido no direito concorrencial contemporâneo, que, como se verá a seguir, é pautado em uma teoria da decisão que superestima os custos de falsos negativos (condenações errôneas) e subestima os custos de falsos positivos (absolvições errôneas). É necessário incluir, na avaliação dos custos de falsos positivos, o risco de que a atual permissividade quanto a práticas exclusionárias auxilie no entrenchamento de posições dominantes e, conseqüentemente, na manutenção da desigualdade²⁰⁵.

3.3 Outras questões econômicas, políticas e sociais

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

- **Efeitos em outros mercados e externalidades:** uma análise sob a teoria do preço considera os efeitos no bem-estar, em curto prazo, com referência a um mercado relevante determinado. Desconsideram-se, então, efeitos econômicos que determinada prática econômica pode gerar em outros mercados²⁰⁶, subestimando impactos econômicos de práticas como conglomerações²⁰⁷ e, também, correndo o risco de ignorar ou subestimar o risco de práticas em que maior lucratividade em um mercado permite subsidiar uma prática exclusionária em mercado relacionado²⁰⁸.

A análise tende, igualmente, a desconsiderar quaisquer externalidades positivas e negativas que podem ser relevantes para compreensão da racionalidade de práticas econômicas – exceto em limitadas situações em que a questão das externalidades é relevante para a defesa de uma prática econômica (como o problema do “caroneiro” em restrições verticais)²⁰⁹. Dentre os exemplos de externalidades desconsideradas, encontram-se: impactos ambientais;

²⁰³ BAKER; SALOP, *Antitrust, Competition Policy, and Inequality*, p. 22.

²⁰⁴ KHAN; VAHEESAN, *Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents*, p. 62.

²⁰⁵ BAKER; SALOP, *Antitrust, Competition Policy, and Inequality*, p. 21.

²⁰⁶ FARBER, Daniel A; MCDONNELL, Brett H, *Why (and How) Fairness Matters at the IP/Antitrust Interface*, **Minnesota Law Review**, v. 87, n. 6, p. 1817, 2003, p. 1821.

²⁰⁷ ADAMS; BROCK, *Antitrust, Ideology, and The Arabesques of Economic Theory*, p. 307.

²⁰⁸ MEISEL, John B., *The Law and Economics of Margin Squeezes in the US Versus the EU*, **European Competition Journal**, v. 8, n. 2, p. 383–402, 2012.

²⁰⁹ FOER, Albert A., *On the Inefficiencies of Efficiency as the Single-Minded Goal of Antitrust*, [s.l.: s.n.], 2014, p. 25.

fragilidade de cadeias de distribuição com “gargalos”, diante de eventos catastróficos²¹⁰; e prejuízos gerados a comunidades em decorrência de fusões que envolvem fechamento de plantas produtivas em prol de maior eficiência²¹¹.

- **Deseconomias de escala e externalidades ligadas ao tamanho de uma empresa:** da crise de 2008 resultou a preocupação com a consolidação de estruturas econômicas tão concentradas e interconectadas com diversos setores que sua falência poderia levar a economia à bancarrota – empresas “*too big to fail*” (grandes demais para falirem)²¹² – salientando-se a já observada aptidão de estruturas concentradas para captar recursos públicos para seu “salvamento”, o chamado “*dilema do bailout*” por Adams e Brock²¹³. Critica-se, portanto, o fato de o antitruste não incluir essas e outras preocupações relacionadas à concentração excessiva de estruturas financeiras²¹⁴.

- **A importância da preservação da escolha do consumidor em alguns contextos:** um foco exclusivo em preços e quantidade pode ser prejudicial em situações em que a preservação da escolha do consumidor é importante para o seu bem-estar²¹⁵. Lande (2013) exemplifica essa situação com os mercados de informação, como jornais: eficiências derivadas da consolidação de atividades de empresas editoriais não são suficientes para sobrepesar os prejuízos informacionais derivados da obtenção de notícias de uma só fonte²¹⁶.

Como se vê, a *formulação* de uma teoria concorrencial com foco exclusivo no valor da eficiência alocativa traduz-se na escolha de ignorar quaisquer preocupações derivadas da concentração de poder econômico, com exceção daquelas que estejam estritamente expressas no modelo neoclássico estático do bem-estar (cujo ponto de partida é o preço ao consumidor em curto prazo). Uma segunda categoria de análise permite questionar, mais além, o consenso tecnocrático no antitruste contemporâneo: as escolhas políticas envolvidas na *implementação* do critério da eficiência econômica.

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

²¹⁰ *Ibid.*, p. 27.

²¹¹ *Ibid.*, p. 28.

²¹² *Ibid.*, p. 33.

²¹³ Antitrust, Ideology, and The Arabesques of Economic Theory, p. 266.

²¹⁴ MARKHAM JR., Jesse W. W., Lessons for Competition Law From the Economic Crisis: the Prospect for Antitrust Responses To the “Too-Big-To-Fail” Phenomenon, *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, v. 16, n. 2, p. 261–322, 2011; BUSH, Darren, Too Big to Bail: The Role of Antitrust in Distressed Industries, *Antitrust Law Journal*, v. 77, n. 1, p. 277–312, 2011.

²¹⁵ AVERITT, Neil W; LANDE, Robert H, Using the Consumer Choice Approach to Antitrust Law, *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 175–264, 2007.

²¹⁶ LANDE, Robert H., A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice, *Fordham Law Review*, v. 81, p. 2349–2403, 2013, p. 2352.

Em que pese o modelo econômico do bem-estar ser apresentado, por alguns, como o veículo para harmonização internacional do antitruste, com previsibilidade e certeza, alguns aspectos da implementação do modelo colocam em dúvida tal aptidão.

A teoria de Chicago é marcada por considerável confiança no caráter técnico da implementação das regras da teoria econômica, como exemplifica a obra de Bork: “teoria econômica básica é uma matéria intensamente lógica e muito dela consiste em derivar as implicações de uns poucos postulados empiricamente apoiados”, de modo que “em muitos casos a teoria é tão bem fundada que nós podemos estar certos, ou virtualmente certos, de sua confiabilidade” (BORK, 1978, p. 117, tradução livre).

De fato, algumas práticas empresariais, como o cartel puro, são pouco problemáticas para essa discussão, já que existe consenso razoavelmente estabelecido sobre a indesejabilidade de seu impacto econômico na eficiência alocativa e produtiva (e, portanto, a implementação do critério da eficiência econômica é frequentemente feita através de *presunções* de dano e não de uma verdadeira análise de efeitos).

Considerável parcela das situações com que se defronta a autoridade antitruste, contudo, é marcada por ambiguidades quanto a suas repercussões no bem-estar, evidenciando a “*ilusão de certeza*” (PITOFSKY, 1979, p. 1.075)²¹⁷ que cerca a abordagem econômica para o direito concorrencial²¹⁸.

Uma primeira ambiguidade diz respeito à *escolha do modelo econômico aplicável à conduta*. A intensificação do uso da Economia na solução de controvérsias deu origem a diferentes “escolas” do direito concorrencial (Chicago, Pós-Chicago, Neo-Chicago, Comportamental, dentre outras), que – embora, muitas vezes, comunguem do mesmo entendimento quanto à eficiência alocativa como finalidade do antitruste²¹⁹ – propõem modelos alternativos para explicar a racionalidade (ou irracionalidade) de algumas práticas, bem como seus efeitos no nível de preços, entrada, incentivos para investimentos, dentre outros²²⁰.

O maior problema é que essas teorias, muitas vezes, ainda carecem suficiente base

²¹⁷ PITOFSKY, Robert, The Political Content of Antitrust, *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, p. 1051–1075, 1979, p. 1075.

²¹⁸ WURMNEST, Wolfgang, The Reform of Article 82 EC in the Light of the “Economic Approach”, *in*: MACKENRODT, Mark-Oliver; CONDE GALLEGO, Beatriz; ENCHELMAIER, Stefan (Orgs.), **Abuse of dominant position: new interpretation, new enforcement mechanisms?**, Berlim: Springer, 2008, p. 16.

²¹⁹ JACOBS, An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics, p. 259.

²²⁰ WRIGHT, Joshua D., Abandoning Antitrust’s Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust, *Antitrust Law Journal*, v. 78, p. 301–331, 2011, p. 301.

empírica para sua validação ou refutação²²¹. A escolha do modelo aplicável (entre alternativas igualmente válidas) é, então, reconhecida como uma instância em que a ideologia do aplicador é decisiva para os resultados da análise²²².

Escolhido o modelo a ser aplicado, um segundo tipo de ambiguidade faz-se presente: a dificuldade de apuração, em cada caso concreto, dos pressupostos subjacentes ao modelo econômico escolhido²²³.

Suponha-se a aplicação dos padrões de bem-estar acima discutidos a um caso concreto. Sob o padrão do excedente do consumidor, aplicar a regra da razão requer investigar o efeito de uma prática econômica nos preços, considerando-se a probabilidade de exercício de poder de mercado e as eficiências (na medida de sua potencial transferibilidade aos consumidores). No caso do padrão do bem-estar total, além disso, caso se verifique a probabilidade de exercício de poder de mercado (o que já garantiria a ilicitude sob o padrão do bem-estar do consumidor), seria necessário ir além e calcular a ineficiência alocativa de “peso-morto” gerada por tal elevação de preços, para então efetuar um balanço de efeitos líquidos, considerando as eficiências produtivas geradas pela operação e a ineficiência alocativa, o que torna a análise quase impossível²²⁴.

Essa complexidade é ampliada pelo fato de a análise antitruste referir-se ao comportamento *futuro* dos agentes. Essa é uma questão presente, por exemplo, no controle de estruturas de uma fusão horizontal, em que é necessário comparar a probabilidade de exercício de poder de mercado – avaliando elementos como a contestabilidade, incentivos para coordenação, probabilidade de entradas, importações, dentre outros – a alguma medida de eficiências produtivas a serem implementadas. Obter uma conclusão acerca desses elementos “envolve fazer previsões baseadas em informação incompleta sobre fatos presentes ou futuros, previsões que são quase sempre inevitavelmente sujeitas a auto grau de incerteza” (KATZ; SHELANSKI, 2007, p. 538, tradução livre)²²⁵. Há, ainda, a possibilidade de a conduta empresarial pós-fusão ser bastante diferente daquilo que é observável pré-fusão²²⁶.

²²¹ SCHERER, F. M., Conservative Economics and Antitrust: A Variety of Influences, *in*: PITOFSKY, Robert (Org.), **How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust**, Nova York: Oxford University Press, 2008, p. 32; WRIGHT, Abandoning Antitrust’s Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust, p. 301.

²²² WRIGHT, Abandoning Antitrust’s Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust, p. 316; JACOBS, An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics, p. 259.

²²³ MURIS, Timothy J., Improving The Economic Foundations Of Competition Policy, **George Mason Law Review**, v. 12, n. 1992, p. 1, 2003, p. 15.

²²⁴ HOVENKAMP, Implementing Antitrust’s Welfare Goals, p. 2478 - Tradução Livre..

²²⁵ KATZ, Michael L.; SHELANSKI, Howard A., MERGER ANALYSIS AND THE TREATMENT OF UNCERTAINTY: SHOULD WE EXPECT BETTER?, **Antitrust Law Journal**, v. 74, n. 3, p. 537–574, 2007.

²²⁶ BLAIR; SOKOL, The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach, p. 484.

Igualmente, no controle de uma conduta anticoncorrencial, é possível que haja necessidade de balancear efeitos anticompetitivos de longo prazo com efeitos pró-competitivos de curto prazo, ou vice-versa. Considere-se uma empresa dominante que recusa acesso de rivais a infraestrutura essencial. Permitir o acesso pode, em curto prazo, aumentar a competitividade do mercado, permitindo a entrada de rivais; em longo prazo, contudo, alega-se o risco de redução dos incentivos para investimento da empresa dominante e, então, o “esfriamento” da concorrência²²⁷. Por outro lado, é possível que aumentar a competitividade em um mercado, em curto prazo, estimule a inovação futura, como foi discutido anteriormente.

O desafio que essas questões colocam ao antitruste reside no fato de que a teoria econômica é melhor utilizada para a previsão de efeitos de curto prazo²²⁸. É difícil, mesmo para modelos econômicos sofisticados, prever com segurança o comportamento futuro dos mercados, dada a infinidade de variáveis envolvidas e a complexidade do comportamento humano: “simplesmente não há meio rigoroso de fazer previsões sobre questões que dependem tanto no comportamento humano. Economia não é a Física Newtoniana” (LEARY, 2006, p. 3, tradução livre)²²⁹.

O que se observa, então, é que, apesar da contribuição da teoria econômica, é muito difícil apurar, no caso concreto, a presença de todas as premissas subjacentes aos modelos econômicos²³⁰. Seria uma tal abordagem realmente “baseada em efeitos”, se os *efeitos* a que faz referência não são sequer apuráveis?

É inevitável reconhecer que, diante da incompletude do conhecimento, a análise concorrencial ainda requer extensa atividade interpretativa, que segue intimamente ligada aos valores políticos que subjazem tal política pública em determinado momento histórico²³¹. Trata-se da “tendência a resolver problemas empiricamente indeterminados por referência a sua ideologia política – informada por díspares experiências sociais, histórias e culturas [...]” (DEVLIN; JACOBS, 2010a, p. 261, tradução livre)²³².

Nesse contexto, a ideologia será decisiva à construção de sentido, pelo intérprete da lei, aos fatos relevantes. Em outras palavras, a adesão prévia a determinados valores eminentemente

²²⁷ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael, ANTITRUST DIVERGENCE AND THE LIMITS OF ECONOMICS, *Northwestern University Law Review*, v. 104, n. 1, p. 253–292, 2010, p. 257.

²²⁸ HEYER, Kenneth, A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust, *Antitrust Law Journal*, v. 72, p. 75, 2005, p. 8–9.

²²⁹ LEARY, Thomas B., The Elusive Goal of Convergence and The Inevitability of Uncertainty, *The Antitrust Source*, n. December, 2006, p. 03 - Tradução Livre.

²³⁰ HEYER, A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust, p. 03–04.

²³¹ Cf. SCHERER, Conservative Economics and Antitrust: A Variety of Influences, p. 30.

²³² Cf. DEVLIN; JACOBS, ANTITRUST DIVERGENCE AND THE LIMITS OF ECONOMICS, p. 261 - Tradução Livre.

políticos – ou, no mínimo, tecnicamente controversos – condiciona a construção de uma narrativa que atribui papéis ao Estado, à empresa e à concorrência²³³.

Assim, enquanto alguns autores atribuem as dificuldades de convergência internacional do antitruste à menor adesão, por parte das autoridades de alguns países, aos postulados universais da teoria econômica, observa-se que eventuais divergências não resultam de inferioridade da análise econômica adotada, mas de “diferentes entendimentos prévios sustentados dessas autoridades concorrenciais no que se refere a suas habilidades de melhorar o que, todos podem concordar, são mercados com desempenho menos que perfeito” (HEYER, 2005, p. 4, tradução livre)²³⁴.

4.1 - A teoria do custo dos erros

Um importante exemplo da interação entre ideologia e os limites do conhecimento econômico é o recurso à *teoria do custo dos erros* para o estabelecimento de limites ao antitruste. Com essa teoria, a Escola de Chicago transforma as fraquezas de sua abordagem em sua maior força: as dificuldades de implementação da análise econômica são instrumentalizadas em prol do reforço de seu viés não-intervencionista.

As incertezas acima descritas tornam o antitruste uma área particularmente afeita à possibilidade de erro²³⁵. A partir dessa constatação, construiu-se uma tradição no antitruste que busca estabelecer uma *teoria da decisão* em cenários de incerteza. Em linhas gerais, essa abordagem analisa a probabilidade e custos de erros em decisões em matéria antitruste, separando: erros Tipo I (falso positivo ou falsa condenação – quando uma empresa é condenada por uma prática que é, de fato, pró-competitiva); de erros tipo II (falso negativo ou falsa absolvição – quando uma empresa é absolvida por uma prática que é, de fato, anticompetitiva).

As diretrizes de tal teoria foram estabelecidas por Frank Easterbrook, em seu trabalho “Limits of Antitrust” (1984)²³⁶, que parte do reconhecimento da impossibilidade da obtenção de conhecimento adequado sobre as práticas que propõe que sejam analisadas sob o modelo neoclássico²³⁷, defendendo que, “para obter uma resposta a um problema prático, precisamos começar com algumas presunções e pontos fixos de referência” (EASTERBROOK, 1984, p.

233 Cf. ADAMS; BROCK, *Antitrust, Ideology, and The Arabesques of Economic Theory*, p. 294..

234 Cf. LAO, *IDEOLOGY MATTERS IN THE ANTITRUST DEBATE*, p. 568.

²³⁵ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael, *Antitrust Error*, **William & Mary Law Review**, v. 52, n. 1, 2010, p. 82.

236 Cf. EASTERBROOK, *The Limits of Antitrust*, p. 4..

237 *Ibid.*, p. 11.

11, tradução livre).

Para esse fim, Easterbrook estabelece uma regra quanto ao custo de erros no antitruste: absolvições errôneas são menos custosas que condenações errôneas. Condenações errôneas geram prejuízos permanentes, uma vez que cada punição de prática benéfica, em razão da estabilidade dos precedentes judiciais, estende-se a todas as empresas²³⁸. Proibir uma prática benéfica, ademais, impede a obtenção de eficiências e impacta todas as unidades ofertadas, sendo, então, muito mais danoso que a perda de bem-estar gerada pela permissão de uma prática monopolística – que só gera prejuízo na medida em que a oferta é reduzida, e mesmo isso pode ser compensado por ganhos na eficiência produtiva²³⁹. Além de terem menor impacto no bem-estar, absolvições errôneas teriam somente efeitos temporários: se o monopólio tende à autocorreção – preços altos atraem entrada – ele é naturalmente autodestrutivo²⁴⁰.

Essa abordagem tem sido, desde então, acolhida pela teoria antitruste norte-americana – o uso da teoria da decisão é, inclusive, apresentado como uma das maiores características da abordagem Neo-Chicago²⁴¹. Mais recentemente, essa visão foi incorporada pela jurisprudência pela Suprema Corte dos EUA que, nos casos *Brooke Group* (preços predatórios) e *Trinko* (recusa de venda), chancelou uma abordagem marcadamente não-intervencionista, argumentando que condenações errôneas poderiam “esfriar a concorrência”, punindo as condutas que o antitruste pretende estimular, com menção expressa ao termo “falsos positivos”.

Um primeiro problema de tal abordagem, contudo, é que determinar o custo de um tipo de erro depende de conhecer a probabilidade de sua ocorrência: mesmo que uma falsa condenação fosse mais custosa que uma falsa absolvição, esse fato não significaria que *muitas* falsas absolvições são desejáveis a *poucas* falsas condenações²⁴². Essa quantificação, contudo, é impossível quando se trata da complexa e dinâmica atividade econômica, não havendo suficientes estudos empíricos nesse sentido²⁴³.

A ideia de que determinada prática não deve ser objeto de escrutínio quando a “teoria econômica” considera que ela é geralmente pró-competitiva esbarra no problema de que não há apenas uma “teoria econômica” sobre a maioria das condutas empresariais – aqui incidem os problemas relacionados à escolha da teoria a ser aplicada, como se analisou acima. Tal postura

²³⁸ *Ibid.*, p. 02.

²³⁹ *Ibid.*, p. 16.

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 15.

²⁴¹ EVANS, David S; PADILLA, Atilano Jorge, Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices: A Neo-Chicago Approach, *University of Chicago Law Review*, v. 72, n. 1, p. 73–98, 2005.

²⁴² DEVLIN; JACOBS, Antitrust Error, p. 98.

²⁴³ *Ibid.*, p. 95.

– presumir que uma prática é geralmente pró-competitiva porque assim o estipula uma teoria, sem recurso a uma análise empírica adequada – representa uma inversão entre teoria e realidade: os elementos que cabem, justamente, a um procedimento antitruste descobrir – a extensão do potencial dano antitruste, no caso concreto – são “presumidos para fora”²⁴⁴ das possibilidades de descoberta processual²⁴⁵.

Uma análise que se pretende “baseada em efeitos”, mas que se apegue a premissas genéricas – e desconectadas da realidade econômica em que a lei se insere – pode constituir um novo formalismo, se “privilegia forma sobre conteúdo ou, mais exatamente, privilegia a aplicação de proposições teóricas gerais a uma gama altamente divergente e pertinente de circunstâncias cujas características gerais reais podem, de fato, ser facilmente apuradas” (LEWIS, 2008, p. 3 – tradução livre).

A presunção de que falsas absolvições são menos prejudiciais que falsas condenações também ignora o fato de que, após a “revolução” de Chicago, o antitruste já assumiu marcado viés anti-intervencionista, o que diminuiu bastante o escopo das práticas que podem ser, eventualmente, objeto de condenação²⁴⁶. Com a probabilidade de condenação reduzida no âmbito teórico, é difícil pressupor que falsas condenações serão mais prováveis que falsas absolvições, no âmbito concreto²⁴⁷, especialmente quando consideradas as dificuldades de sucesso em uma apuração de abuso de posição dominante, derivadas da complexidade das provas e ao tempo de duração desses processos²⁴⁸.

Além disso, como observam Devlin e Jacobs (2010), a presunção de que condenar uma prática benéfica geraria danos irreparáveis depende de as seguintes premissas serem verdadeiras: (a) precedentes realmente tenderiam à imutabilidade, o que não é sempre verdade, especialmente em jurisdições que não adotam o *stare decisis*; e (b) que, diante de uma condenação, as empresas não passariam a adotar uma conduta alternativa (a “segunda-melhor” conduta para a empresa), que pode ser tão ou mais eficiente que a prática condenada, sem necessariamente gerar os mesmos prejuízos²⁴⁹.

²⁴⁴ A expressão é de ADAMS; BROCK, *Antitrust, Ideology, and The Arabesques of Economic Theory*, p. 294- tradução livre.

²⁴⁵ Cf. Baker: “Mesmo que muitas ou maioria das instâncias de uma prática beneficiem a concorrência ou sejam competitivamente neutras, isso não significa que o subgrupo de instâncias confrontadas em corte (em virtude de fatos sugerindo a possibilidade de prejuízo ao consumidor) tipicamente beneficiem a concorrência no geral, ou mesmo beneficiem a concorrência de modo algum” (BAKER, 2015, p. 18, tradução livre).

²⁴⁶ Cf. First e Waller, que observam: “*Combinar a abordagem dos custos dos erros de hoje com a regra da razão de hoje acaba por reduzir a aplicação da legislação antitruste a um conjunto quase nulo*” (FIRST; WALLER, 2013. p. 1572 – Tradução Livre).

²⁴⁷ JACOBS, *An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics*, p. 252.

²⁴⁸ LEWIS, *Chilling Competition*, p. 11.

²⁴⁹ DEVLIN; JACOBS, *Antitrust Error*, p. 98.

Presumir a perene capacidade de autocorreção do mercado, por outro lado, não diz nada sobre quanto tempo levará esse processo, ou quanto prejuízo ao bem-estar econômico será causado nesse período (ADAMS; BROCK, 1995, p. 296)²⁵⁰, ou em que medida a concentração econômica, sistematicamente permitida sob esse aspecto, impactará a aptidão de a empresa dominante perpetuar sua posição por *rent-seeking* e práticas exclusionárias. Deve-se questionar, então, se a consolidação de posições dominantes, amplamente permitida por um viés não-intervencionista, não poderia constituir, justamente, aquilo que impede a dinâmica de autocorreção do mercado.

As presunções simplistas subjacentes a essa teoria da decisão constituem mais um elemento da *ideologia* de Chicago para o antitruste: “tais argumentos, na ausência de suporte empírico em uma base caso-a-caso, são primariamente uma preferência por um mercado *laissez-faire*” (FIRST; WALLER, 2013, p. 1.572, tradução livre). Esse resultado não será o mesmo em qualquer jurisdição do mundo. Deve-se reconhecer que “regras sobre erros, assim como visões sobre dominância e mercados, são contingentes e refletem a experiência e crenças nacionais e regionais tanto quanto, se não mais que, elas refletem a Economia” (DEVLIN; JACOBS, 2010b, p. 97, tradução livre)²⁵¹.

O mais curioso elemento a se observar, aqui, é a manobra pela qual a Escola de Chicago utiliza os limites do próprio modelo – que foi, inclusive, conformado para reduzir o espectro de intervenção governamental possível – para informar ainda mais limites à capacidade de atuação governamental em face do poder econômico.

5 - Considerações finais

A ideologia de Chicago serviu à formatação de uma política pública segundo a qual a deseabilidade da concentração econômica é apurada unicamente em função de seus efeitos na eficiência alocativa.

Excluem-se quaisquer outros valores que não possam figurar como variáveis no modelo econômico escolhido – os valores relativos às demais preocupações possíveis com a concentração econômica, como aquelas de caráter distributivo, dinâmico, sistêmico, dentre outras. Tais preocupações, por não figurarem como elementos do modelo econômico escolhido, são desconsideradas, taxadas de “impraticáveis”, “ineficazes” ou “não-econômicas”. Esse

250 Evidências empíricas da duração de práticas anticompetitivas aponta no sentido de que elas podem durar por décadas (BAKER, 2015, p. 9), havendo inclusive muitas evidências da longa duração de cartéis em mercados de produtos homogêneos e com baixas barreiras à entrada REEVES, Amanda P.; STUCKE, Maurice E., Behavioral Antitrust, *Indiana Law Journal*, v. 86, n. June, p. 1527–1586, 2011, p. 1558..

²⁵¹ DEVLIN; JACOBS, Antitrust Error, p. 97 - Tradução Livre.

raciocínio inverte o papel da Economia e do Direito: a operacionalidade do modelo econômico é que determina aquilo que é juridicamente relevante.

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

A harmonização do antitruste com base em modelos econômicos “puros” é, por todo o exposto, impossível, já que, em qualquer jurisdição, tais modelos sempre são operacionalizados em conjunção a um quadro normativo mais amplo. A aplicação de preceitos econômicos, embora essencial à análise antitruste contemporânea, é necessariamente conectada à visão de mundo e valores políticos e sociais do ordenamento jurídico de cada país. Definir a finalidade do antitruste é uma escolha de política econômica, uma vez que não é possível encontrar um consenso absolutamente delimitado na teoria econômica. A eficiência, em qualquer das suas (muitas) definições possíveis, não obstante, muitas vezes é apresentada como um dado, algo autoevidente e neutro de julgamento político: “escolher uma finalidade não é meramente um produto de teorização econômica, mas de economia política” (WAKED, 2015, p. 948 – tradução livre)²⁵².

Isso não significa desmerecer a importância da Ciência Econômica para o direito concorrencial: pelo contrário, esses argumentos têm a intenção de respeitar o valor da teoria econômica como ciência social aplicada em permanente evolução – e, por essa razão, necessariamente marcada pela pluralidade de iniciativas teóricas – escapando-se de tentativas reducionistas que, em última análise, enfraquecem sua utilidade como ferramenta de análise da complexa realidade econômica. Por esse motivo, deve-se conferir razão aos chamados por maior pluralismo em vez de uma “monocultura” de teorias concorrenciais²⁵³, o que Drexler (2009), no contexto da “abordagem mais econômica” na União Europeia, chama de “abordagem

²⁵² Note-se inclusive que, à luz dos problemas que a concentração econômica tem causado ao sistema estadunidense, o “consenso tecnocrático” em torno do bem-estar do consumidor pode estar ruindo, a julgar pela recente ascensão da escola Neo-Brandeisiana (*New Brandeis School*) que – ao contrário das Escola Pós-Chicago ou Comportamental – tem foco, justamente, em questionar as finalidades do antitruste. KHAN, Lina, *The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate*, **Journal of European Competition Law and Practice**, 2018.

²⁵³ BUDZINSKI, *Monoculture versus Diversity in Competition Economics*.

ainda mais econômica”²⁵⁴ (“even more economic approach”)²⁵⁵.

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

É necessário que o Direito brasileiro, no âmbito do processo de “transplante” de teorias concorrenciais advindas de países desenvolvidos, analise, primeiramente, sua compatibilidade com as escolhas normativas já consolidadas em sua ideologia constitucional. De fato, um regime de “divergência informada” – em que a troca de informações e experiências permite que cada país realize uma escolha informada da adesão ou rejeição de certo padrão jurídico – vem sendo ventilado como uma das tendências na governança do antitruste internacional ²⁵⁶.

Como se afirmou, os modelos econômicos devem conformar-se à ideologia constitucionalmente adotada, e não o contrário. A concepção da finalidade da política econômica de defesa da concorrência deverá se legitimar, portanto, perante à ideologia consagrada na Constituição Econômica brasileira ²⁵⁷.

²⁵⁴ DREXL, Josef, Competition Law as Part of the European Constitution, *in*: BOGDANDY, Armin von; BAST, Jürgen (Orgs.), **Principles of European Constitutional Law**, Oxford: Hart Publishing, 2009, p. 694–695..

²⁵⁵ Entre os autores brasileiros, é notável a proposta do Prof. José Maria de Arruda Andrade sobre o tema, que defende, partindo da proposta do “even more economic approach” de Drexel, analisa que “*um even more economic approach poderá transformar-se em mais positivismo jurídico e menos consequencialismo ou ativismo econômico-jurídico. A economia contribuiu muito para a Análise Econômica do Direito. Está na hora de trabalharmos mais em uma Análise Jurídico-Econômica da Análise Econômica do Direito. Sobretudo em uma proposta mais factível de hermenêutica jurídica, de teoria da argumentação e de teoria da decisão*” ANDRADE, José Maria Arruda de, **Economicização do Direito Concorrencial**, São Paulo: Quartier Latin, 2014..

²⁵⁶ MARQUIS, Mel, Idea Merchants and Paradigm Peddlers in Global Antitrust, **Global Business & Development Law Journal**, v. 28, p. 155–208, 2015, p. 159.

²⁵⁷ SOUZA, **Direito Econômico**, p. 52.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAMS, Walter; BROCK, James W. Antitrust, Ideology, and The Arabesques of Economic Theory. *University of Colorado Law Review*, v. 66, n. 2, p. 257–327, 1995.

ANDRADE, José Maria Arruda de, *Economicização do Direito Concorrencial*, São Paulo: Quartier Latin, 2014.

ATKINSON, A. *Inequality. What can be done?* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.

AVERITT, Neil W; LANDE, Robert H. Using the Consumer Choice Approach to Antitrust Law. *Antitrust Law Journal*, v. 1, n. 1, p. 175–264, 2007.

BAKER, C. Edwin. *The Ideology of the Economic Analysis of Law. Philosophy and Public Affairs*1, v. 5, n. 1, p. 3–48, 1975.

BAKER, Jonathan B. Beyond Schumpeter vs. Arrow: How Antitrust Fosters Innovation. *Antitrust Law Journal*, v. 74, n. 3, p. 575–602, 2007.

_____. TAKING THE ERROR OUT OF “ERROR COST” ANALYSIS. *Antitrust Law Journal*, v. 80, n. 1, 2015.

_____; SALOP, Steven C. Antitrust, Competition Policy, and Inequality. *The Georgetown Law Journal Online*, v. 104, n. 1, 2015.

BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, p. 471–504, 2012.

BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel. Welfare Standards in U.S. and E.U. Antitrust Enforcement. *Fordham Law Review*, v. 81, p. 2497–2541, 2013.

BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox*. Nova York: The Free Press, 1978.

_____. The Goals of Antitrust Policy. *American Economic Review*, v. 57, n. 2, 1967.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. OBSERVATÓRIO DA EQUIDADE. Indicadores de equidade do sistema tributário nacional. . Brasília: Presidência da República, Observatório da Equidade, 2009

BRUNELL, Richard M. Appropriability in Antitrust: How much is enough? *Antitrust Law Journal*, v. 69, p. 1–42, 2001.

BUDZINSKI, Oliver. Monoculture versus Diversity in Competition Economics. , *Marburg Papers on Economics.*, no 08–2007. Marburg: 2007

BUSH, Darren. Too Big to Bail: The Role of Antitrust in Distressed Industries. *Antitrust Law Journal*, v. 77, n. 1, p. 277–312, 2011.

CRANE, Daniel A. Technocracy and Antitrust. *Texas Law Review*, v. 86, 2008.

DABLA-NORRIS, Era, Kalpana Kochhar, Nujin Suphaphiphat, Frantisek Ricka, and Tsounta

Evridiki. “Causes and Consequences of Income Inequality : A Global Perspective.” IMF Staff Discussion Note, 2015.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. ANTITRUST DIVERGENCE AND THE LIMITS OF ECONOMICS. *Northwestern University Law Review*, v. 104, n. 1, p. 253–292, 2010a.

_____. *Antitrust Error*. *William & Mary Law Review*, v. 52, n. 1, 2010b.

DREXL, Josef. On the (a)political Character of the Economic Approach to Competition Law. In: DREXL, JOSEF; KERBER, WOLFGANG; PODSZUN, RUPPRECHT (Org.). . *Competition Policy and the Economic Approach*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2011. .

_____. *Competition Law as Part of the European Constitution*, in: BOGDANDY, Armin von; BAST, Jürgen (Orgs.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford: Hart Publishing, 2009.

DWORKIN, Ronald M. Is Wealth a Value? *The Journal of Legal Studies*, v. 9, n. 2, p. 191, 1980.

EASTERBROOK, Frank H. Allocating Antitrust Decisionmaking Tasks. *Georgetown Law Journal*, v. 76, n. 2, p. 305, 1987.

_____. *Limits of Antitrust*. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984a.

_____. *Workable Antitrust Policy*. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 8, p. 1696, 1986.

_____. *The Limits of Antitrust*. *Texas Law Review*, v. 63, n. 1, 1984b.

ELHAUGE, Einer. *Horizontal Shareholding*. *Harvard Law Review*, v. 129, 2016.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. SUPREMA CORTE DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Matsushita v. Zenith Ratio Corp.*, 1986

EVANS, David S; PADILLA, Atilano. *Designing Antitrust Rules for Assessing Unilateral Practices*. *University of Chicago Law Review*, v. 72, n. 1, p. 73–98, 2005.

EVANS, Phil. *Search of Marginal Consumer: The Fipra Study*. Brussels: FIPRA, 2008.

FARRELL, Joseph; KATZ, Michael L. *The Economics of Welfare Standards in Antitrust*. *Competition Policy International*, v. 2, n. 2, 2006.

FIRST, Harry; WALLER, Spencer Weber. *Antitrust’s Democracy Deficit*. *Fordham Law Review*, v. 81, p. 2543–2574, 2013.

FOER, Albert A. *On the Inefficiencies of Efficiency as the Single-Minded Goal of Antitrust*. , AAI Working Paper., no 14–2. [S.l: s.n.], 2014.

FOX, Eleanor M. *Against goals*. *Fordham Law Review*, v. 81, p. 2157–2161, 2013.

GERBER, David J. *GLOBAL COMPETITION LAW CONVERGENCE*. Chicago-Kent College of Law Research Paper., no 2014–5. [S.l: s.n.], 2014.

GORMSEN, Liza Lovdahl. *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European*

Competition Law. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

HEYER, Kenneth. A World of Uncertainty: Economics and the Globalization of Antitrust. *Antitrust Law Journal*, v. 72, p. 75, 2005.

HORWITZ, M. Law and Economics: science or politics? *Hofstra LR*, v. 8, n. 4, 1980.

HOVENKAMP, Herbert. Antitrust Policy after Chicago. *Michigan Law Review*, v. 84, n. 2, p. 213–284, 1985.

_____. *Federal Antitrust Policy*. Minnesota: West, 2011.

_____. Implementing Antitrust's Welfare Goals. *Fordham Law Review*, v. 81, n. 5, 2013.

HYLTON, Keith N; LIN, Haizhen. Optimal Antitrust Enforcement, Dynamic Competition. *Antitrust Law Journal*, v. 77, n. 1, p. 247–276, 2010.

JACOBS, Michael S. An Essay on the Normative Foundations of Antitrust Economics. *North Carolina Law Review*, v. 74, n. 1, p. 219, 1995.

KALDOR, Nicholas. Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility. *The Economic Journal*, v. 49, n. 195, p. 549–552, 1939.

KAPLOW, Louis. On the choice of welfare standards in competition law. In: ZIMMER,

DANIEL (Org.). *The Goals of Competition Law*. Cheltenham: Edward Elgar, 2012.

KATZ, Michael L.; SHELANSKI, Howard A. MERGER ANALYSIS AND THE TREATMENT OF UNCERTAINTY. *Antitrust Law Journal*, v. 74, n. 3, 2007.

KERBER, Wolfgang. Should competition law promote efficiency? Some reflections of an economist on the normative foundations of competition law. In: DREXL, JOSEF; IDOT,

LAURENCE; MONEGER, JOEL (Org.). *Economic Theory and Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008.

KHAN, Lina. The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. *Journal of European Competition Law and Practice*, 2018.

KHAN, Lina; VAHEESAN, Sandeep. Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents. *SSRN Electronic Journal*, 2016.

KIRKWOOD, John B.; LANDE, Robert H. The Fundamental Goal of Antitrust. *Notre Dame L. Rev.*, v. 84, n. 1982, p. 191–243, 2008.

KOVACIC, William E; SHAPIRO, Carl. Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*, v. 14, n. 1, p. 43–60, 2000.

KRUGMAN, Paul; WELLS, Robin. *Microeconomics*. 3rd. ed. Nova York: Worth Publishers, 2013.

LANDE, Robert H. A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice. *Fordham Law Review*, v. 81, p. 2349–2403, 2013.

LAO, Marina. IDEOLOGY MATTERS IN THE ANTITRUST DEBATE. *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 2, p. 649, 2014.

LEARY, Thomas B. The Elusive Goal of Convergence and The Inevitability of Uncertainty. *The Antitrust Source*, n. December, 2006.

LEWIS, David. Chilling Competition. . [S.l: s.n.]. Disponível em: <<http://www.comptrib.co.za/assets/Uploads/Speeches/lewis13.pdf>>. , 2008

LIANOS, Ioannis. Some Reflections on the Question of the Goals of EU Competition Law. , *CLES Working Paper Series.*, no 3/2013. [S.l: s.n.], 2013.

MARKHAM JR., Jesse. Lessons for Competition Law From the Economic Crisis. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, v. 16, n. 2, p. 261–322, 2011.

MARQUIS, Mel, Idea Merchants and Paradigm Peddlers in Global Antitrust, *Global Business & Development Law Journal*, v. 28, p. 155–208, 2015.

MEISEL, John B. The Law and Economics of Margin Squeezes in the US Versus the EU. *European Competition Journal*, v. 8, n. 2, p. 383–402, 1 ago. 2012.

MOTTA, Massimo. *Competition Policy*. Nova York: Cambridge University Press, 2004.

MURIS, Timothy J. Improving The Economic Foundations Of Competition Policy. *George Mason Law Review*, v. 12, n. 1992, p. 1, 2003.

OCDE. Dynamic Efficiencies in Merger Analysis - DAF/COMP(2007)41. *OECD Policy Roundtables Discussion Papers*, n. June, 2007.

ORBACH, Barak Y. The Antitrust Consumer Welfare Paradox. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 7, n. 1, p. 133–164, 2010.

OSTI, Cristoforo. Antitrust: a Heimlich manoeuvre. *European Competition Journal*, v. 11, n. 1, p. 221–264, 2015.

PIKETTY, Thomas. *Capital in the Twenty-First Century*. Kindle ed. Cambridge, MA: The Belknap Press of Harvard University Press, 2014.

PITOFSKY, Robert. The Political Content of Antitrust. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, p. 1051–1075, 1979.

PORTER, Michael. Competition and antitrust. *The Antitrust Bulletin*, v. 46, p. 919, 2001.

POSNER, Richard A. The Chicago School of Antitrust Analysis. *University of Pennsylvania Law Review*, v. 127, p. 925-, 1979.

POSNER, Richard A. *The Economics Of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1981.

PRASAD, Naren. *Policies for redistribution: The use of taxes and social transfers*. , Discussion Paper Series., no DP/194/2008. [S.l: s.n.], 2008.

REEVES, Amanda P.; STUCKE, Maurice E. *Behavioral Antitrust*. *Indiana Law Journal*, v. 86, n. June, p. 1527–1586, 2011.

RODRIK, Dani. *Economics Rules: The Rights and Wrongs of the Dismal Science*. Kindle ed. Nova York e Londres: W. W. Norton & Company, 2015.

RUBINFELD, Daniel L. *On the Foundations of Antitrust Law and Economics*. In: PITOFSKY, ROBERT (Org.). *How the Chicago School overshot the mark*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 51–74.

SALOP, Steven C. *Question: What Is the Real and Proper Antitrust Welfare Standard-Answer*. *Loyola Consumer Law Review*, v. 22, n. 3, p. 336–353, 2010.

SCHERER, F. M. *Conservative Economics and Antitrust: A variety of influences*. In:

PITOFSKY, ROBERT (Org.). . *How the Chicago School overshot the mark*. New York: Oxford University Press, 2008. p. 30–39.

SCHUMPETER, Joseph A. *History of Economic Analysis*. Ebook ed. Nova York: Routledge, 1954.

SEDLACEK, Tomas. *Economics of Good and Evil: The Quest for Economic Meaning from Gilgamesh to Wall Street*. Nova York: Oxford University Press, 2011.

SHAPIRO, Carl. *Competition and Innovation. Did Arrow Hit the Bull’s Eye?* In: LERNER, JOSH; STERN, SCOTT (Org.). *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*. Chicago: University of Chicago Press, 2012. p. 361–404.

SIDAK, J Gregory; TEECE, David J. *Dynamic competition in antitrust law*. *Journal of Competition Law and Economics*, v. 5, n. 4, p. 581–631, 2009.

SOUZA, Washington Peluso Albino De. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.
_____. *Primeiras Linhas de Direito Econômico*. São Paulo: LTR, 2005.

STIGLITZ, Joseph. *Inequality and Economic Growth*. p. 1–18, 2013. Disponível em: <<http://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files>>.

STIGLITZ, Joseph E. *The Price of Inequality*. Kindle ed. Nova York: W. W. Norton & Company, 2012.

STUCKE, Maurice E. *Reconsidering Antitrust’ s Goals*. *Boston College Law Review*, v. 53, n. 2, p. 551–630, 2012.

SUNSTEIN, Cass R. Willingness to Pay versus Welfare. *Harvard Law And Policy Review*, v. 1, p. 303–330, 2007.

TOWNLEY, Christopher. *Article 81 EC And Public Policy*. Oxford: Hart, 2009.

VICKERS, John. *Competition Law and Economics : A Mid-Atlantic Viewpoint*. *European Competition Journal*, v. 3, n. 1, p. 1–15, 2007.

WAKED, Dina I. *Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices*. *Seattle University Law Review*, v. 38, p. 945–1006, 2015.

WILLIAMSON, Oliver E. *Allocative Efficiency and the Limits of Antitrust*. *American Economic Review*, v. 59, n. 2, p. 105–118, 1969.

WRIGHT, Joshua D. *Abandoning Antitrust’s Chicago Obsession: The Case for Evidence-Based Antitrust*. *Antitrust Law Journal*, v. 78, p. 301–331, 2011.

WU, Tim. *Taking innovation seriously*. *Antitrust Law Journal*, v. 78, n. 2, 2012.

WURMNEST, Wolfgang. *The Reform of Article 82 EC in the Light of the “Economic Approach”*. In: MACKENRODT, MARK-OLIVER; CONDE GALLEGO, BEATRIZ;

ENCHELMAIER, STEFAN (Org.). *Abuse of dominant position : new interpretation, new enforcement mechanisms?* Berlin: Springer, 2008. p. vii, 204 .

ZERBE, Richard O. *Economic efficiency in law and economics*. p. 328, 2001. Disponível em: <<http://search.ebscohost.com>>.