

A FALÁCIA DAS INFRAÇÕES POR OBJETO E SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A PERSECUÇÃO DE CONDUTAS UNILATERAIS

Ricardo Villela Mafra Alves da Silva¹⁸⁰

RESUMO

Este artigo tem como objetivo analisar a teoria das infrações por objeto, desenvolvida em decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade) e os seus impactos sobre a persecução de condutas unilaterais. Para este fim, o estudo analisa as teorias econômicas acerca dos efeitos produzidos por atos restritivos e, em seguida, expõe as características principais da teoria das infrações por objeto. Ao final, demonstra-se as razões pelas quais a teoria das infrações por objeto não é adequada para guiar a persecução de condutas unilaterais. Sugere-se, com base em estudo de Carlton e Heyer e na Nova Economia Institucional, que esta atuação deve ser guiada pela priorização da repressão de condutas que visem à transferência de excedente de riqueza não gerada pelo agente, adotando-se postura mais leniente com relação a condutas que tenham como motivação a proteção contra o oportunismo ou a apropriação de excedente de riqueza criada pelo próprio agente.

Palavras-chave: Teoria das infrações por objeto; condutas unilaterais; política de defesa da concorrência; balanceamento de efeitos.

ABSTRACT

This paper aims to analyzing the theory of infractions by object, developed in decisions of the Administrative Council for Economic Defense (Cade) and its impacts on the persecution of unilateral conducts. To this end, the study addresses the main economic theories about the effects produced by restrictive conducts and presents the main characteristics of the theory of infractions by object. The study sets forth the reasons why the theory of infractions by object is not adequate to guide the competition authority in the persecution of unilateral conducts. It suggests, as alternative, based on a study of Carlon and Heyer and the New Institutional Economics, that antitrust persecution must prioritize conducts aiming at transferring wealth that the agent has not generated, and grant a more lenient treatment with respect to conducts that aim to protect the agent against opportunist behavior or to capture surplus that the agent has itself created.

Key-words: Theory of infractions by object; unilateral conducts; competition policy; tradeoff model.

Classificação JEL: K21 – Antitrust Law

¹⁸⁰ Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Linha de Pesquisa "Empresa e Atividades Econômicas"). Mestre (LLM) pela UCLA School of Law. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro.

Sumário: Introdução. 1. Teoria econômica dos atos restritivos. 2. A falácia da teoria das infrações por objeto. 2.1. O entendimento atual do Cade sobre as infrações por objeto e os seus irremediáveis defeitos. 2.2. As falsas analogias do direito comparado. 2.2.1. As restrições por objeto e por efeitos no direito concorrencial europeu. 2.2.2. A ilicitude *per se* e a regra da razão no direito concorrencial norte-americano. 2.3. A correta interpretação do artigo 36, caput, da LDC. 3. Impactos na persecução de condutas unilaterais e recomendações. 3.1. Algumas premissas para a elaboração de uma política adequada de persecução de condutas unilaterais. 3.2. A questão das restrições à concorrência decorrentes de contratos empresariais. 3.3. Priorização da repressão de condutas unilaterais que tenham como objetivo a transferência de riqueza não gerada pelo agente infrator. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O caso SKF¹⁸¹ pode ser considerado um divisor de águas na política de defesa da concorrência brasileira. A decisão do plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“Cade”) neste caso representou uma ruptura com a jurisprudência então vigente sobre fixação de preço de revenda, mas a maior mudança está contida no próprio conteúdo dos votos proferidos pelos Conselheiros. Dentre a variedade de opiniões expostas no julgamento, havia posições próximas à legalidade *per se* da fixação de preços de revenda e, do lado contrário, posições favoráveis a uma presunção de ilicitude da prática.

O maior legado do caso SFK para política de defesa da concorrência foi a elaboração da teoria das infrações por objeto, cujo núcleo reside na hipótese de que o artigo 36 da Lei nº 12.529/2011 (“LDC”) criou uma “escala de presunções” de ilicitude de práticas comerciais.

Este artigo busca analisar a consistência teórica da teoria das infrações por objeto e seus impactos na persecução de condutas unilaterais. As condutas coletivas, representadas principalmente pelo cartel em suas diversas formatações, não oferecem muitas dificuldades teóricas ou práticas no direito da concorrência em função de seu alto potencial danoso. No entanto, as condutas unilaterais são capazes de gerar, ao mesmo tempo, eficiências e danos econômicos, o que torna a sua persecução muito mais desafiadora do ponto de vista de uma política de defesa da concorrência eficiente (isto é, que seja capaz de maximizar o bem-estar social). De modo a evitar que o trabalho se resuma a críticas ao atual posicionamento do Cade, este estudo buscará também sugerir alguns princípios capazes de guiar uma política de persecução de condutas unilaterais mais consistente e alinhada com a melhor teoria econômica.

¹⁸¹ CADE, processo administrativo nº 08012.001271/2001-44, Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho, julgado em 30/1/2013.

Para alcançar o objetivo proposto por este trabalho, o primeiro passo será analisar a teoria econômica que busca explicar os efeitos gerados por uma prática restritiva. Além da clássica teoria do preço, será relevante o modelo de *tradeoff* formulado por Oliver Williamson. Em seguida, atual entendimento do Cade acerca das infrações por objeto será analisado de forma detida, apontando-se os motivos pelos quais tal teoria é incompatível não só com a teoria econômica que dá substância ao direito concorrencial, como também com o texto e a lógica sistemática da própria LDC. Por fim, serão formuladas algumas sugestões para o aprimoramento da persecução de condutas unilaterais.

A análise exposta neste trabalho demonstrará que: (i) a teoria das infrações por objeto não é consistente do ponto de vista teórico e prático, podendo levar a falsas condenações, não encontra suporte na LDC e não deve guiar a atuação do Cade com relação à persecução de condutas unilaterais; e (ii) a persecução de condutas unilaterais deve ser voltada a práticas que visem à transferência de riqueza não gerada pelo agente infrator, com tratamento leniente a condutas unilaterais que visem à proteção contra o oportunismo de parceiros comerciais ou à apropriação de excedente de riqueza gerado pelo próprio agente.

1. TEORIA ECONÔMICA DOS ATOS RESTRITIVOS

É notório que a concorrência encontra seu suporte teórico na economia, especialmente na teoria do preço. Talvez em função de sua estreita relação com problemas gerados pela concentração de mercado, o direito da concorrência é passível à ideologização, o que pode levar à elaboração de teorias incompatíveis com os seus objetivos¹⁸². No entanto, a aplicação do direito concorrencial e a formulação de políticas públicas de defesa da concorrência não podem ser incongruentes com a teoria econômica que lhes dá substância¹⁸³⁻¹⁸⁴.

¹⁸² A vulnerabilidade do direito concorrencial a questões ideológicas já havia sido apontada por Robert Bork, em seu famoso estudo sobre o paradoxo da política concorrencial norte-americana: “This state of affairs is curious, and certainly unfortunate, but perhaps it is understandable. Antitrust is a subcategory of ideology, and by the time a once militant ideology triumphs and achieves embodiment in institutional forms, its adherents are likely long since to have left off debating first principles. [...] But ideology remains, and its inner logic drives the antitrust enterprise – lawyers, economists, judges and legislators – inexorably toward the conclusions implicit in the premises. This phenomenon, along with a modest resurgence of antitrust feeling, accounts for the current round of litigation and proposed legislation designed to dissolve many of America’s most successful corporations” (BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. 2. ed. New York: The Free Press, 1993. p. 3-4).

¹⁸³ “A consumer-oriented law must employ basic economic theory to judge which market structures and practices are harmful and which are beneficial. Modern antitrust has performed this task very poorly. Its version of economics is a mélange of valid insights and obviously incorrect – sometimes fantastic – assumptions about the motivations and effects of business behavior” (Ibidem. p. 7).

¹⁸⁴ Luis Fernando Schuartz, ex-Conselheiro do Cade e um dos mais importantes teóricos brasileiros do direito da

No direito da concorrência, classificações e pressupostos dogmáticos (tão utilizados em outros campos do direito), se descolados da teoria econômica, podem levar o aplicador da lei ao erro e gerar resultados indesejáveis. Assim, o primeiro passo deste estudo deve ser a análise da teoria econômica dos atos restritivos à concorrência.

A preocupação com a concentração de mercado está na gênese do direito concorrencial. A promulgação da mais antiga lei de defesa da concorrência em vigor no mundo, o *Sherman Act*, em 1890, foi uma resposta à percepção de que havia um movimento de cartelização e monopolização da economia dos Estados Unidos da América¹⁸⁵. A percepção de que uma legislação que combatesse a concentração de mercado era necessária tem fundamento no custo social imposto pelo monopólio. Para entender como o monopólio (e, de modo geral, a concentração de mercado) impõe custos à coletividade, é necessário comparar o funcionamento de um mercado concentrado com o de um mercado em condições de concorrência perfeita.

Em condições de concorrência perfeita, os agentes econômicos não são capazes de unilateralmente estabelecer o preço de seus produtos, que é dado pelo mercado. O mercado de concorrência perfeita pressupõe a existência de alguns fatores, como a pulverização de sua estrutura, homogeneidade do produto, baixas barreiras à entrada, transparência de preços e perfeita mobilidade dos agentes econômicos e dos meios de produção¹⁸⁶. Nestas circunstâncias, os agentes expandem sua oferta até que o seu custo marginal se iguale ao preço¹⁸⁷. A expansão da oferta resulta em ganho de bem-estar pelos consumidores, gerando excedente do consumidor representado pelo gráfico abaixo:

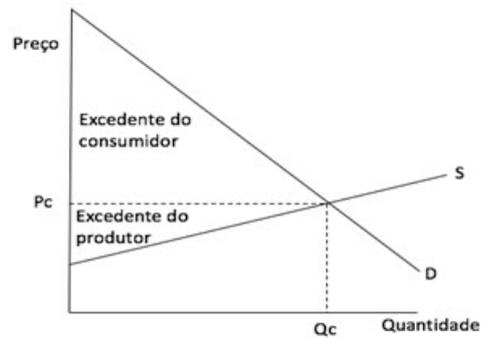
concorrência, infelizmente pouco lembrado na literatura nacional mais recente, já ressaltava a importância da substância econômica na interpretação e aplicação do direito concorrencial: “A funcionalidade no uso do termo “paradigma jurídico” para efeitos de uma análise de interpretações propostas do Direito da Concorrência está justamente no fato de que tal termo permite a captação destas implicações recíprocas num único lance, ou seja: paradigmas jurídicos distintos significam distintas escolhas no universo de conjunções possíveis entre proposições dogmáticas, de ciência econômica e de política econômica. Note-se que, para efeitos de um debate esclarecido, o interesse não está apenas nas possíveis conjunções entre proposições de tipos variados, mas sim, naquelas conjunções possíveis entre proposições dogmáticas, econômicas e de política econômica que sejam defensáveis racionalmente. A qualidade de uma interpretação ou da prática de aplicação das normas do Direito Concorrencial é assim uma função direta do grau de racionalidade dos argumentos disponíveis para suportá-las. Para este ramo específico do direito, por sua vez, este grau de racionalidade é determinado basicamente pela consistência dos argumentos de ciência econômica que podem ser mobilizados para bancar uma interpretação sistemática da legislação e uma formulação realista de objetivos de política econômica. Dito de forma elementar, isto significa que somente depois de possuir uma ‘visão’ mais ou menos racionalizada da estrutura e do funcionamento do objeto de regulação normativa, é possível interpretar de um modo realista – e portanto racional – as normas que compõem a regulação, bem como identificar os pontos de frustração das expectativas normativas previamente interpretadas vis-à-vis da ‘realidade’ processualmente construída em cada caso concreto” (SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mario Luiz (Org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2002. p. 45).

¹⁸⁵ POSNER, Richard. *Antitrust law*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. p. 33.

¹⁸⁶ NUNES, A. J. Avelãs. *Economia Política: a produção - mercados e preços*. Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2007. p. 348-349.

¹⁸⁷ *Ibidem*. p. 356-357.

Gráfico 1 –Excedente do Consumidor em Mercados de Concorrência Perfeita



Fonte: elaborado pelo autor com base em Herbert Hovenkamp¹⁸⁸

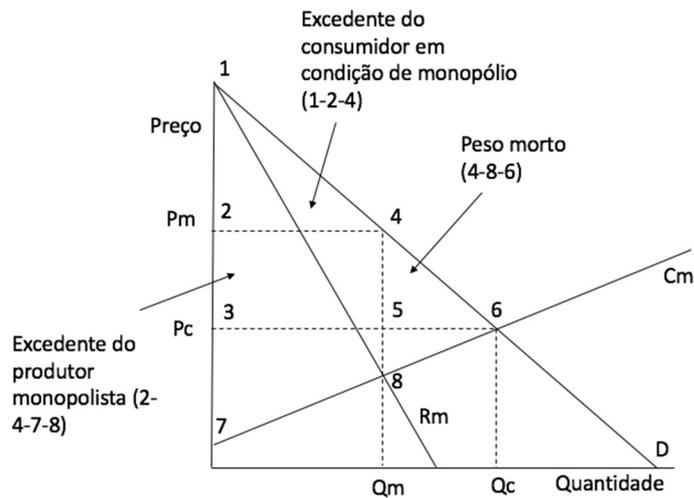
Como se pode perceber no gráfico acima, nos mercados de concorrência perfeita, a oferta (S) se expande até se encontrar com a demanda (D). O preço de concorrência perfeita (P_c) é definido pelo mercado, não podendo ser alterado por qualquer agente do lado da oferta ou da demanda.

Conforme o nível de competição diminui e as condições de mercado se afastam das de concorrência perfeita, os agentes econômicos restringem a sua oferta, causando aumento de preços e, conseqüentemente, aumento do excedente do produtor e redução do excedente do consumidor. No entanto, enquanto houver concorrência (ainda que oligopolista), nenhum dos ofertantes poderá estabelecer preços de monopólio, pois correrá o risco de que a demanda reprimida seja suprida por seu rival. Nestas circunstâncias, o mercado desenvolve formas de concorrência monopolísticas ou oligopolistas, com estabelecimento de preços acima do custo marginal dos ofertantes.

Nas situações de monopólio, o agente econômico tem a capacidade de estabelecer o seu preço ou quantidade ofertada de forma unilateral. Assim, o monopolista fixa o seu preço em patamar muito acima do seu custo marginal, extraíndo renda dos consumidores e gerando o chamado peso morto (*deadweight loss*), representado no gráfico abaixo:

¹⁸⁸ HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005. p. 4.

Gráfico 2 – Representação do Custo Social do Cartel



Fonte: elaborado pelo autor com base em Herbert Hovenkamp e A. J. Avelã Nunes¹⁸⁹

Em mercado de concorrência perfeita, conforme demonstrado acima, o preço é dado pelo mercado. Os agentes econômicos, com o intuito de maximizar o seu retorno, produzirão quantidade Q_c , equivalente ao patamar no qual o custo de produção de uma unidade adicional (custo marginal) é igual ao preço estabelecido pelo mercado em condições de concorrência perfeita (P_c) (*i.e.*, o ponto no qual o custo marginal encontra a demanda). Na hipótese de concorrência perfeita, o bem-estar do consumidor é maximizado, sendo o seu excedente representado pelo triângulo 1-3-6.

Na hipótese de monopólio, por outro lado, o monopolista é responsável pela oferta total do mercado e, portanto, pode estabelecer a quantidade que bem entender¹⁹⁰. Assim, o monopolista restringirá a sua oferta até que o preço chegue ao patamar que resulte no maior lucro.

Como o lucro é equivalente à diferença entre o custo de produção e o preço pago pelo produto, multiplicado pelo número de unidades produzidas, o monopolista estabelecerá a sua oferta (Q) de modo a maximizar o lucro (L) de acordo com a seguinte equação:

$$L = Q (P - C)$$

Onde L é o lucro do empresário, resultante da multiplicação da quantidade (Q) de

¹⁸⁹ HOVENKAMP, Herbert. Op. cit. p. 20; NUNES, A. J. Avelãs. Op. cit. p. 373 e ss.

¹⁹⁰ Por força do Princípio de Cournot, o monopolista pode optar por fixar o preço ou a quantidade que preferir, mas nunca os dois simultaneamente: “[s]e fixa as quantidade que quer vender, é o mercado que lhe diz o preço por que as compra; se fixa o preço a que deseja transacionar, é o mercado que lhe diz as quantidades que absorve” (NUNES, A. J. Avelãs. Op. cit. p. 375).

unidades vendidas pela diferença entre o preço (P) e o custo de produção (C) de cada unidade¹⁹¹.

O resultado dessa equação será maximizado totalmente quando o monopolista ofertar a quantidade de monopólio representada no Gráfico 3 pelo ponto Q_m , no qual a receita proveniente da produção de uma unidade adicional, a receita marginal (R_m), encontra-se com a curva do custo marginal (C_m), isto é, o custo de se produzir a unidade adicional¹⁹².

Desse modo, o ganho do monopolista é representado no Gráfico 2 acima pela área definida pelos pontos 2-4-7-8. O quadrado 2-3-4-5, por sua vez, representa a renda do consumidor extraída pelo monopolista. Ao contrário do peso morto, esta riqueza não se perde, mas é transferida do consumidor para o produtor monopolista. Como monopólios são atraentes para possíveis entrantes, o agente monopolista utilizará grande parte da renda representada pela área do quadrado 2-3-4-5 para proteger o seu monopólio¹⁹³, gerando perdas de bem-estar.

O peso morto é representado pelo triângulo 4-8-6. O peso morto é riqueza que deixa de ser apropriada tanto pelo produtor, como pelos consumidores. Nota-se que parte desse peso morto é subtraído do excedente do produtor (triângulo 5-6-8) e parte é subtraído do excedente do consumidor (triângulo 4-5-6). Ao contrário do quadrado 2-3-4-5, que representa riqueza transferida dos consumidores para o produtor por meio do sobrepreço gerado pelo monopólio, o triângulo 4-8-6 representa riqueza que não é aproveitada por nenhuma das partes, sendo riqueza que simplesmente se perde, razão pela qual este resultado é chamado de “peso morto”.

Nota-se, ainda, que o excedente do consumidor em situação de monopólio (triângulo 1-2-4) é consideravelmente inferior ao excedente do consumidor em situação de concorrência perfeita (triângulo 1-3-6).

A diferença entre os dois resultados, equivalente à redução de bem-estar do consumidor, é, justamente, a soma da renda do consumidor extraída pelo produtor monopolista por meio do sobrepreço (quadrado 2-3-4-5) e a parte do peso morto subtraída do excedente do consumidor (triângulo 4-5-6).

O custo social do monopólio, portanto, nada mais é do que a transferência de renda causada pelo preço de monopólio e a ineficiência (peso morto) gerada pela maximização do retorno financeiro do monopolista. Em razão da demanda reprimida gerada pela restrição monopolística da oferta, consumidores buscarão substitutos imperfeitos dos produtos ou

¹⁹¹ Ibidem. p. 374.

¹⁹² Ibidem. p. 376-378. Caso o monopolista estabeleça sua quantidade em patamar no qual o custo marginal é maior que a receita marginal, seu retorno financeiro será menor em cada unidade produzida, fazendo que o retorno total diminua. Neste contexto, “o preço ótimo de monopólio é, assim, o preço de equilíbrio entre a procura e aquela oferta cujo custo marginal iguala a receita marginal” (Ibidem. p. 379).

¹⁹³ HOVENKAMP, Herbert. Op. cit. p. 21.

serviços escassos, criando ineficiência na alocação de recursos. Assim, além de pagar o sobrepreço gerado pelo monopólio, os consumidores também serão forçados a buscar transações alternativas no mercado que representam um valor social reduzido¹⁹⁴.

Ainda que os efeitos do monopólio sejam deletérios à sociedade, é preciso ressaltar que a formação do monopólio em si não é, necessariamente, ilegal do ponto de vista da defesa da concorrência. Em outras palavras, o preço de monopólio em si não é ilegal. Há uma hipótese na qual a formação de monopólio é legítima e o monopolista pode, legalmente, exercer o seu poder de mercado e extrair renda do consumidor. A compreensão da lógica por trás desta exceção é vital para o entendimento da essência do direito da concorrência.

A LDC determina que a “conquista de mercado pautada na maior eficiência do agente econômico”¹⁹⁵ não caracteriza ilícito concorrencial, mesmo que resulte em dominação e monopolização de mercados. A dominação de mercados em si não é uma infração concorrencial, pois ela é resultado natural do processo competitivo¹⁹⁶. O crescimento orgânico da empresa, portanto, é considerado pelo direito concorrencial como uma forma de concentração benéfica ao consumidor e à sociedade¹⁹⁷.

Desse modo, ao estabelecer uma presunção de legalidade para o crescimento orgânico dos agentes econômicos – isto é, a expansão obtida por meio da eficiência superior – a legislação concorrencial brasileira deixa claro que práticas comerciais devem ter sua legalidade analisada a partir de seus efeitos econômicos sobre os consumidores, a sociedade e o mercado.

Mas se, como já visto, o monopólio sempre gera efeitos deletérios, especialmente ao consumidor, como a concentração de mercado pode ser legítima? A resposta está nas eficiências. Caso a formação do poder de mercado gere eficiências que compensem os danos causados, o direito da concorrência não deve interferir.

A LDC estabelece as seguintes eficiências que podem ser levadas em consideração na análise de um ato restritivo da concorrência: (a) aumento da produtividade ou competitividade; (b) melhora da qualidade de bens ou serviços; e (c) promoção da eficiência e o desenvolvimento

¹⁹⁴ HOVENKAMP, Herbert. Op. cit. p. 20.

¹⁹⁵ Artigo 36, § 1º, da Lei nº 12.529/2011.

¹⁹⁶ A dominação de mercados será anticoncorrencial quando obtida por meios artificiais. Assim, o artigo 36, § 1º, “dispõe que conquistar o mercado de forma natural, por adoção de meios eficientes de competição, não é uma prática condenável segundo o inciso II. Faz todo sentido. Nem toda dominação de mercado é uma infração. Aliás, a infração é a exceção, ocorre quando a dominação for baseada em atos, acordos, maquinações que não guardam relação com a eficiência do competidor, que tentar se destacar às expensas dos concorrentes, ou ao prejuízo de fornecedores ou adquirentes” (CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de et. al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 106).

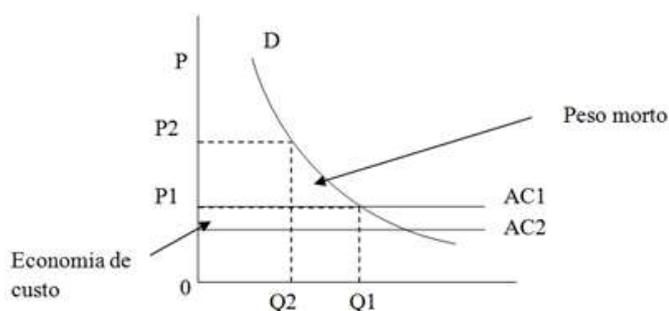
¹⁹⁷ “A aquisição de poder e participação de mercado pelo chamado crescimento orgânico ou interno não se sujeita ao escrutínio do Cade” (TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 180).

tecnológico ou econômico¹⁹⁸. Adicionalmente, a lei dispõe que parte relevante dos benefícios decorrentes destas eficiências deve ser repassada aos consumidores¹⁹⁹.

Na literatura econômica, a comparação de eficiências e perdas sociais de um ato restritivo da concorrência foi melhor representada pelo modelo de balanceamento de efeitos elaborado por Oliver Williamson, que formulou o modelo de “*welfare tradeoff*”²⁰⁰.

Utilizando o modelo que denominou “ingênuo” (*The Naive Tradeoff Model*), que analisa a economia de custos médios de produção e o aumento de preço gerados por um negócio jurídico, Williamson demonstrou que os efeitos líquidos de uma operação restritiva da concorrência podem ser positivos, caso haja economias (eficiências) suficientes para compensar as ineficiências geradas²⁰¹.

Gráfico 3 – Representação do Modelo Ingênuo de balanceamento de efeitos



Elaboração: Oliver E. Williamson.

O modelo de balanceamento de efeitos de Williamson estabeleceu a premissa geral de que atos que gerem resultados líquidos positivos, do ponto de vista econômico, beneficiam a

¹⁹⁸ Segundo o artigo 88, parágrafo 6º, inciso I, da Lei nº 12.529/2011. O Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, editado por meio da Portaria Conjunta nº 50/2001, da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça e Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, impõe alguns requisitos adicionais para a demonstração de eficiências, seguindo o exemplo da prática norte-americana. Assim, o guia determina que as eficiências devem ser: (i) específicas do ato, o que implica dizer que não podem ser alcançáveis por outra via menos danosa que a operação em análise; (ii) alcançadas em um período máximo de 2 (dois) anos após a operação e por meio de vias factíveis; e (iii) verificáveis, sendo ônus das partes demonstrar razoavelmente como e quando as alegadas eficiências serão alcançadas.

¹⁹⁹ Artigo 88, parágrafo 6º, inciso II, da Lei nº 12.529/2011. A prática norte-americana desenvolveu exigência semelhante no âmbito de demonstração de eficiências, denominada “pass-on requirement”. Assim, “courts and agencies have required proof that the cost savings associated with proffered efficiencies be passed on to consumers in the form of decreased prices or increased output such as improved quality. As a result, merging firms that seek to defend their mergers based on efficiencies must provide evidence that efficiencies, at least in part, will be passed on to consumers” (AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Joint Ventures: antitrust analysis of collaborations among competitors*. 2. ed. Chicago, Illinois, 2014. p. 259-260).

²⁰⁰ WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an antitrust defense: The Welfare Tradeoffs. *The American Economic Review*, Pittsburgh, Vol. 58, pp. 18-36, 1966. p. 18 e ss.

²⁰¹ *Ibidem*. p. 21.

criação de bem-estar e devem ser permitidos pelo direito da concorrência. Neste sentido, a política de defesa da concorrência não pode deixar de considerar os efeitos benéficos e as eficiências de um ato ou contrato.

A essência do direito da concorrência, portanto, é mitigar a perda social causada pelo monopólio, buscando diminuí-la o máximo possível, sem ignorar as eficiências que atos restritivos da concorrência possam gerar. Ao fim, o objetivo do direito da concorrência é reduzir ao máximo a perda social imposta pela concentração de poder econômico, de modo a maximizar o bem-estar dos consumidores e promover a alocação eficiente de recursos escassos no mercado.

1. A FALÁCIA DA TEORIA DAS INFRAÇÕES POR OBJETO

A teoria econômica que dá suporte ao direito da concorrência indica que atos restritivos geram uma multiplicidade de efeitos, incluindo ganhos de eficiência, perdas de riqueza (peso morto) e transferências de renda entre agentes econômicos. A conclusão à qual se chega a partir da teoria econômica é que a análise concorrencial não deve obedecer a regras e pressupostos rígidos. Embora as classificações, presunções e dogmas possam dar conforto ao aplicador da lei, eles são pouco úteis para a formulação de uma política de defesa da concorrência consistente, especialmente se não forem fundados em teorias econômicas sólidas.

Este é, justamente, o maior defeito da teoria das infrações por objeto atualmente aplicada pelo Cade, que sustenta a tese de que o artigo 36, *caput*, da LDC criou uma “escala de presunções” de ilegalidade de práticas empresariais.

Ainda que presunções de ilegalidade possam servir para reduzir o ônus probatório da autoridade concorrencial e facilitar a repressão de atos restritivos, a economia processual não pode ser usada como justificativa para legitimar uma teoria que, ao fim e ao cabo, representa certa tendência populista de punitivismo concorrencial²⁰² e pode dissuadir práticas empresariais eficientes.

Este capítulo apontará os motivos pelos quais é possível afirmar que a teoria das infrações por objeto é falaciosa e, além de não se sustentar frente à teoria econômica, não

²⁰² O discurso populista não é novo no direito da concorrência. Nos Estados Unidos da América, a questão da concentração de poder pelas grandes corporações fazia parte do debate político mesmo antes da promulgação do Sherman Act, em 1890. Atualmente, os clamores de teor populista se renovam no direito concorrencial com base na ideia de que “grande é ruim” (“big is bad”). Cf. SHAPIRO, Carl. *Antitrust in a time of populism*. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3058345>. Acesso em 13/02/2019. p. 1 e 28.

encontra fundamento na própria LDC.

a. O entendimento atual do Cade sobre as infrações por objeto e os seus irremediáveis defeitos

O que se chama neste estudo de teoria das infrações por objeto nada mais é do que o entendimento formulado em decisões do Tribunal Administrativo de Defesa Econômica do Cade acerca da interpretação do artigo 36, *caput*, da LDC. Este entendimento começou a ser desenvolvido no julgamento do processo administrativo nº 08012.001271/2001-44²⁰³ (“Caso SKF”), no qual o Cade analisou a legalidade da prática de fixação de preços de revenda.

Embora o relator original do Caso SKF, Conselheiro César Mattos, tenha proferido voto pelo arquivamento do processo, o julgamento ficou marcado pelos votos divergentes dos Conselheiros Vinícius Marques de Carvalho e Marcos Paulo Veríssimo.

Além de ter conferido tratamento mais rígido à fixação de preços de revenda, o ponto central do voto do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho foi ter considerado ser possível a existência de infração concorrencial por agentes econômicos sem poder de mercado²⁰⁴⁻²⁰⁵,

²⁰³ Cade, processo administrativo nº 08012.001271/2001-44, Conselheiro Relator Vinícius Marques de Carvalho, julgado em 30/1/2013.

²⁰⁴ “Deste modo, agentes com baixa participação de mercado, às vezes, podem infligir dano concorrencial, sim. Não parece ser impossível - do ponto de vista teórico - que agentes menores criem barreiras de entrada artificiais, via óbices formais e materiais ao desenvolvimento de concorrentes com elevada participação de mercado, pelas mais diversificadas estratégias de elevação de custos dos rivais” (página 44 do processo administrativo nº 08012.001271/2001-44).

²⁰⁵ Este entendimento deve ser afastado. A finalidade da LDC é, justamente, combater a formação ilegítima e o abuso de poder de mercado. Sem poder de mercado, não há infração concorrencial. Como já visto, na ausência de poder de mercado, os preços são definidos pelo próprio mercado, pois nenhum agente é capaz de influenciar a oferta ou a demanda de forma unilateral. Assim, qualquer tentativa de restringir a concorrência por agente sem poder de mercado seria inócua, desprovida de qualquer efeito. Ainda que se trate de conduta, individual ou coletiva, que vise à formação ilegal do poder de mercado, cumpre à autoridade demonstrar que a prática seria passível de, no caso concreto, levar à concentração em níveis tais que permitissem a criação de poder econômico nas mãos dos agentes infratores. Isso exigirá a análise do poder de mercado, com todas as suas exigências metodológicas, isto é, estudo da estrutura do mercado, existências de barreiras à entrada, formas de competição, rivalidade etc. Por exemplo, a análise de condutas voltadas à criação de custos a rivais não pode prescindir de análise detida do mercado afetado, seu funcionamento e a forma como a concorrência se desenvolve. O próprio fundamento constitucional da LDC, contido no artigo 173, §4º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 deixa claro o intuito da lei de reprimir o abuso de poder econômico: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Assim, em essência, pode-se dizer que o direito da concorrência tem a função, justamente, de limitar o poder de mercado, conforme explicam Maria Tereza Mello e Mario Possas: “A esta altura, cabe indagar por que se esperam da concorrência resultados positivos do ponto de vista social. A resposta só pode ser encontrada no âmbito da teoria econômica: a concorrência deve ser defendida porque gera – ainda que não exclusivamente, e nem sempre – eficiência no funcionamento dos mercados. É essa sua ‘finalidade social’ – espera-se que agentes concorram por meio da busca de maior eficiência que lhes propicie vantagens competitivas. Por outro lado, reprime-se a tentativa, por parte dos agentes, de relaxar as pressões competitivas a que estão submetidos; a lei busca evitar que se utilizem meios ‘artificiais’ para ganhar mercado – *i.e.*, meios não baseados na maior eficiência, que falseiem a concorrência.

negando a premissa até então aceita de que o poder de mercado é condição necessária para o ilícito concorrencial²⁰⁶.

O Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo, aderindo ao posicionamento do Conselheiro Vinícius Marques de Carvalho, proferiu contundente voto pela condenação dos agentes no polo passivo do Caso SKF, afirmando que a LDC definiu dois tipos de infração econômica: (i) de um lado estariam as práticas que têm como objeto gerar ao menos um dos efeitos elencados pela legislação concorrencial como danosos; e (ii) de outro, estariam as práticas que, apesar de não terem tal objeto, têm o potencial de, direta ou indiretamente, gerar um dos efeitos elencados pela legislação concorrencial como danosos²⁰⁷. A partir desta premissa, o Conselheiro determinou que as restrições puras, no direito brasileiro, seriam aquelas que têm como objeto gerar efeitos anticompetitivos, enquanto que restrições acessórias estariam relacionadas às práticas que têm o potencial de, direta ou indiretamente, gerar efeitos anticompetitivos²⁰⁸.

A decisão do Cade no Caso SKF é relevante, pois representa uma ruptura com a interpretação da autarquia acerca da tipificação administrativa das infrações econômicas previstas na LDC. Um exemplo do antigo entendimento que prevalecia no Cade pode ser encontrado no voto do Conselheiro Luiz Fernando Schuartz no julgamento do processo administrativo nº 08012.007042/2001-33²⁰⁹. Em seu voto, Schuartz defendeu que o artigo 20, *caput*, da Lei nº 8.884/1994 (atual artigo 36, *caput*, da LDC) estabeleceu um critério de gradação de rigidez da aplicação da lei pautado na possibilidade da produção de efeitos danosos. De acordo com este entendimento, as restrições por objeto seriam aquelas que têm grande

Para isso, a lei de defesa da concorrência busca limitar o exercício do poder de mercado pois, em princípio, firmas que o detêm são capazes de prejudicar o processo competitivo, gerando ineficiências como resultado de seu exercício” (MELLO, Maria Tereza; POSSAS, Mario Luiz. Direito e economia na análise de condutas anticompetitivas. In: POSSAS, Mario Luiz (Org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2002. p. 137).

²⁰⁶ Neste sentido, Maria Tereza Mello e Mario Possas explicam que “poder de mercado é condição necessária para o ilícito antitruste (por que sem ele não há efeitos restritivos da concorrência), mas não suficiente (se ele foi conquistador de forma ‘natural’ ou se for mantido por meios ‘naturais’)” (Ibidem. p. 147).

²⁰⁷ “Neste sentido, o primeiro ponto a destacar é a redação do artigo 20, que caracteriza como infração à ordem econômica, independentemente de culpa, atos de duas naturezas distintas: (i) os que tenham por objeto quaisquer das condutas tipificadas em seus incisos, entre as quais a de limitar ou prejudicar a concorrência, que mais importa ao caso em análise; e (ii) os que, mesmo não tendo tal escopo em seu objeto, podem tê-lo, direta ou indiretamente, em seus efeitos” (item 155 do voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no processo administrativo nº 08012.001271/2001-44).

²⁰⁸ “Particularmente, tenho enorme tendência em ler a distinção à luz da já citada tradição da common law de distinguir atos de restrição à concorrência em duas categorias, apartando os atos que objetivam diretamente restringi-la (quem tem esse como seu propósito e objeto principal, e que quais devem merecer, portanto, tratamento mais rigoroso), daqueles que apenas indiretamente a restringem, sendo, na verdade, acessórios a um propósito de negócio independente e em princípio lícito, e guardando com este uma relação estrita de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito” (item 156 do voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no processo administrativo nº 08012.001271/2001-44).

²⁰⁹ Cade, processo administrativo nº 08012.007042/2001-33, Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 26/4/2006.

probabilidade de geração de efeitos anticoncorrenciais. Ao contrário da posição do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no Caso SKF, a posição do Conselheiro Schuartz não afastaria a necessidade de demonstrar que a conduta ilícita “por objeto” tenha tido o potencial de gerar efeitos líquidos negativos (ainda que não alcançados)²¹⁰.

O conceito de ilicitude por objeto e por efeitos conforme desenvolvido no Caso SKF também diverge da posição do Cade refletida na Resolução nº 20/1999, que dispôs, em seu Anexo II, os critérios para análise de uma conduta restritiva da concorrência. Neste contexto, o Anexo II da Resolução do Cade nº 20/1999 dedica seus itens 3.1 e 3.2 à análise de, respectivamente, possíveis efeitos danosos e eficiências de práticas restritivas. No item 3.3, determina-se que a análise de práticas restritivas deve ser concluída com “a ponderação entre os efeitos anticompetitivos e os possíveis benefícios ou eficiências identificados e avaliados nos passos anteriores, com o objetivo de verificar se estes últimos são suficientes para compensar aqueles, permitindo considerar lícita a conduta em questão”.

Assim, anteriormente à decisão do Caso SKF, o Cade adotava a posição de que era necessário demonstrar que uma prática empresarial gerou ou tinha o potencial de gerar efeitos econômicos danosos à concorrência. Provados estes efeitos (existentes ou potenciais), caberia às partes representadas demonstrar a existência de eficiências capazes de compensar os danos causados. Não haveria presunção de ilegalidade com relação a infrações por objeto, tampouco se admitiria a possibilidade de haver ilícito por agentes sem poder de mercado.

O entendimento formulado no Caso SKF, no entanto, passou a ser acolhido e desenvolvido em sucessivos julgamentos. No processo administrativo nº 08012.006923/2002-18²¹¹, que analisou a legalidade de tabela de sugestão de preços, o Conselheiro Marcos Paulo

²¹⁰ Vide o item 25 do voto proferido pelo Conselheiro Schuartz no processo administrativo nº 08012.007042/2001-33: “A exigência de que o propósito visado pelo agente com a sua conduta, i.e., a obtenção de um dos efeitos listados nos incisos do art. 20, o seja de uma ‘maneira objetiva’, dá conta da objeção de que, para a existência da infração, a obtenção do efeito pelo agente, por meio da sua conduta, deve ser ‘possível’. Essa objeção é procedente, mas absolutamente trivial, quando aquilo que se pretende com ela é reafirmar, também para o direito antitruste, a máxima de que não se punem os ilícitos impossíveis (assim como, por exemplo, não existe homicídio quando alguém dispara uma arma de fogo contra um indivíduo que já estava morto). A objeção deixa de ser trivial, mas passa a ser improcedente, quando o que se pretende com ela é sustentar a posição de que uma conduta apenas viola o art. 20 se for elevada a probabilidade de que produzirá um dos efeitos ali listados. A improcedência está em que a objeção ignora a estrutura dual do caput do art. 20, e assimila um tipo de ‘possibilidade’ ao outro. A ‘possibilidade’ requerida para a condenação de uma conduta que ‘tenha por objeto’ a produção de um dos efeitos do art. 20 é uma possibilidade em ‘sentido fraco’, vale dizer, no sentido da exclusão da impossibilidade (ou do ‘crime impossível’ tal como definido no art. 17 do Código Penal); já a ‘possibilidade’ requerida para a condenação de uma conduta ‘que possa produzir’ um desses efeitos é uma possibilidade em outro sentido, a saber, o ‘sentido forte’ da elevada probabilidade objetiva ou do elevado risco de que, uma vez praticada a conduta, produzir-se-á o efeito”.

²¹¹ Cade, processo administrativo nº 08012.006923/2002-18, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 20/2/2013.

Veríssimo aprofundou a sua posição acerca das infrações por objeto na LDC. Em suma, o Conselheiro sustentou haver, no direito brasileiro, “regimes distintos de presunção de reprovabilidade aplicáveis a cada grande categoria de condutas anticompetitivas exemplificadas pelo artigo 21 [atual artigo 36, §3º, da LDC], sendo uma importante tarefa do CADE determinar, a cada caso, os contornos específicos desses vários regimes de presunção”²¹². Ao longo do seu voto, o Conselheiro desenvolveu a tese de que as infrações por objeto são aquelas listadas no artigo 21 da Lei nº 8.884/1994 (atual artigo 36, §3º, da LDC), com relação às quais haveria presunção de ilegalidade da conduta que dispensaria análise do mercado, a demonstração de efeitos potenciais ou efetivos e a demonstração de posição dominante (e, conseqüentemente, de poder de mercado), sendo suficiente, para a condenação, que haja prova objetiva da prática²¹³.

No processo administrativo nº 08012.002874/2004-14²¹⁴, o Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, mesmo tendo deixado claro o seu posicionamento pessoal contrário, seguiu a jurisprudência do Cade²¹⁵ e considerou como infração econômica o tabelamento de preço de serviços médicos, dispensando-se a demonstração da existência de poder de mercado pelos agentes ou demonstração de danos à concorrência²¹⁶. Posteriormente, no processo

²¹² Item 12 do voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no processo administrativo nº 08012.006923/2002-18.

²¹³ “Diante de todo o exposto, não vejo como deixar de concluir que a sugestão de preços e práticas uniformes capazes, direta ou indiretamente, de afetar a livre determinação de preços, por parte de associações comerciais, sujeita-se, no Brasil, a um regime razoavelmente rígido de presunção de ilegalidade. Tal regime decorre, ex vi legis, da redação expressa do inciso II do artigo 21 da Lei n. 8.884/94 (atual inciso II do § 30 do art. 36 da Lei n. 12.529), que disciplina especificamente essa conduta, combinada com a redação do caput do art. 20 da mesma lei (atual caput do art. 36 da Lei n. 12.529/2011), que presume a ilegalidade de atos que limitem a concorrência por seu próprio objeto. Tais circunstâncias (tipificação expressa e, sobretudo, presunção de ilegalidade pelo objeto), fazem, como exposto acima, com que se torne completamente desnecessária qualquer análise de estruturas de mercado, definições de mercado relevante ou considerações de poder de mercado dos agentes para que a autoridade possa, *prima facie*, determinar a presunção de ilicitude da conduta. Para tanto, basta que haja, a meu ver, a prova objetiva de sua prática. Também afastam completamente a regra de *minimis* estabelecida na legislação relativa ao controle de 20% ao mais do mercado, pois tal regra aplica-se especificamente à presunção de posição dominante, sendo que a conduta aqui tratada não se enquadra nas categorias de abuso de posição dominante, mas sim em conduta tendente a influenciar a adoção de práticas de preço uniformes. Finalmente, as circunstâncias da conduta em questão igualmente afastam, por completo, a necessidade de perquirir acerca de efeitos, mesmo que potenciais, para a finalidade de presumir-se sua ilicitude, pois se trata, como já visto, de ilicitude pelo objeto e não pelos efeitos. Derradeiramente, uma vez que a ilicitude do objeto decorre das circunstâncias objetivas da conduta e de seu caráter não acessório a qualquer outro objetivo lícito distinto da orientação de preços, e que o próprio texto legal dispensa o elemento volitivo para a caracterização do ilícito, tal presunção de ilicitude independe, também, no regime da lei nacional, de qualquer consideração sobre a intenção subjetiva (i.e., boa ou má-fé) dos agentes” (Item 97 do voto do Conselheiro Marcos Paulo Veríssimo no processo administrativo nº 08012.006923/2002-18).

²¹⁴ Cade, processo administrativo nº 08012.002874/2004-14, Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, julgado em 1/2/2017.

²¹⁵ O Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo citou como precedentes as decisões do CADE no processo administrativo nº 08012.003422/2004-41 e no processo administrativo nº 08012.009381/2006-69.

²¹⁶ Vide item 71 do voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo: “Dessa forma, mesmo tendo posicionamento em sentido contrário, me rendo à jurisprudência consolidada deste tribunal, em especial em face da presente composição, no sentido de considerar a conduta praticada pela Unidas infração contra a ordem econômica,

administrativo nº 08700.001020/2014-26²¹⁷, o Conselheiro Macedo forneceu mais detalhes de sua posição, afastando eventual presunção absoluta de ilegalidade com relação às restrições por objeto e defendendo, de forma diversa, que a presunção de ilegalidade fosse relativa.

No processo administrativo nº 08012.007011/2006-97²¹⁸, o Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo conferiu contornos mais precisos à sua opinião, concluindo que, tanto no conceito de infrações *per se* do direito norte-americano, como no conceito de infrações por objeto do direito comunitário europeu, haveria uma presunção relativa de ilicitude. Segundo o Conselheiro, estes atos “pela sua própria natureza, são, via de regra, prejudiciais à concorrência”²¹⁹, o que não impediria, porém, que o Cade apreciasse argumentos de eficiência apresentados pelos acusados.

Interessante notar que, no julgamento do caso, a Conselheira Cristiane Alkmin registrou entendimento divergente ao adotado pelo Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo e pela jurisprudência do Cade pós-Caso SKF. A Conselheira entendeu que o Cade deveria aplicar a regra da razão na análise de todas as condutas anticompetitivas, reservando o tratamento *per se* apenas para os cartéis *hard core*²²⁰.

Não obstante a opinião divergente da Conselheira Cristiane Alkmin, parece ter se consolidado, no Cade, o entendimento de que as infrações por objeto comportam presunção quanto à sua ilegalidade e dispensam demonstração de poder de mercado pelos agentes econômicos²²¹.

independentemente da sua participação de mercado. Contudo, aproveito a oportunidade para sugerir ao conselho que aprofunde na análise de casos semelhantes em que haja barganha coletiva, especialmente nos mercados upstream e quando há como pano de fundo a tese do poder compensatório”.

²¹⁷ Cade, processo administrativo nº 08012.009566/2010-50, Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, julgado em 5/4/2017.

²¹⁸ Cade, processo administrativo nº 08012.007011/2006-97, Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, julgado em 25/4/2017.

²¹⁹ Item 74 do voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo no processo administrativo nº 08012.007011/2006-97.

²²⁰ Como já dito, economistas especialistas em direito da concorrência costumam ter mais clareza na interpretação da LDC que os próprios juristas. Seguindo esta tendência, a Conselheira Cristiane Alkmin brilhantemente asseverou: “Para aqueles que interpretam esta conduta como sendo *per se*, basta haver provas para condenar os representados. Este tem sido o entendimento de alguns dos Conselheiros e, em particular, da formação desta composição do Tribunal. Respeitosamente aos que divergem de mim, não é o que julgo correto, porém. Explico a razão. Os casos de conduta concertada que implicam em danos inquestionáveis à sociedade são uma exceção à lei nº 12.529/11 e não a regra. Estes são os casos de cartéis clássicos (ou *hard core*), os quais estão bem delimitados na teoria econômica e se encaixam perfeitamente na Resolução no 20/1999 do Cade, que define o que é um cartel no âmbito desta instituição” (Itens 5 e 6 do voto divergente da Conselheira Cristiane Alkmin).

²²¹ Vide item 155 do voto do Conselheiro João Paulo de Resende no processo administrativo nº 08012.005882/2008-38: “Quanto ao argumento de ausência de racionalidade econômica, já há assentada jurisprudência neste CADE quanto à conduta ser ilícito por objeto, bastando a comprovação de sua materialidade para a imputação de infração. Isto porque não é natural nem razoável que concorrentes discutam estratégias comerciais e não há qualquer ponderação possível de racionalidade econômica que venha a justificar tal conduta. Tampouco é necessário definir mercado relevante nem poder de mercado, pois os incentivos para as empresas

Assim, ponderando-se as opiniões dos Conselheiros Vinícius Marques de Carvalho e Marcos Paulo Veríssimo, bem como os recentes votos do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, pode-se dizer que, na interpretação do artigo 36, *caput*, da LDC, o Cade adota o entendimento de que: (i) há, no direito brasileiro, infrações por objeto e infrações por efeitos; (ii) as infrações por objeto comportam presunção sobre sua ilegalidade; (iii) as infrações por objeto são aquelas que têm como objetivo produzir quaisquer dos resultados elencados no artigo 36, §3º, da LDC; e (iv) o Cade não precisa demonstrar a existência de poder de mercado pelos agentes que praticaram infrações por objeto, assim como fica dispensada qualquer tipo de análise da estrutura e condições de mercado.

Em outras palavras, para se punir infrações por objeto, basta que o Cade demonstre que a prática existiu e que é possível imputá-la aos agentes no polo passivo do processo administrativo. Este entendimento, além de incompatível com as teorias aceitas na literatura econômica, é anacrônica com o próprio fundamento constitucional da LDC (focado na repressão do abuso de poder econômico, que pressupõe a existência de poder de mercado como condição necessária do ilícito concorrencial) e com a tradição do direito concorrencial brasileiro.

Pela elegância de suas proposições, recorre-se ao ensinamento dos economistas Maria Tereza Mello e Mario Luiz Possas para buscar uma interpretação adequada do artigo 36, *caput*, da LDC²²²:

No caso brasileiro, como discutido na seção anterior, a Lei 8.884/1994, em seu art. 20 [atual artigo 36, *caput*, da LDC], não contempla a possibilidade de aplicação do critério de ilegalidade *per se* na avaliação de condutas, e por conseguinte impõe a análise dos efeitos líquidos de condutas tidas como anticompetitivas com base na “regra da razoabilidade”. Daí resulta uma conclusão a nosso ver *essencial*: a de que condutas, tal como no caso de atos de concentração, *também* devem ser submetidas a uma análise centrada na ponderação de efeitos anticompetitivos *vis-à-vis* ganhos esperados *de eficiência*.

participarem de tais acordos transcendem seus efeitos nos mercados específicos em que operam. Por exemplo, uma empresa pode participar de reunião de fixação de preços em um mercado à jusante, ou seja, a quem fornece, para que, com o preço maior, possa também cobrar mais de seus clientes. É o caso de distribuidoras de combustíveis coordenando cartéis de postos de gasolina, por exemplo. Ou é possível que uma empresa apoie um cartel em um mercado correlato em troca de evitar a entrada das cartelistas em seu próprio mercado. Ou, como foi demonstrado no caso em tela, para que seja possível estruturar mecanismos de punição a traições ao cartel, por meio de boicote de compra ou de fornecimento a quem não cumpriu o acordo. Em síntese, há diversas razões ocultas ou paralelas para que empresas participem ou incentivem condutas coordenadas, as quais não necessitam ser demonstradas pela autoridade da concorrência para que haja a condenação. Concorrentes simplesmente não podem combinar ou concordar com a combinação de preços, quantidades, divisão de mercado nem trocar informações sensíveis entre si, em seu mercado ou em mercados correlacionados” (Cade, processo administrativo nº 08012.005882/2008-38, Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 23/5/2018).

²²² MELLO, Maria Tereza; POSSAS, Mario Luiz. Op. cit. p. 149.

Os defeitos da teoria das infrações por objeto decorrentes de sua incompatibilidade com a teoria econômica, com a lógica sistemática da LDC e com a própria tradição do direito da concorrência brasileiro anteriormente ao Caso SKF, já seriam suficientes para desconsiderar a sua aplicação. No entanto, há um ponto adicional que deve ser endereçado para que seja possível afastar esta tese: as falsas correspondências feitas entre a redação da LDC e diplomas legais do direito comparado, especificamente as leis de defesa da concorrência dos Estados Unidos da América e da União Europeia.

b. As falsas analogias do direito comparado

O entendimento do Cade formulado a partir no caso SKF com relação às infrações por objeto e por efeitos representa uma ruptura com a jurisprudência passada da autarquia. Muitas vezes, a teoria das infrações por objeto é sustentada a partir da análise comparada do direito concorrencial comunitário europeu (no âmbito do qual se desenvolveu os conceitos de restrições por objeto e por efeitos) e norte-americano (onde se desenvolveu os conceitos de ilegalidade *per se* e regra da razão). No entanto, como será visto, nem mesmo o direito comparado não dá suporte à teoria das infrações por objeto.

i. As restrições por objeto e por efeitos no direito concorrencial europeu

As restrições por objeto no direito comunitário europeu estão previstas no artigo 101(1) do Tratado de Funcionamento da União Europeia (“TFUE”), que claramente inspirou a redação do artigo 20, *caput*, da Lei nº 8.884/1994 e, por consequência, do artigo 36, *caput*, da LDC. A semelhança da redação dos dois dispositivos é um dos motivos pelos quais se tem sustentado a existência de uma categoria de atos que são ilícitos pelo seu próprio objeto.

Como primeiro passo da análise do artigo 101(1) do TFUE, cumpre transcrever a sua redação:

Artigo 101.º

1. São incompatíveis com o mercado interno e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno, designadamente as que consistam em: a) Fixar, de forma directa ou indirecta, os preços de compra ou de venda, ou quaisquer outras condições de

transacção; b) Limitar ou controlar a produção, a distribuição, o desenvolvimento técnico ou os investimentos; c) Repartir os mercados ou as fontes de abastecimento; d) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência; e) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objecto desses contratos.

O artigo 101(1) estabelece uma regra geral de ilicitude de atos e práticas comerciais que tenham por objeto²²³ ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência. Para entender o seu alcance, no entanto, é necessário analisá-lo em conjunto com o artigo 101(3), que concede aos agentes económicos a possibilidade de afastar a aplicação do artigo 101(1) ao seu ato por meio da demonstração da produção de eficiências. Confira-se o dispositivo:

3. As disposições no nº 1 podem, todavia, ser declaradas inaplicáveis:

- a qualquer acordo, ou categoria de acordos, entre empresas,
- a qualquer decisão, ou categoria de decisões, de associações de empresas, e
- a qualquer prática concertada, ou categoria de práticas concertadas,

que contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que: a) Não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; b) Nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

Percebe-se, portanto, que o artigo 101(1) do TFUE estabelece que atos poderão ser considerados concorrencialmente restritivos pelos seus efeitos ou por seu objeto. O Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) entende que a conjunção “ou” estabeleceu dois tipos de restrição distintos – restrição por objeto e restrição por efeitos – sendo desnecessário provar

²²³ Embora a versão portuguesa utilize a palavra “objetivo” na tradução do artigo 101(1) do TFUE, o mais correto seria utilizar o termo “objeto”, a exemplo da versão inglesa, que utiliza o termo “object”, da francesa, que utiliza o termo “objet”, e da espanhola, que utiliza o termo “objeto”. Deve-se evitar o termo “objetivo” porque ele pode remeter à intenção das partes, isto é, a intenção subjetiva dos participantes ao praticarem determinado ato, sendo que o artigo 101(1) do TFUE teve a clara intenção de analisar o objeto do ato e não o objetivo das partes. Assim, ainda que as partes não tivessem o objetivo de restringir a concorrência, o ato pode ser considerado restritivo por objeto a depender das circunstâncias objetivas (e não subjetivas) do caso concreto. Neste sentido, vide item 2 do sumário do acórdão do TJUE no Processo C-209/07: “Para determinar se um acordo é abrangido pela proibição enunciada no artigo 81.º, n.º 1, CE, há que atender ao teor das suas disposições e aos intuitos que objectivamente pretende atingir. A este respeito, ainda que seja provado que as partes de um acordo actuaram sem qualquer intenção subjectiva de restringir a concorrência, mas com o intuito de encontrar uma solução para os efeitos de uma crise sectorial, essas considerações não são relevantes para efeitos da aplicação da referida disposição. Com efeito, pode considerar-se que um acordo tem um objecto restritivo da concorrência mesmo que não tenha por único objectivo restringir a concorrência, prosseguindo igualmente outros objectivos legítimos” (TJUE, Processo C-209/07, Competition Authority contra Beef Industry Development Society Ltd e Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., julgado em 20/11/2008). Vide, ainda, opinião de Whish e Bailey: “the word ‘object’ in this context does not mean the subjective intention of the parties when entering into the agreement, but the objective meaning and purpose of the agreement considered in the economic context in which it is to be applied” (WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 118-119).

concomitantemente o efeito e o objeto restritivos para o enquadramento do ato no artigo 101(1) do TFUE²²⁴. Assim, a aplicação do artigo 101(1) do TFUE ocorre em duas partes: em primeiro lugar, a autoridade concorrencial analisa se o ato é restritivo por seu objeto, de modo que fica dispensada a demonstração de produção de efeitos; caso o ato não seja restritivo por seu objeto, procede-se à análise de seus efeitos, para verificar se ele pode ser definido como ato restritivo pelos seus efeitos²²⁵.

A diferença primordial entre os atos restritivos por objeto e por efeitos reside no fato de que, no caso de restrição por objeto, a demonstração da produção de efeitos pelo ato fica dispensada, enquanto que, nas restrições por efeitos, a efetiva geração de efeitos anticoncorrenciais deve ser provada²²⁶. Em outras palavras, a classificação de um ato ou prática como restritivo por objeto estabelece uma presunção absoluta acerca da produção de efeitos danosos à concorrência, cabendo às partes, para afastar a aplicação do artigo 101(1) do TFUE à sua conduta, demonstrar a geração de eficiências sob o artigo 101(3) da TFUE.

Este aspecto do artigo 101(1) do TFUE é sutil, mas de extrema importância: não se estabelece, nos atos restritivos por objeto, uma presunção absoluta de ilegalidade, mas sim uma presunção absoluta acerca da produção de danos à concorrência.

Eventual presunção de ilegalidade é meramente relativa, visto que as partes podem afastar a aplicação do artigo 101(1) do TFUE com fundamento na geração de eficiências, conforme disposto no artigo 101(3)²²⁷.

²²⁴ Ibidem. p. 118. O entendimento foi firmado no caso: TJUE, Processo 56-65, Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), julgado em 30/6/1966.

²²⁵ Vide item 55 da decisão do TJUE no caso GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comissão das Comunidades Europeias: “Ora, segundo jurisprudência constante desde o acórdão de 30 de Junho de 1966, LTM (56/65, Recueil, p. 337; Colect. 1965-1968, p. 381), o carácter alternativo desta condição, marcado pela conjunção «ou», leva à necessidade de considerar em primeiro lugar o próprio objectivo do acordo, tendo em conta o contexto económico em que o mesmo deve ser aplicado. Todavia, no caso de a análise do teor do acordo não revelar um grau suficiente de nocividade relativamente à concorrência, devem então examinar-se os seus efeitos e, para lhe impor a proibição, exigir que estejam reunidos elementos que provem que o jogo da concorrência foi efectivamente impedido ou restringido ou falseado de modo sensível” (TJUE, Processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comissão das Comunidades Europeias, julgado em 6/10/2009).

²²⁶ “Advocate General Kokott has pointed out that a law that forbids people from driving cars when under the influence of alcohol does not require, for a conviction, that the driver has caused an accident – that is to say proof of an effect; in the same way Article 101(1) prohibits certain agreements that have the object of restricting competition, irrespective of whether they produce adverse effects on the market in an individual case” (WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit. p. 118).

²²⁷ “É oportuno observar que o exame de um acordo, para determinar se o mesmo contribui para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou promover o progresso técnico ou económico e se permite obter vantagens objectivas sensíveis, deve fazer-se à luz dos argumentos de facto e os meios de prova apresentados no pedido de isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE. Para esse exame, pode ser necessário tomar em conta as características e as eventuais especificidades do sector a que se refere o acordo, se essas características e especificidades forem determinantes para o resultado do exame. Importa acrescentar que tomar esses elementos em conta não significa inverter o ónus da prova, mas apenas assegurar que o exame do pedido de isenção seja feito

Deve-se destacar ainda que a caracterização de um ato como restritivo por objeto passa por uma demonstração da alta probabilidade objetiva de produção de efeitos danosos por determinada prática. A autoridade concorrencial (ou a parte acusadora) deve demonstrar que a conduta é “concretamente apta, atendendo ao contexto jurídico e económico em que se insere, a impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum”²²⁸. Não basta, portanto, demonstrar que determinado ato existiu e é imputável ao agente acusado. É preciso demonstrar, além disso, que o ato é suscetível de produzir efeitos danosos no mercado, levando-se em consideração o contexto jurídico e económico no qual ele se insere.

Em termos de política de defesa da concorrência, a estrutura do artigo 101 do TFUE oferece duas vantagens: (i) reduz o ônus probatório da autoridade concorrencial no caso de repressão a atos e práticas com maior potencial anticompetitivo²²⁹, mas não exclui o ônus de demonstrar, a partir das circunstâncias objetivas do caso, a alta probabilidade de geração de danos à concorrência; e (ii) permite que as partes de atos considerados restritivos por objeto defendam a não aplicação do artigo 101(1) do TFUE à sua conduta por meio da demonstração de geração de eficiências²³⁰, o que confere certa flexibilidade na aplicação do direito concorrencial e preserva, ainda que de forma ponderada, a liberdade de iniciativa dos agentes económicos.

Em suma, o conceito de restrições por objeto do artigo 101(1) do TFUE não pressupõe de forma absoluta a ilegalidade do ato, que pode ser isento de punição caso seja demonstrada a produção de eficiências nos termos do artigo 101(3) do mesmo diploma.

ii. A ilicitude *per se* e a regra da razão no direito concorrencial norte-americano

A regra da ilicitude *per se* e a regra da razão, conforme conhecidas atualmente, foram

à luz dos argumentos de facto e dos meios de prova apropriados fornecidos pelo requerente” (TJUE, Processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comissão das Comunidades Europeias, julgado em 6/10/2009).

²²⁸ Item 31 do acórdão da TJUE no seguinte caso: TJUE, Processo C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e o. contra Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, julgado em 4/6/2009.

²²⁹ “A second point about object restrictions is that, from a competition authority’s point of view, the fact that it does not need to demonstrate, for example, that horizontal price-fixing agreements produce adverse economic effects relieves it of some of the burden that would otherwise rest upon it” (WHISH, Richard; BAILEY, David. Op. cit. p. 119).

²³⁰ “The third point is that, where the parties to an agreement that is restrictive by object wish to assert that it could produce efficiency-enhancing effects, they can do so only by proving that it satisfies the criteria of Article 101(3), the burden of proof being on them to prove that this is so” (Ibidem).

desenvolvidas pelos tribunais norte-americanos no início do Século XX como uma solução para a redação abrangente e genérica do *Sherman Act*, lei precursora da legislação de defesa da concorrência nos Estados Unidos da América, que considera ilegal todo o tipo de “restrição ao comércio”²³¹.

A aplicação da regra da razão e da regra da ilicitude *per se* está intimamente ligada aos conceitos de restrições puras, que têm como único propósito restringir a concorrência, e acessórias, que restringem a concorrência como meio para se alcançar fins legítimos. A ilicitude *per se* só seria aplicada às práticas que os tribunais considerassem, de forma recorrente, como altamente danosas à concorrência²³².

As linhas gerais da regra da razão começaram a ser delineadas em *United States v. Trans-Missouri Freight Association*²³³ e *United States v. Joint-Traffic Association*²³⁴. Nestes dois casos, concorrentes do setor de transporte ferroviário criaram associações com o objetivo de estabelecer estruturas de tarifas aplicáveis aos seus serviços. Os concorrentes continuariam independentes e livres para competir por meio de outras condições que não fossem relacionadas ao preço. Ao se deparar com estes casos, a Suprema Corte norte-americana analisou o escopo da *Section 1* do *Sherman Act*, com vistas a determinar seu alcance e significado. No julgamento do caso referente à *Joint-Traffic Association*, a Suprema Corte norte-americana admitiu a possibilidade de que nem todas as restrições ao comércio fossem ilegais, distinguindo acordos capazes de reduzir a concorrência diretamente, daqueles capazes de afetá-la indiretamente²³⁵.

A formulação da regra da razão, como atualmente conhecida, é geralmente atribuída ao voto do Juiz Edward Douglas White no caso *Standard Oil v. United States*²³⁶, definindo que a *Section 1* do *Sherman Act* buscava reprimir apenas restrições irrazoáveis ao comércio. Este

²³¹ Vide a redação da Section 1 do Sherman Act: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court”.

²³² Ou, em outras palavras: “[t]he *per se* rule says that once we know a certain amount about a practice, we can pass judgment on its legality without further inquiry” (HOVENKAMP, Herbert. Op. cit. p. 255).

²³³ *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290 (1897).

²³⁴ *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898).

²³⁵ “The Court in *Joint-Traffic* stood by its earlier holding of an unlawful cartel but backed away from the sweeping statement of its rule that ‘every’ restraint of trade was condemned under Section 1 of the Sherman Act. First, it distinguished between agreements that ‘directly’ and ‘immediately’ reduce competition, as would a rate agreement between competitors, and arrangements that had only indirect or incidental effects. Second, it stated that some arrangements affecting competition, such as ‘the sale of a good will of a business with an accompanying agreement not to engage in similar business,’ were not restraints of trade at all” (SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*. St. Paul: West Publishing Co., 2006. p. 216).

²³⁶ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

dispositivo “visaria a, apenas, proteger aquele comércio de práticas que implicassem sua indevida restrição (undue restraint)”²³⁷.

A regra da razão se solidificou em 1918, no caso *Chicago Board of Trade*²³⁸. Neste caso, a Suprema Corte norte-americana reconheceu que “todo acordo com relação ao comércio, assim como toda a regulação do comércio, restringe”, e “vincular, restringir, é de sua própria essência”²³⁹. Assim, ainda que uma prática comercial pudesse restringir a concorrência, seria necessário analisar a possibilidade de geração de eficiências para avaliar o seu impacto concorrencial²⁴⁰.

O conteúdo da regra da ilicitude *per se*, por sua vez, é encontrado percorrendo-se o caminho contrário da regra da razão: todas as práticas comerciais que reduzirem ou eliminarem a concorrência de forma irrazoável devem ser consideradas ilegais por si só²⁴¹.

Com base nas decisões que formularam originalmente as regras da razão e da ilicitude *per se*, é possível afirmar que estes critérios foram estabelecidos para definir de forma mais precisa o escopo do *Sherman Act*, cuja redação é abrangente e genérica. Assim, evita-se que o direito da concorrência seja excessivamente rígido e acabe por engessar e condicionar a conduta empresarial.

Ainda que a ilicitude *per se* estabeleça uma presunção de ilegalidade (ao contrário, como visto, do conceito de restrições por objeto do direito comunitário europeu, pelo qual se estabelece uma presunção da existência de efeitos danosos), a jurisprudência norte-americana demanda um esforço argumentativo e um ônus probatório mínimo para que se enquadre uma prática como ilegal por si só. É necessário provar que a prática não teria qualquer possibilidade de produção de eficiências ou benefícios, tendo como único objetivo a destruição da concorrência, de modo que seria desnecessário analisar os seus efeitos²⁴². Tal demonstração

²³⁷ FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 197.

²³⁸ *Chicago Board of Trade v. United States* 246 U.S. 238 (1918).

²³⁹ Vide o trecho original em inglês extraído de *Chicago Board of Trade v. United States* 246 U.S. 238 (1918): “Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates, and perhaps thereby promotes competition, or whether it is such as may suppress or even destroy competition”.

²⁴⁰ “The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates, and perhaps thereby promotes competition, or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question, the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied, its condition before and after the restraint was imposed, the nature of the restraint, and its effect, actual or probable”. *Chicago Board of Trade v. United States* 246 U.S. 238 (1918).

²⁴¹ “A ilicitude *per se* desobriga a autoridade antitruste de realizar análise mais profunda do ato praticado e do seu contexto econômico: a partir do momento em que uma conduta é tomada como ‘ilícita *per se*’ e considerada restritiva da concorrência, de forma não razoável, deverá ser repudiada” (FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*... p. 199).

²⁴² “The true test of legality is whether the restraint imposed is such as merely regulates, and perhaps thereby

seria possível apenas com relação a um número muito restrito de casos, que envolvessem clara conspiração para eliminação da concorrência, sem que haja qualquer indicação de eventuais objetivos legítimos pretendidos pelos agentes econômicos.

c. A correta interpretação do artigo 36, caput, da LDC

Por todo o exposto até o momento, pode-se resumir da seguinte forma o tratamento conferido pelo direito concorrencial brasileiro, comunitário europeu e norte-americano às condutas de alto potencial anticompetitivo:

Tabela 1 – Tratamento das condutas de alto potencial anticompetitivo

	Brasil (entendimento do Cade)	União Europeia	Estados Unidos
Classificação:	Infração por objeto.	Restrições por objeto.	Ilícitos <i>per se</i> .
Presunção de ilegalidade?	Sim.	Não (presunção quanto à produção de efeitos).	Sim.
Admite defesa da eficiência?	Não ²⁴³ .	Sim.	Não.
Critério de enquadramento:	Lista do artigo 36, §3º, da LDC.	Alto potencial restritivo inferido a partir das circunstâncias objetivas do caso.	Decisões recorrentes acerca do alto potencial danoso da prática.

Fonte: Elaboração própria

Percebe-se, a partir da comparação com os critérios adotados no Brasil, Estados Unidos e na União Europeia, que o Cade adotou a posição mais simplista e que mais reduz o ônus probatório da acusação.

promotes competition, or whether it is such as may suppress or even destroy competition. To determine that question, the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business to which the restraint is applied, its condition before and after the restraint was imposed, the nature of the restraint, and its effect, actual or probable". Chicago Board of Trade v. United States 246 U.S. 238 (1918).

²⁴³ Apenas o Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo se posicionou claramente a favor de uma presunção relativa de ilegalidade no caso de infrações por objeto. Vide item 74 do voto do Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo no processo administrativo nº 08012.007011/2006-97.

Embora muitas das decisões do Cade façam referência ao artigo 101(1) do TFUE, que inspirou a redação do artigo 36, *caput*, da LDC, há duas diferenças essenciais entre os dois dispositivos que não podem ser ignoradas: (i) enquanto o artigo 101(1) do TFUE é acompanhado pela previsão da defesa da eficiência no artigo 101(3), aplicável a todos os atos restritivos (por objeto ou efeito), a LDC previu a defesa da eficiência apenas em seu artigo 88, referente ao controle de estruturas, o que causa enorme confusão interpretativa e dificuldade hermenêutica quanto à possibilidade ou não de se alegar eficiências para compensar os danos de infrações por objeto; e (ii) o artigo 36, *caput*, da LDC dispõe que os atos que tenham por objeto ou possam produzir os efeitos listados em seus incisos serão considerados infrações econômicas “ainda que [os efeitos] não sejam alcançados”.

O final da redação do artigo 36, *caput*, da LDC é essencial para o entendimento do alcance do dispositivo e não encontra paralelo no artigo 101 do TFUE. Neste contexto, o artigo 101(1) do TFUE prevê a existência de restrições por objeto, quando os efeitos anticoncorrenciais são presumidos de forma absoluta, e restrições por efeitos, com relação às quais a autoridade concorrencial deve provar que os resultados danosos foram efetivamente produzidos. Deste modo, a diferença primordial entre restrições por objeto e por efeitos, no direito comunitário europeu, está relacionada ao ônus probatório da parte acusadora com relação à demonstração de geração dos efeitos restritivos sobre a concorrência.

Esta distinção não existe no direito brasileiro. De acordo com a redação do artigo 36, *caput*, da LDC, a mera potencialidade de produção dos efeitos é suficiente para que a acusação satisfaça o seu ônus probatório, tanto no caso de infrações por objeto, como no caso de infrações por efeitos. Portanto, é um erro tentar compreender a diferença conceitual entre infrações por objeto e infrações por efeitos no direito concorrencial brasileiro a partir do direito comunitário europeu sem ponderar as sutis (mas relevantes) diferenças entre o artigo 36, *caput*, da LDC e o artigo 101(1) da TFUE.

O que separa, no direito brasileiro, os conceitos de infrações por objeto e infrações por efeitos parece ser a distinção apontada pelo Conselheiro Luis Fernando Schuartz em seus votos, isto é, de gradação da probabilidade de geração de efeitos concorrenciais²⁴⁴.

Assim, a correta interpretação do artigo 36, *caput*, da LDC indica que as infrações por objeto são os atos que tenham por objeto produzir efeitos anticompetitivos (ainda que não sejam alcançados) e que, portanto, apresentam maior probabilidade de restringir a concorrência, visto que esse resultado seria decorrente da sua própria natureza. A probabilidade de restringir a

²⁴⁴ Item 25 do voto proferido pelo Conselheiro Schuartz no processo administrativo nº 08012.007042/2001-33.

concorrência deve ser afastada caso o agente ou grupo de agentes que praticou o ato não possua ou não tenha condições de obter (por meio do ato) poder de mercado, visto que o poder de mercado é condição necessária para o ilícito concorrencial.

Ainda que a infração por objeto seja cometida por agente ou grupo de agentes que detenha poder de mercado, deve-se admitir a defesa da eficiência para afastar a ilegalidade da conduta por meio da demonstração de que as eficiências geradas compensam os danos (efetivos ou potenciais).

No caso de infrações por efeitos, isto é, que possam produzir efeitos anticompetitivos, a redação do artigo 36, *caput*, da LDC não permite estabelecer a existência de alta probabilidade de restrição da concorrência. Caberia ao Cade, nessa hipótese, provar que a conduta poderia, com base nas circunstâncias específicas do caso e na existência de poder de mercado pelos agentes, gerar restrição à concorrência. Ainda que esse ônus probatório seja satisfeito, as partes teriam a possibilidade de utilizar a defesa da eficiência para demonstrar que os benefícios da sua prática compensam os danos (efetivos ou potenciais).

Como decorrência lógica do critério sugerido acima, pode-se afirmar que, tanto no caso de infrações por objeto, como no caso de infrações por efeitos, o Cade deve provar que os agentes envolvidos na conduta detinham, em seu conjunto (ou isoladamente, no caso de condutas unilaterais), poder de mercado.

A razão disso é que o agente (ou grupo de agentes) sem poder de mercado é incapaz de impor aumento de preços e condições de mercado, de forma não transitória e sem consideração à reação de concorrentes²⁴⁵. Na hipótese de um agente econômico (ou grupo de agentes) sem poder de mercado pretender alterar preços e condições, os seus rivais (já estabelecidos no mercado ou mesmo eventuais novos entrantes) tratarão de atender à demanda reprimida, de modo que a geração de efeitos danosos será objetivamente impossível.

Admitir que o Cade possa atribuir ilegalidade a determinado rol de condutas, sem que seja necessário analisar as circunstâncias específicas do caso ou provar a existência de poder de mercado pelos agentes acusados, além de ser contrário à própria redação do artigo 36, *caput*, da LDC, e ir na contramão da teoria econômica que dá sustentação à dogmática do direito da concorrência, conferiria poder excessivo à autarquia. A partir deste entendimento, o Cade teria poder de condicionar *ex ante* o comportamento de agentes econômicos ao criar uma verdadeira

²⁴⁵ O poder de sustentar um pequeno, porém significativo e não transitório aumento de preços é o que define o poder de mercado. Vide o teste do monopolista hipotético utilizado pelo Cade para definir mercado relevante (CADE. *Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 19/9/2018. p. 16).

“lista proibida” de atos que passariam a ser considerados ilegais *prima facie*, o que certamente não encontra sustentação na LDC.

2. IMPACTOS NA PERSECUÇÃO DE CONDUTAS UNILATERAIS E RECOMENDAÇÕES

Pode-se dizer que a teoria das infrações por objeto foi uma solução ruim para um problema que, de fato, existe: a autoridade concorrencial não tem como ser onipresente e precisa de critérios e filtros que guiem uma atuação que permita, ao mesmo tempo, a repressão e dissuasão de atos com maior potencial danoso e a maximização do bem-estar. Diz-se que a solução foi ruim pois a teoria das infrações por objeto, além de carecer de sustentação teórica, pode ter o efeito perverso de punir e dissuadir atos com efeitos econômicos líquidos positivos, o que geraria perda de bem-estar e destruição de riqueza.

A necessidade de uma política que aponte quais tipos de práticas a atuação repressiva do Cade deve priorizar é mais evidente com relação às condutas unilaterais. Com relação às práticas coletivas, pode-se dizer que há um consenso, tanto no campo econômico, como no campo jurídico, de que a direito concorrencial deve ser focado no combate aos cartéis. Há, também, razoável consenso referente à definição destas práticas e à forma de sua detecção, instrução e análise (por exemplo, com o uso de acordos de leniência, colaboração no âmbito de Termos de Compromisso de Cessação, utilização de procedimentos de busca e apreensão, cooperação internacional etc.).

Já se ofereceu, no capítulo anterior, uma sugestão sobre a correta interpretação do artigo 36, *caput*, da LDC. Neste capítulo, buscar-se-á oferecer critérios capazes de guiar o Cade a uma atuação mais eficiente na persecução de condutas unilaterais (isto é, uma atuação que maximize o bem-estar ao permitir, ao mesmo tempo, a repressão de atos com maior potencial danoso e a dissuasão de condutas anticoncorrenciais).

a. Algumas premissas para a elaboração de uma política adequada de persecução de condutas unilaterais

A teoria das infrações por objeto nos mostra o quão maleável pode ser a redação da lei

de defesa da concorrência. Esta maleabilidade do texto legal é proposital, visto que disposições rígidas tornar-se-iam rapidamente obsoletas em face do surgimento de novos tipos de práticas restritivas. Além disso, uma lei concorrencial de texto rígido e restrito possivelmente incorreria no grave erro de combater condutas por seu objeto e forma, ao invés de seus efeitos.

Em função da maleabilidade da LDC, pode-se afirmar, aderindo ao posicionamento de Paula Forgioni, que o direito da concorrência é um instrumento de políticas públicas²⁴⁶ (embora com algumas ressalvas ao entendimento da autora²⁴⁷). Portanto, a persecução de condutas unilaterais deve ser precedida pela formulação de critérios que guiem a atuação da autoridade concorrencial, de modo a garantir a minimização de erros (falsas condenações ou falsas absolvições) e permitir a maximização do bem-estar. Como já adiantado, entende-se que a teoria das infrações por objeto é inadequada para servir como guia da atuação do Cade, tendo em vista a sua excessiva simplicidade, a sua falta de suporte na redação do artigo 36, *caput*, da LDC, e o seu descolamento teórico com as teses econômicas e jurídicas mais aceitas na literatura da defesa da concorrência.

Como destacado por Evans e Padilla com relação à experiência norte-americana, a postura de tribunais e autoridades de defesa da concorrência frente a condutas unilaterais mudou significativamente ao longo do tempo, sendo possível identificar três momentos distintos: (i) período pré-Chicago; (ii) período de hegemonia da Escola de Chicago; e (iii) período pós-

²⁴⁶ FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste... p. 75 e seguintes.

²⁴⁷ A principal divergência, que não cabe desenvolver em maiores detalhes neste trabalho, refere-se ao entendimento de que “[n]o Brasil, por força da Constituição de 1988, a concorrência mostra-se instrumento, não um fim em si” (FORGIONI, Paula. Os fundamentos do antitruste... p. 83). A visão que se emprega neste trabalho é que, justamente por força da Constituição de 1988, que elenca a livre concorrência e a livre iniciativa como valores da Ordem Econômica, a concorrência deve ser vista como um fim em si. A defesa da concorrência é, neste contexto, política de Estado, não cabendo a qualquer governo relativizar, flexibilizar ou suprimir a defesa da concorrência em prol de quaisquer objetivos, por mais relevantes que sejam. Esta constatação não impede que se reconheça o papel do direito da concorrência como instrumento de políticas públicas voltadas à promoção da competição nos mercados. Assim, o direito concorrencial pode ser aplicado de forma mais ou menos rígida, mais ou menos ostensiva, ou com focos de atuação específicos, a depender dos objetivos traçados a cada momento pela autoridade de defesa da concorrência. Por exemplo, um amplo programa de concessões estatais pode ser acompanhado de um recrudescimento da política concorrencial com relação a combater a cartéis em licitações, de modo a garantir a lisura dos certames, em detrimento da persecução de outras práticas. Também pode haver maior foco da autoridade concorrencial em alguns mercados considerados mais problemáticos em determinado momento, ou com relação a determinadas práticas que estejam sendo detectadas de forma mais recorrente em certo período. Em suma, entende-se que o direito da concorrência pode ser encarado como um instrumento pois a autoridade de defesa da concorrência pode decidir, a cada momento, a melhor forma de perseguir a sua missão institucional, isto é, a proteção da concorrência nos mercados. Neste contexto, o direito concorrencial é utilizado como instrumento de políticas públicas (de Estado) voltadas à proteção e promoção da livre concorrência, implementadas por uma autarquia independente e autônoma, mas a concorrência permanece sendo, como deve ser, um fim em si, a ser defendida e preservada a todo momento, sem nunca ser relativizada ou eliminada por políticas estranhas à defesa da concorrência, sejam elas políticas industriais, políticas monetárias, políticas fiscais, políticas de geração de emprego, ou qualquer outra que se possa imaginar.

Chicago²⁴⁸. O período pré-Chicago teria sido marcado pela hostilidade de tribunais e órgãos de defesa da concorrência a condutas unilaterais, especialmente vendas casadas (*tying*), manutenção de preços de revenda e exclusividade²⁴⁹. Com o surgimento da Escola de Chicago, que buscou analisar as condutas unilaterais pelos seus efeitos econômicos, os tribunais passaram a adotar postura mais leniente com relação a estas práticas²⁵⁰. O período pós-Chicago, por sua vez, estaria relacionado ao surgimento de ideias que buscaram retomar as teorias de alavancagem (segundo o qual um monopolista poderia utilizar o seu poder em um mercado para dominar outro), tendo sido iniciado com o julgamento do caso *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*²⁵¹ pela Suprema Corte norte-americana²⁵².

Variações na política de defesa da concorrência em função de novas teorias econômicas ou revisões de ideias antigas, como aquelas ocorridas na experiência norte-americana, são comuns e esperadas. O mesmo acontece em qualquer outra área do direito e do conhecimento humano. Não obstante, é preciso estabelecer princípios gerais, genéricos, que possam servir de parâmetros para a formulação e revisão, de tempos em tempos, da política de persecução de condutas unilaterais a ser implementada pela autoridade concorrencial. Acredita-se que Evans e Padilla fornecem sugestões valiosas neste sentido.

Segundo os autores, a persecução de condutas unilaterais deve ser pautada em três premissas que seriam capazes de minimizar as chances de erros. As premissas seriam: (i) muitas das condutas unilaterais que geram preocupação concorrencial são amplamente utilizadas no mercado, o que significa que elas têm o potencial de gerar eficiências; (ii) agentes com poder para causar prejuízos a consumidores geralmente não têm o incentivo de fazê-lo, enquanto agentes que têm incentivos para causar prejuízos a consumidores geralmente não tem a capacidade (poder de mercado) de fazê-lo; e (iii) a repressão de condutas eficientes é provavelmente mais custosa que a permissão de práticas anticompetitivas²⁵³.

Com base nestas três premissas, os autores Evans e Padilla defendem que a persecução de condutas unilaterais deve ser regida por regras que endureçam o ônus probatório para demonstrar que uma prática por agente com poder de mercado gera efeitos anticoncorrenciais. Caso este ônus seja satisfeito, ainda seria necessário balancear os efeitos negativos com as

²⁴⁸ EVANS, David S.; PADILLA, A. Jorge. Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: a Neo-Chicago approach. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 72, p. 73-98, 2005. p. 76-80.

²⁴⁹ Ibidem. p. 76-77.

²⁵⁰ Ibidem. p. 77.

²⁵¹ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.* 504 US 451 (1992).

²⁵² EVANS, David S.; PADILLA, A. Jorge. Op. cit. p. 78.

²⁵³ Ibidem. p. 81.

eficiências geradas pela prática, de modo a verificar os seus efeitos líquidos²⁵⁴. Esta regra parece estar alinhada com a teoria econômica acerca dos efeitos de atos restritivos, além de encontrar guarida na redação do artigo 36, *caput*, da LDC.

A utilização de uma escala de presunções, conforme proposto pela teoria das infrações por objeto, em nada ajuda o aplicador da lei, pois fornece um falso conforto e uma incorreta percepção de economia processual, enquanto gera o risco de produzir falsas condenações. Como sustentado por Evans e Padilla, as falsas condenações (repressão de condutas eficientes) podem ser mais custosa que as falsas absolvições (permissão de condutas anticompetitivas). Assim, o direito da concorrência deve abandonar a teoria das infrações por objeto e aplicar a teoria do balanceamento de efeitos na persecução de condutas unilaterais.

As falhas da teoria das infrações por objeto podem não apenas dissuadir práticas comerciais eficientes (isto é, que produzem efeitos econômicos líquidos positivos), como também desencorajar parcerias e *joint ventures* que, na maior parte das vezes, envolvem fixação de preços e divisão de mercados entre concorrentes²⁵⁵. Muitas das condutas unilaterais que têm sido alvo do Cade ultimamente se originam em contratos empresariais, como a manutenção de preço de renda e relações de exclusividade. Portanto, cumpre abordar, no próximo capítulo, um segundo parâmetro da política de persecução de condutas unilaterais aqui proposta: a menor ênfase na repressão de restrições à concorrência contidas em contratos empresariais.

a. A questão das restrições à concorrência decorrentes de contratos empresariais

Como visto, em casos recentes, houve um recrudescimento da repressão do Cade com relação a restrições à concorrência resultantes de cláusulas inseridas em contratos empresariais. Além da repressão à fixação de preços de revenda, como verificado no Caso SKF, o Cade recentemente puniu agentes econômicos em razão de cláusula de raio²⁵⁶ e cláusula de

²⁵⁴ “Given our presumptions about efficiency, anticompetitive intent and effects, and error costs, the legal rule that minimizes the expected cost of false convictions and acquittals will necessarily involve significant evidentiary hurdles to establishing that a unilateral practice by a firm with market power is anticompetitive. In practice, such a rule can be implemented by using a series of screens suggested by the economic literature. [...] Even if all the necessary conditions for anticompetitive effects are met, we still have to balance these effects against possible procompetitive effects before concluding that the practice is anticompetitive overall. Indeed, it is important to consider efficiencies in the analysis. A proper inquiry into efficiencies can be time consuming and is accordingly best done only for those practices that pass the earlier screens” (Ibidem. p. 86-87).

²⁵⁵ “Many people seem to think that the formation of a partnership or joint venture somehow does not involve an agreement on prices and markets. Yet many partnerships rely upon just such agreements, and we recognize their economic utility” (BORK, Robert. Op. cit. p. 265).

²⁵⁶ Vide Cade, processo administrativo nº 08012.012740/2007-46, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior,

exclusividade²⁵⁷.

A hostilidade do Cade com relação a restrições contratuais à concorrência pode ser resultado da má compreensão sobre a motivação econômica destas práticas, o que possivelmente é um subproduto da teoria das infrações por objeto, já que ela dispensa qualquer análise de mercado ou de racionalidade econômica dos agentes. É preciso compreender que as restrições contratuais à concorrência podem não ter como objetivo principal a formação de poder de mercado, mas sim a redução de incertezas em contratos complexos e/ou de longo prazo, que são inerentemente incompletos e expõem os contratantes ao risco de comportamento oportunista pela sua contraparte.

A necessidade de se estabelecer restrições à concorrência em contratos empresariais está relacionada à decisão dos agentes econômicos sobre a governança de suas transações. Esta decisão foi objeto de estudo do economista Oliver Williamson, que analisou as estruturas de governança das transações empresariais e foi um dos precursores da chamada Nova Economia Institucional. Segundo esta corrente de pensamento, a transação é a unidade analítica fundamental, composta de conflito, mutualidade e ordem²⁵⁸.

Embora os agentes econômicos sejam racionais e busquem sempre maximizar seus lucros, esta racionalidade é limitada²⁵⁹ e os agentes são incapazes de antecipar todos os imprevistos e ajustes possíveis no momento da contratação²⁶⁰. A incerteza causada pela racionalidade limitada dos agentes e a necessidade de proteção contra o comportamento oportunista de parceiros comerciais geram a necessidade de celebração de contratos complexos, de longo prazo, que prevejam incentivos à cooperação.

Por este motivo, Williamson indica como premissas importantes no estudo das transações que: (i) oportunismo é um conceito central; (ii) oportunismo é especialmente

julgado em 31/08/ 2016.

²⁵⁷ Cade, processo administrativo nº 08012.007423/2006-27, Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 16/10/2018.

²⁵⁸ WILLIAMSON, Oliver E. Por que direito, economia e organizações? In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005. p. 28.

²⁵⁹ A ideia da racionalidade limitada foi inicialmente estudada por Herbert Simon, para quem o pressuposto da racionalidade econômica parte da premissa de que o homem econômico possui “a well-organized and stable system of preferences, and a skill in computation that enables him to calculate, for the alternative courses of action that are available to him, which of these will permit him to reach the highest attainable point on his preference scale” (SIMON, Herbert A. A behavioral model of rational choice. *The Quarterly Journal of Economics*, Cambridge, vol. 69, pp. 99-118, 1955. p. 99). A esse respeito, Williamson destaca que a racionalidade limitada refere-se “both to neurophysiological limits on the capacity to receive, store, retrieve, and process information without error and to definitional limits inherent in language” (WILLIAMSON, Oliver E. The economics of antitrust: transaction cost considerations. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, vol. 122, pp. 1439-1496, 1974. p. 1444).

²⁶⁰ WILLIAMSON, Oliver E. The economics of governance. *American Economic Review*, Nashville, vol. 95, p. 1-18, 2005. p. 8.

relevante em atividades que envolvam investimentos específicos; (iii) a disponibilidade e processamento de informações são questões relevantes; e (iv) o estudo dos custos de transação é pautado em comparação institucional²⁶¹.

A especificidade do ativo está relacionada aos investimentos realizados por uma das partes – ou por ambas as partes – em prol da sua relação comercial. Em outras palavras, os investimentos específicos são aqueles que só podem ser recuperados por meio da parceria²⁶².

Neste contexto, ainda que, em primeiro momento, um agente econômico disponha de vários possíveis contratantes para uma parceria comercial, a realização de investimentos específicos relevantes e os custos de transação envolvidos farão com que o agente selecione, pela reputação e com base em critério de minimização de custos iniciais, um grupo restrito de parceiros comerciais com os quais construirá uma relação de dependência. Esse fenômeno, denominado por Williamson de “transformação fundamental” (“*fundamental transformation*”), determina a transição da governança dos contratos de intercâmbio de curto prazo para contratos de colaboração, mais complexos e de maior prazo²⁶³.

Pode-se perceber, portanto, que, além da necessidade de conjugação de esforços para um fim comum, os contratos de colaboração têm como motivação subjacente a dependência recíproca – presente *ex ante* ou construída ao longo da relação comercial²⁶⁴ – baseada principalmente na existência de ativos específicos.

As teorias da Nova Economia Institucional indicam que concorrentes tenderão a celebrar contratos de longo prazo, em detrimento de contratos de curto prazo e de operações de integração societária, sempre que esta solução se mostrar mais eficiente do ponto de vista da economia dos custos de transação, levando em consideração as características e complexidade

²⁶¹ Idem. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, Chicago, vol. 22, pp. 233-261, 1979. p. 234.

²⁶² A teoria econômica identifica diversos tipos de ativos específicos. Os ativos físicos são aqueles que apresentam algum atributo físico relevante apenas para uma contraparte. A especificidade temporal ocorre nos casos em que uma parte depende da outra, pois o tempo que levaria para encontrar novo parceiro causaria perdas significativas. A especificidade locacional refere-se aos casos nos quais o custo de transporte/logística é relevante, sendo essencial que os parceiros comerciais sejam localizados próximos um do outro. A especificidade humana diz respeito a componente humano destacado, dedicado ou especialmente treinado para determinada transação. Por fim, há os casos de ativos dedicados, quando há investimento destinado a atender exclusivamente a demanda de uma contraparte específica. Cf. ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, P. F.; SZTAJN, Rachel. Economia dos Contratos. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005. p. 127.

²⁶³ WILLIAMSON, Oliver E. The economics of governance... p. 8.

²⁶⁴ “O estudo dos contratos colaborativos deve necessariamente considerar os motivos que levam à não adoção do comportamento oportunista. [...] O primeiro desses fatores liga-se à dependência recíproca derivada de investimentos específicos (idiossincráticos) e relevantes feitos por ambas as partes para a realização do contrato – e que não poderão ser alocados para outro negócio (sunk costs)” (FORGIONI, Paula A. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 178-179).

do seu negócio jurídico, especialmente com relação à necessidade de investimentos em ativos específicos, que só podem ser recuperados pela parceria comercial.

Com base nas ideias de Oliver Williamson e das teses da Nova Economia Institucional, é possível lançar um olhar diferente sobre as restrições à concorrência contidas em contratos empresariais. Por exemplo, a cláusula de raio em contratos de *shopping center* poderia ter como motivação não a formação de poder de mercado, mas sim a proteção do investimento feito pelo dono do empreendimento para torná-lo atrativo aos consumidores. Sem a cláusula de raio, lojistas oportunistas poderiam tentar desviar a clientela atraída pelo *shopping center* ao se estabelecer em local próximo. Da mesma forma, a exclusividade pode ter como objetivo evitar a carona de um contratante no investimento da outra, possibilitando o retorno do investimento realizado na parceria comercial. Portanto, as restrições à concorrência contidas em contratos empresariais podem ter motivações perfeitamente legítimas, voltadas à prevenção do oportunismo. Isto, por si só, justificaria uma postura mais leniente da autoridade concorrencial frente a restrições contratuais à concorrência. Não obstante, a constatação de que este tipo de prática pode ter motivações legítimas não é suficiente para se estabelecer parâmetros para uma política de persecução de condutas unilaterais. Ao analisar restrições à concorrência, o Cade se debruçará sobre os efeitos da prática, e não sobre a motivação das partes. Desse modo, é preciso estabelecer regras mais específicas e pragmáticas, o que se fará no próximo capítulo.

- b. Priorização da repressão de condutas unilaterais que tenham como objetivo a transferência de riqueza não gerada pelo agente infrator

Ao longo deste artigo, sugeriu-se que a teoria das infrações por objeto é incapaz de fornecer uma direção segura para uma política de persecução a condutas unilaterais que reduza as chances de falsas condenações e maximize o bem-estar. Viu-se, ainda, que a interpretação mais adequada do artigo 36, *caput*, da LDC é aquela defendida por Luis Fernando Schuartz em seu voto no processo administrativo nº 08012.007042/2001-33²⁶⁵, no qual o ex-Conselheiro defendeu que a redação do dispositivo buscou estabelecer um critério de gradação de rigidez da aplicação da lei pautado na possibilidade da produção de efeitos danosos por atos restritivos (sem, no entanto, qualquer escala de presunção de ilegalidade). Por fim, abordou-se o entendimento de Evans e Padilla, no sentido de que a persecução de condutas unilaterais pelo

²⁶⁵ CADE, processo administrativo nº 08012.007042/2001-33, Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 26/4/2006.

órgão concorrencial deve ser regida por regras que endureçam o ônus probatório para demonstrar que uma prática por agente com poder de mercado é de fato anticompetitiva e, caso este ônus seja satisfeito, o agente deve ter garantido o direito de demonstrar as eficiências de sua prática. Ademais, demonstrou-se, a partir dos ensinamentos da Nova Economia Institucional, que restrições à concorrência contidas em contratos empresariais geralmente têm motivações legítimas, especialmente a redução de incertezas e custos de transação. Este capítulo final será dedicado à tentativa de fornecer um filtro seguro à autoridade concorrencial, para que sua atuação possa ter foco em condutas unilaterais com maior potencial danoso.

Apesar de a tarefa aqui proposta não ser fácil e a literatura a respeito ser escassa, acredita-se que o melhor filtro disponível é aquele proposto Dennis W. Carlton e Ken Heyer. Em artigo que buscou delinear a política concorrencial mais apropriada com relação a condutas unilaterais, os autores forneceram quatro princípios que deveriam guiar a atuação do órgão de defesa da concorrência: (i) a precificação de monopólio (obtido por eficiência superior) é legítima, pois estimula eficiência dinâmica²⁶⁶; (ii) a extração de excedente de riqueza por meios distintos da precificação de monopólio é igualmente legítima, em função do estímulo à eficiência dinâmica²⁶⁷; (iii) nas situações em que ganhos de escala são relevantes, condutas que impeçam ganhos de escala por rivais podem prejudicar a concorrência (mas não necessariamente a prejudicam)²⁶⁸; e (iv) o lançamento de novos produtos e redução de custos de produção maximizam o bem-estar em quase todas as situações e, embora possam em tese reduzir o bem-estar em determinados casos, não devem ser objeto de repressão concorrencial²⁶⁹.

Alguns destes princípios são intuitivos para qualquer pessoa familiarizada com o direito da concorrência e já estão incorporados na lógica da LDC, como os princípios (i) e (iv) acima. Para os fins deste artigo, importa endereçar o princípio (ii) que, por sua elegância e praticidade, pode fornecer um guia seguro para o tratamento de condutas unilaterais pelo direito da concorrência.

O argumento que fundamenta o princípio proposto por Carlton e Heyer é de que determinadas condutas unilaterais praticadas por agentes com poder de mercado têm como objetivo permitir a apropriação do excedente do produtor de forma mais eficiente que a simples

²⁶⁶ CARLTON, Dennis W.; HEYER, Ken. *Appropriate Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1111665>>. Acesso em 13/02/2019. p. 2.

²⁶⁷ Ibidem. p. 5.

²⁶⁸ Ibidem. p. 14.

²⁶⁹ Ibidem. p. 18.

precificação de monopólio²⁷⁰. Segundo os autores, se a precificação monopolista não é ilegal²⁷¹, formas alternativas e mais criativas de precificação monopolística, como discriminação de preços, exclusividade, recusa de contratação e divisão de mercados, também não deveriam ser consideradas ilícitas²⁷².

À primeira vista, o argumento dos autores pode parecer alarmante para o leitor menos familiarizado com estratégias comerciais de precificação. No entanto, uma análise mais detida demonstra que o argumento de Carlton e Heyer é válido. O direito concorrencial não desconhece formas alternativas de extração de excedente de riqueza por agentes dominantes. Técnicas de segmentação de mercado e discriminação de preços são comuns em diversos setores e podem ser eficientes tanto para o ofertante, quanto para os consumidores. Tais condutas não têm como objeto restringir a concorrência, mas sim discriminar consumidores que possuem curvas de demanda e preferências distintas. Por exemplo, companhias aéreas cobram preços diferentes para assentos semelhantes no mesmo voo comercial, editoras segmentam seu público alvo por meio de edições especiais ou tiragens limitadas de livros e, em diversos mercados, observa-se formas variadas de discriminação baseadas na “*gourmetização*” de produtos e proliferação de marcas “*premium*”. Outros tipos de restrição à concorrência, como divisão de mercados e relações de exclusividade, também podem ser meios utilizados por agentes dominantes para abocanhar uma parte maior de seu excedente de riqueza.

Em oposição às condutas de extração de excedente de riqueza estariam as práticas de “*extensão*” de poder de mercado. As práticas de extensão apresentariam maior potencial de redução de bem-estar, visto que teriam como objeto o enfraquecimento da concorrência, por meio da imposição de custos a rivais e da criação de barreiras à entrada de novos agentes²⁷³. Ao contrário das práticas de extração, nas quais o agente busca apenas formas alternativas à precificação monopolista para se apropriar de excedente de riqueza que ele mesmo criou, as práticas de extensão seriam voltadas à criação de obstáculos ao processo concorrencial, resultando em transferência de riqueza que não é decorrente de eficiência superior (isto é, riqueza não gerada pelo agente infrator).

Importante notar que a diferença conceitual entre condutas de “*extração*” e de “*extensão*” é muito semelhante à diferença entre infrações por efeitos e infrações por objeto. As condutas de extração restringem a concorrência pelos seus efeitos, embora seu objeto seja a

²⁷⁰ Ibidem. p. 5-6.

²⁷¹ No Brasil, o estabelecimento de preços de monopólio por agentes com posição dominante também não é ilícito, caso o poder de mercado tenha sido obtido por eficiência superior. Vide artigo 36, §1º, da LDC.

²⁷² CARLTON, Dennis W.; HEYER, Ken. Op. cit. p. 5.

²⁷³ Ibidem. p. 13-14.

apropriação de excedente de riqueza gerada pelo próprio agente. As condutas de extensão, por outro lado, têm o objetivo direto de restringir a concorrência. Não obstante, os conceitos de extração e extensão propostos por Carlton e Heyer fornecem uma visão mais clara e detalhada acerca de quais tipos de conduta se enquadram em uma ou outra categoria. Por isso, são mais adequados para servir como guia para uma política de persecução a condutas unilaterais que maximize o bem-estar.

Em síntese, adotando-se a sugestão de Carlton e Heyer, o direito da concorrência deve priorizar a persecução de condutas unilaterais que tenham como objetivo permitir a transferência de riqueza não gerada pelo agente. Práticas como o *sham litigation*, abuso de propriedade intelectual, boicote, sabotagem ou emboscada contra agentes rivais²⁷⁴, *lobby* com efeitos anticompetitivos, dentre outras, seriam exemplos de condutas de extensão, pois visam a permitir a transferência de riqueza não gerada pelo agente infrator. Assim, estas práticas devem receber maior atenção da atuação repressiva do Cade. Por outro lado, condutas relacionadas a relações de exclusividade, discriminação de preços (incluindo programa de descontos), obrigações de não concorrência, vendas casadas, dentre outras, podem ser apenas instrumentos utilizados pelo agente com poder de mercado para se proteger do oportunismo de parceiros comerciais ou se apropriar de forma mais eficiente do excedente de riqueza criado pelo próprio agente, em função de sua superior eficiência. Estas práticas, portanto, merecem tratamento mais leniente da autoridade concorrencial.

É importante esclarecer que a sugestão formulada acima não significa dizer que condutas de “extração” sejam tratadas como lícitas *per se*. O Cade pode e deve analisar os efeitos destas práticas, sempre que provocado por terceiros ou por iniciativa da Superintendência-Geral. No entanto, o que se propõe é que o filtro para que a análise destes casos prossiga até os seus estágios mais avançados seja mais rigoroso, devendo a acusação demonstrar: (i) que a prática não teve como objetivo a apropriação de excedente de riqueza gerado pelo agente, mas sim permitir a transferência de riqueza não gerada pelo agente supostamente infrator; e, conseqüentemente, (ii) que a prática causou danos à concorrência e aos consumidores e redução de bem-estar.

Caso a acusação satisfaça este ônus probatório, caberá ao agente acusado demonstrar que sua prática gerou eficiências capazes de compensar os seus danos, de modo a evitar a condenação pelo Cade.

²⁷⁴ Como, por exemplo, a distribuição, impedimento ou açambarcamento de insumos, emboscadas de patente, criação de dificuldades a concorrentes e impedimento de acesso a insumos, matérias primas ou canais de distribuição (vide artigo 36, §3º, II, IV, XIII e XIV, da LDC).

CONCLUSÃO

Este artigo buscou analisar a teoria das infrações por objeto, conforme atualmente aplicada pelo Cade, assim como analisar os seus impactos na persecução de condutas unilaterais e fornecer recomendações para o aprimoramento da política de defesa da concorrência com relação a estas condutas.

Após análise da teoria econômica acerca dos efeitos gerados por atos restritivos, das decisões do Cade nas quais a teoria das infrações por objeto foi aplicada e da experiência do direito comparado (Estados Unidos da América e União Europeia), chegou-se à conclusão de que a teoria das infrações por objeto carece de sustentação teórica, denota certo populismo punitivista, peca pelo excessivo simplismo e, por isso, pode levar a falsas condenações e à repressão de práticas comerciais eficientes.

Com base no estudo de Evans e Padilla, constatou-se que as condutas unilaterais utilizadas de forma ampla e recorrente nos mercados provavelmente são eficientes e uma política concorrencial deve reduzir ao máximo as falsas condenações, ainda que isso exija postura mais flexível que possa resultar em falsas absolvições (partindo-se do pressuposto que falsas condenações são mais custosas que falsas absolvições). Em seguida, a partir dos estudos da Nova Economia Institucional, verificou-se que restrições à concorrência contidas em contratos empresariais podem ter como motivação a proteção contra o oportunismo de parceiros comerciais.

Por fim, seguindo as teses de Carlton e Heyer, recomendou-se que a persecução de condutas unilaterais confira tratamento mais rígido a práticas que busquem transferir riqueza não gerada pelo agente supostamente infrator e tratamento mais leniente a práticas por meio das quais o agente busque se apropriar de forma mais eficiente do excedente de riqueza que ele mesmo criou.

REFERÊNCIAS

Livros, artigos e manuais:

AMERICAN BAR ASSOCIATION. *Joint Ventures: antitrust analysis of collaborations among competitors*. 2. ed. Chicago, Illinois, 2014.

BORK, Robert H. *The antitrust paradox: a policy at war with itself*. 2. ed. New York: The Free Press, 1993.

CADE. *Guia de Análise de Atos de Concentração Horizontal*. Disponível em <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 19/9/2018.

CARLTON, Dennis W.; HEYER, Ken. *Appropriate Antitrust Policy Towards Single-Firm Conduct*. Disponível em <<http://ssrn.com/abstract=1111665>>. Acesso em 13/02/2019.

CORDOVIL, Leonor; CARVALHO, Vinícius Marques de et. al. *Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

EVANS, David S.; PADILLA, A. Jorge. Designing antitrust rules for assessing unilateral practices: a Neo-Chicago approach. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, vol. 72, p. 73-98, 2005.

FORGIONI, Paula A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

_____. *Teoria geral dos contratos empresariais*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*. 3. ed. St. Paul: West Publishing Co., 2005.

MELLO, Maria Tereza; POSSAS, Mario Luiz. Direito e economia na análise de condutas anticompetitivas. In: POSSAS, Mario Luiz (Org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2002.

NUNES, A. J. Avelãs. *Economia Política: a produção - mercados e preços*. Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra: Coimbra, 2007.

POSNER, Richard. *Antitrust law*. 2. ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001.

SCHUARTZ, Luis Fernando. O direito da concorrência e seus fundamentos. In: POSSAS, Mario Luiz (Org.). *Ensaio sobre economia e direito da concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2002.

SHAPIRO, Carl. *Antitrust in a time of populism*. Disponível em <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3058345>. Acesso em 13/02/2019.

SULLIVAN, Lawrence A.; GRIMES, Warren S. *The Law of Antitrust: an integrated handbook*.

St. Paul: West Publishing Co., 2006.

TAUFICK, Roberto Domingos. *Nova Lei Antitruste Brasileira: a Lei 12.529/2011 comentada e a análise prévia no direito da concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WHISH, Richard; BAILEY, David. *Competition law*. 7. ed. Oxford: Oxford University Press, 2012.

WILLIAMSON, Oliver E. Economies as an antitrust defense: The Welfare Tradeoffs. *The American Economic Review*, Pittsburgh, Vol. 58, pp. 18-36, 1966.

_____. Por que direito, economia e organizações? In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005.

_____. The economics of antitrust: transaction cost considerations. *University of Pennsylvania Law Review*, Philadelphia, vol. 122, pp. 1439-1496, 1974.

_____. The economics of governance. *American Economic Review*, Nashville, vol. 95, p. 1-18, 2005.

_____. Transaction-cost economics: the governance of contractual relations. *Journal of Law and Economics*, Chicago, vol. 22, pp. 233-261, 1979.

ZYLBERSZTAJN, Decio; AZEVEDO, P. F.; SZTAJN, Rachel. Economia dos Contratos. In: Decio Zylbersztajn; Rachel Sztajn. (Org.). *Direito & Economia*. Rio de Janeiro: Editora Campus Elsevier, 2005.

Decisões:

Cade, processo administrativo nº 08012.001271/2001-44, Conselheiro Relator Vinicius Marques de Carvalho, julgado em 30/1/2013.

Cade, processo administrativo nº 08012.007042/2001-33, Relator Conselheiro Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 26/4/2006.

Cade, processo administrativo nº 08012.006923/2002-18, Relator Conselheiro Ricardo Machado Ruiz, julgado em 20/2/2013.

Cade, processo administrativo nº 08012.012740/2007-46, Relator Conselheiro Márcio de Oliveira Júnior, julgado em 31/08/ 2016.

Cade, processo administrativo nº 08012.002874/2004-14, Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, julgado em 1/2/2017.

Cade, processo administrativo nº 08012.009566/2010-50, Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, julgado em 5/4/2017.

Cade, processo administrativo nº 08012.007011/2006-97, Relator Conselheiro Alexandre Cordeiro Macedo, 25/4/2017.

Cade, processo administrativo nº 08012.005882/2008-38, Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 23/5/2018.

Cade, processo administrativo nº 08012.007423/2006-27, Relator Conselheiro João Paulo de Resende, julgado em 16/10/2018.

Chicago Board of Trade v. United States 246 U.S. 238 (1918).

Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc. 504 US 451 (1992).

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

United States v. Trans-Missouri Freight Association, 166 U.S. 290 (1897).

United States v. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505 (1898).

TJUE, Processo C-209/07, Competition Authority contra Beef Industry Development Society Ltd e Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd., julgado em 20/11/2008

TJUE, Processo 56-65, Société Technique Minière (L.T.M.) v Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.), julgado em 30/6/1966.

TJUE, Processos apensos C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P e C-519/06 P, GlaxoSmithKline Services Unlimited contra Comissão das Comunidades Europeias, julgado em 6/10/2009

TJUE, Processo C-8/08, T-Mobile Netherlands BV e o. contra Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, julgado em 4/6/2009.