

## **FINALIDADES DA POLÍTICA CONCORRENCIAL E PROMOÇÃO DA RIVALIDADE EM PAÍSES EM DESENVOLVIMENTO: ARGUMENTOS EM PROL DE UM FOCO RENOVADO NO COMBATE A ABUSOS DE POSIÇÃO DOMINANTE.**

*Bruno Braz de Castro*<sup>1</sup>

### **1. Introdução**

Iniciativas recentes de harmonização (ou convergência) internacional das políticas de defesa da concorrência, cada vez mais processadas por mecanismos de *soft law*, têm grande variação em formato e impacto (CASTRO, 2017b), destacando-se dois eixos. O primeiro eixo busca a normalização de um consenso técnico acerca das *finalidades* da política concorrencial: parte das contribuições neste eixo postula que a teoria antitruste deve restringir-se ao quadro conceitual da teoria neoclássica do bem-estar, apurando-se a deseabilidade de práticas econômicas em função de seu potencial de redução do bem-estar do consumidor (definido em função da eficiência alocativa em determinado mercado relevante) (GERBER, 2014, p. 7).

O segundo eixo orienta-se à ordenação das *prioridades* das autoridades antitruste ao redor do mundo: o combate a cartéis assume função central na política de aplicação da lei (ou “*enforcement*”), com consequente marginalização do combate a abusos de posição dominante. Essa ordenação é feita com recurso a argumentos como: improbabilidade de danos causados por abusos de posição dominante; risco de condenações errôneas; inexperiência e inaptidão técnica das autoridades concorrenciais de países em desenvolvimento para apreensão da complexidade de práticas unilaterais; impacto midiático do combate a cartéis, dentre outros.

---

<sup>1</sup> Bruno Braz de Castro. Doutor (2017) e Mestre (2012) em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Professor, advogado e consultor, especializado em direito concorrencial.

O presente artigo tem como objetivo reunir argumentos contrapostos aos dois eixos acima mencionados: analisa-se a teoria de que características específicas aos países em desenvolvimento podem reclamar entendimentos distintos quanto à *finalidade* da política de defesa da concorrência nessas jurisdições, o que, conseqüentemente, pode impactar a ordenação de *prioridades* da política de aplicação da legislação concorrencial.

Após esta breve introdução, o item seguinte detalha características dos países em desenvolvimento que reclamam atenção antitruste diferenciada. Destaca-se o entrincheiramento de posições dominantes, promovido por grande concentração econômica de ativos produtivos, *rent seeking*, elevadas barreiras à entrada, dentre outros elementos que conformam uma realidade econômica de baixa mobilidade e desigualdade de oportunidades de acesso ao mercado.

Em seguida, o artigo detalha como parte da teoria antitruste vem, recentemente, reconhecendo a necessidade de que a política de defesa da concorrência incorpore preocupações desenvolvimentistas, em atenção às especificidades das realidades econômicas locais.

O próximo item, então, apresenta as propostas teóricas de que o direito da concorrência em países em desenvolvimento foque na promoção da rivalidade, com vistas à ampliação da mobilidade e das oportunidades de acesso aos mercados.

A promoção da rivalidade, argumenta o item seguinte, é melhor processada por um direito da concorrência cuja finalidade não se restrinja à maximização do bem-estar do consumidor, mas que incorpore maior preocupação com a estrutura da concorrência efetiva, mesmo quando não identificado dano direto ao consumidor em curto prazo. Tal conformação não se traduz na proteção de rivais ineficientes por si só, mas na garantia de uma estrutura competitiva em que a concorrência se processe pelo mérito.

O artigo, em seguida, analisa como a ordem econômico-constitucional brasileira não restringiu a defesa da concorrência à estrita proteção da eficiência alocativa, formatando a toda a política econômica à promoção da justiça social, ideal certamente compatível com um direito antitruste comprometido com a promoção da rivalidade.

O último item analisa os reflexos de tal entendimento na ordenação das prioridades da política de aplicação da legislação concorrencial: o combate a práticas exclusionárias assume posição de grande importância, não devendo o controle repressivo restringir-se ao combate a cartéis. Ao final, algumas conclusões são delineadas.

## 2. Características dos países em desenvolvimento e política de defesa da concorrência

O modelo da eficiência econômica proposto pela Escola de Chicago é sustentado em uma série de presunções sobre o funcionamento dos mercados e a função do Estado diante de tais condições (CASTRO, 2017c). Um primeiro obstáculo ao universalismo dessas presunções é a constatação de que, em países em desenvolvimento, algumas circunstâncias da realidade econômica reclamam um diferente formato de política pública.

A alcunha “países em desenvolvimento”, deve-se reconhecer, agrupa um grupo bastante heterogêneo de países<sup>2</sup>. Desenhar uma política de defesa da concorrência para todo e qualquer país em desenvolvimento, portanto, apresenta o mesmo risco de “universalismo” ora discutido: embora seja essencial analisar características comuns, é sempre necessário ter em vista o contexto específico de cada país ao analisar a pertinência de determinadas propostas (INDIG; GAL, 2015, p. 54).

As características dos países em desenvolvimento que mais importam para a formatação da política de defesa da concorrência, ademais, não são aquelas geralmente capturadas pelas definições tradicionais, que são construídas para outros propósitos (INDIG; GAL, 2015, p. 59). A seguir, serão mencionadas aquelas mais pertinentes para o caso brasileiro.

---

<sup>2</sup> Para a classificação de renda do Banco Mundial, os países dividem-se entre países de renda alta, renda média superior, renda média inferior e renda baixa. O Brasil posiciona-se, em 2015, no grupo de “renda média superior”. Esse grupo integra o grupo equivalente aos países em desenvolvimento (NIELSEN, 2013, p. 11). O Índice de Desenvolvimento Humano divide os países entre “Países com Desenvolvimento Humano Muito Alto”, “Países com Alto Desenvolvimento Humano”, “Países com Desenvolvimento Humano Médio”, e “Países com Baixo Desenvolvimento Humano”, sendo que a alcunha “Países em Desenvolvimento” representa os países com desenvolvimento humano médio a alto (NIELSEN, 2013, p. 19). A edição de 2015 do *Human Development Report*, que incorpora outros índices – IDH descontado da desigualdade, igualdade de gênero, desenvolvimento de gênero, e pobreza multidimensional – qualifica o Brasil como país em desenvolvimento (entre os Países com Alto Desenvolvimento Humano), na 75ª colocação, (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2015, p. 273). O documento “World Economic Situation Prospects”, de 2016, também posiciona o Brasil como país em desenvolvimento (UNITED NATIONS, 2016, p. 02). O Fundo Monetário Internacional divide os países entre “Economias Avançadas” e “Mercados Emergentes e Economias em Desenvolvimento”, sendo que o Brasil integra esse segundo grupo (INTERNATIONAL MONETARY FUND, 2014, p. 2).

No Brasil, como em toda a América Latina, identifica-se frustração com os resultados do Consenso de Washington para o desenvolvimento econômico (PEÑA, 2006, p. 743). A história econômica do país, desde a colonização, tem sido marcada pela consolidação de estruturas de poder econômico monopolístico e distribuição desigual de renda (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 03). Essas estruturas são perpetuadas ao se traduzirem em considerável poder político, além de contar com estruturas sociais e culturais de sua reprodução. De modo mais importante, o poder monopolístico é de tal forma enraizado que o bem-estar econômico do país passa a ser refém de sua perpetuação: as principais determinantes do crescimento econômico, nesse contexto, são a continuada redistribuição, em direção a esses conglomerados, da renda de consumidores, de trabalhadores e de possíveis investimentos em outros setores econômicos (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 04). Isso quer dizer que mesmo períodos de intenso crescimento econômico não necessariamente repercutem de modo positivo no desenvolvimento humano nessas nações, especialmente quando a estratégia de crescimento é fundada no reforço e expansão das estruturas econômicas monopolísticas de que deriva a desigualdade<sup>3</sup>: em outras palavras, quando a reprodução do subdesenvolvimento é a determinante do crescimento econômico (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 06).

Uma das principais justificativas para a liberalização das economias de países em desenvolvimento foi combater a concentração de poder econômico sustentada pelo Estado intervencionista do modelo de substituição de importações. Esse modelo, apontava-se, gerava ineficiência econômica em razão da proteção, face à competição internacional, de estruturas de mercado domésticas concentradas, com reduzidos incentivos à inovação e aumentos de

---

<sup>3</sup> Salomão Filho enuncia o paradoxo aparente entre “reprodução do subdesenvolvimento (com deterioração absoluta ou pelo menos relativa dos principais indicadores sociais e de renda) mesmo em países que tem tido importantes taxas de crescimento. A hipótese aqui apresentada por ajudar a aplicar esse paradoxo aparente. Se a hipótese para a concentração de poder econômico como um gerador de distribuição inversa de renda para o consumidor, trabalho, e mercados inter-industriais, é admitida, é possível entender a razão para crescimento econômico com deterioração de indicadores sociais. Isso acontece precisamente por causa da distribuição inversa de renda, em outras palavras, se devendo ao fato de que os ganhos de produtividade resultam de uma perda em salários reais ou, mais recentemente, um aumento no processo excludente criado pelo desemprego. O resultado final é a existência de economias constantemente subdesenvolvidas, em que quanto mais estruturas de poder econômico crescem, mais pobreza e desigualdades sociais são produzidas” (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 5, tradução livre).

produtividade, além da ineficiência de empresas estatais sujeitas a ingerência política (AMANN; BAER, 2006, p. 270).

As críticas aos resultados desse processo apontam para o fato de que a liberalização não alterou, contudo, o quadro de dominação econômica por determinadas elites econômicas com profundas conexões políticas: o Consenso de Washington, baseado na fé na autocorreção do mercado após retiradas os entraves estatais, “falhou porque presumiu que os mercados eram fortes e iriam derrotar (capturar e punir) atores privados que tentassem explorar compradores e vendedores e excluir rivais meritórios mas desempoderados”<sup>4</sup> (FOX, 2012, p. 6, tradução livre), o que não ocorreu na prática. A privatização teria constituído, em grande medida, uma mera alteração do regime jurídico de um processo de dominação econômica persistente na história desses países. Isso ocorre, por exemplo, quando o controle de um elemento-chave da infraestrutura econômica nacional é, integralmente, transferido a um único agente econômico privado. Brusick e Evenett (2008, p. 276) analisam que essa estratégia é adotada para maximizar os ganhos estatais com o processo de privatização, tendo o efeito de meramente transformar um monopólio estatal em um monopólio privado.

Por meio desse tipo de processo, o “entrincheiramento” de posições dominantes – processo entendido como “o contínuo controle de uma parcela de recursos contestados vastamente desproporcional por um grupo fixo de atores”<sup>5</sup> (CHU, 2013, p. 4, tradução livre). Tal entrincheiramento, obtido por meio de décadas de vigência de políticas econômicas descomprometidas com a defesa da concorrência – alheia, portanto, a fusões, práticas exclusionárias, *rent seeking* e outras medidas em prol do controle de cadeias integrais de produção – tende a se manter por razões muito diferentes da inovação e eficiência superior. O impedimento à mobilidade social agrava a desigualdade social e, conseqüentemente, o desenvolvimento econômico.

Salomão Filho (2011) analisa que o processo de liberalização econômica não só manteve intactas as estruturas monopolísticas de poder econômico que caracterizaram a histórica econômica de países como o Brasil, como contribuiu para sua *expansão* a novos setores de monopólio, como os serviços públicos (anteriormente estatais). Além de preços supracompetitivos,

---

<sup>4</sup> No original: “It failed because it presumed that markets were strong and would overpower (catch and punish) private actors that tried to exploit buyers and sellers and exclude meritorious but powerless rivals”.

<sup>5</sup> No original: “the continuous control of a vastly disproportionate share of contested resources by a fixed group of actors”.

essa estrutura econômica acarreta, analisa o autor, consequências que vão além de um mercado relevante determinado: vulneração do poder de barganha dos trabalhadores e elevação do desemprego, agravamento da desigualdade econômica, exploração predatória dos recursos naturais, enfraquecimento da rede de proteção social oferecida pelos serviços públicos, concentração do controle da tecnologia e drenagem, pelos monopólios, dos recursos que, de outra maneira, estariam disponíveis para investimento em novas empreitadas (SALOMÃO FILHO, 2011, p. 15).

Amann e Baer (2006), em uma análise da economia brasileira nos primeiros 15 anos desde as reformas neoliberais da década de 1990, constata o “paradoxo” de que a concentração industrial teria aumentado sensivelmente nesse período. Interpretar essa constatação é algo complexo. Embora esse movimento tenha sido, por outro lado, acompanhado de aumento de competitividade em determinados setores, através da modernização tecnológica – mesmo que em nível inferior a outros países em situação semelhante, como os do Leste Asiático – a concentração industrial aumentou a desigualdade nesses setores (medida pelo aumento da participação dos lucros em relação aos salários), em resultado dessa modernização tecnológica. Os autores também observam que a política de defesa da concorrência, nesse período, não interviu significativamente no processo de concentração econômica, o que pode ter ocorrido em razão da verificação de que os mercados, embora concentrados, permaneciam contestáveis, ou em razão da ideia da criação de “campeões nacionais” para aumentar a competitividade internacional de empresas nacionais (AMANN; BAER, 2006, p. 282). Nos setores de serviço público privatizados, os autores constata um aumento no número de fusões e aquisições, de modo geral, alertando para a necessidade de uma regulação efetiva para contrabalançar os efeitos de tal concentração (AMANN; BAER, 2006, p. 283). Em outras palavras, embora a liberalização possa ter contribuído para o aumento da eficiência produtiva nacional, ela não significou uma desconcentração do poder econômico, ou teve impactos significativos na redução da desigualdade.

Características como mercados altamente concentrados, elevadas barreiras à entrada, rivalidade limitada e alta concentração na propriedade de ativos produtivos, em um país em desenvolvimento, tendem a se reforçar mutuamente, no que Dutz e Khemani (2007) denominam “tirania dos grupos de interesse”: o poder econômico traduz-se em influência política, e rendas de monopólio são utilizadas para obtenção de favoritismo no governo (*rent-seeking*) em prol do entrincheiramento de posições dominantes, processo que é agravado quando não há grupos de interesse econômico contrapostos (o que

é mais comum quanto mais concentrada for a propriedade de ativos produtivos) ou instituições democráticas saudáveis e opinião pública independente dos grupos econômicos dominantes (DUTZ; KHEMANI, 2007, p. 11). Em relação ao caso latino-americano, o mesmo diagnóstico é repetido por Petrecolla *et al.* (2015):

[Países Latino-Americanos] carecem de uma história de políticas de proteção ao consumidor e desenvolvimento de uma cultura de concorrência, mas exibem precedentes de forte política industrial e a proteção de campeões nacionais, juntamente com uma baixa performance de instituições públicas. Nesse contexto, comportamento de *rent-seeking* em curto prazo foi impulsionado, dado que as vantagens competitivas e rendas econômicas podiam ser obtidas de decisões relativamente discricionárias, enquanto a concorrência equitativa não é sempre um resultado previsível. Esse tipo de comportamento pode ter levado a estratégias de crescimento com menos cuidado para objetivos de política de concorrência, mas com um resultado de baixa produtividade (TFP) em relação ao resto do mundo.<sup>6</sup> (PETRECOLLA *et al.*, 2015, p. 111, tradução livre).

Uma outra peculiaridade importante, e em conexão com as anteriores, é a pervasividade de barreiras à entrada. Uma organização industrial inflexível e ineficiente, como a do ciclo acima descrito, também se traduz em dificuldades de acesso a capital por novos entrantes, já que os prospectos de viabilidade de contestação das posições dominantes entrincheiradas são bastante limitados e, portanto, pouco atraentes para credores de empréstimos (DUTZ; KHEMANI, 2007, p. 12). Essa indisponibilidade de financiamento torna a ameaça de entrada pouco crível, o que – aliado a uma participação restrita das importações nos mercados

---

<sup>6</sup> No original: “LACs lack a history of consumer protection policies and competition culture development, but they show precedents of strong industrial policies and the protection of national champions, along with a weak performance of public institutions. In that context, short-term rent-seeking behavior has been fostered, given that competitive advantages and economic rents could be acquired from relatively discretionary decisions, while fair competition is not always a predictable outcome. This kind of behavior could have led to growth strategies with less care for competition policy goals, but with an outcome of low productivity (TFP) relative to the rest of the world”.

nacionais, economias de escala, efeitos de rede, questões de infraestrutura e logística – faz com que a rivalidade seja ainda mais enfraquecida, o que torna menos provável que o mercado seja capaz de se autocorrigir e erodir posições dominantes entrincheiradas (TAPIA, 2012, p. 142; TAPIA; ROBERTS, 2015, p. 357). Outro ponto é a constatação de que os custos de abertura de empresa – incluindo aqui tarifas, etapas procedimentais e tempo necessário para obtenção de licença – são consideravelmente maiores nos países em desenvolvimento (EVENETT, 2015, p. 26), o que pode afetar presunções sobre a “tempestividade” da entrada.

A desigualdade econômica reforçada por uma organização econômica como a descrita é um importante obstáculo ao desenvolvimento econômico sustentado<sup>7</sup> (STIGLITZ, 2013; TAPIA, 2012, p. 142).

Por todas essas razões, a prevalência de estruturas monopolísticas passa a ser vista como um problema central. Critica-se o fato de que as políticas de defesa da concorrência latino-americanas, implementadas no contexto da liberalização dos mercados, não foram conectadas a uma estratégia de desenvolvimento econômico local e regional (MOGUILLANSKY; VERÓNICA, 2004, p. 5). Enquanto, no resto do mundo, haja uma relação positiva entre a efetividade de uma política de defesa da concorrência e o crescimento econômico, isso não tem sido verdade para o caso latino-americano (PETRECOLLA *et al.*, 2015, p. 110).

É possível questionar, a partir desse quadro, se é adequada uma política pública de defesa da concorrência formatada para excluir, de plano, preocupações desenvolvimentistas, distributivas e outras.

### **3. Concorrência e desenvolvimento.**

Durante décadas, tem-se observado um “diálogo de surdos”, segundo Evenett (2015, p. 18), entre aqueles que defendem que a eficiência econômica é a única finalidade do antitruste, de um lado, e aqueles que defendem que o direito da concorrência deve incorporar preocupações com as necessidades locais de desenvolvimento econômico, de outro.

---

<sup>7</sup> No mesmo sentido, Budzinski e Beigi: “em economias em que a concorrência não é bem estabelecida e representa a exceção ao invés da regra, posições de poder de mercado privado são meios de distribuição de renda: em direção aos privilegiados e em detrimento de outros” (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 229, tradução livre).

O direito da concorrência de inspiração na eficiência neoclássica tem um foco estático na alocação eficiente de recursos em um mercado determinado, desconsiderando preocupações macroeconômicas ou com a distribuição de recursos<sup>8</sup> (BUCH-HANSEN; WIGGER, 2011, p. 107).

De modo geral, o desenvolvimento econômico não constituiu um objeto de preocupação central para economistas neoclássicos (NIELSEN, 2013, p. 05), e a contribuição de economistas que se dedicaram ao tema, como Schumpeter, teve limitada influência no desenvolvimento da teoria neoclássica do preço (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 783).

Foi em decorrência da descolonização, após a Segunda Guerra Mundial, que o tema do desenvolvimento econômico emergiu como uma subdisciplina da Economia (NIELSEN, 2013, p. 05). A partir de então, a teoria do desenvolvimento econômico, segundo Lianos, Mateus e Raslan (2013), teria atravessado três fases: a primeira, nas décadas de 1950 e 1960, partia de uma postura intervencionista – inspirando, por exemplo, políticas de substituição de importações na América Latina – distante dos pressupostos da teoria neoclássica do preço; a segunda, nas décadas de 1970 e 1980, foi marcada por controvérsias que levaram à adoção do paradigma do livre mercado; a terceira, iniciada na década de 1990, tende a refrear o fundamentalismo de mercado em prol de uma abordagem institucionalista (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 833).

As políticas econômicas inspiradas na teoria do desenvolvimento econômico da primeira fase, haja vista previrem papel central à atuação estatal na economia, eram incompatíveis com um direito concorrencial baseado na teoria do preço neoclássica, analisam os autores<sup>9</sup>. Essa afirmação é compatível

---

<sup>8</sup> “Crescimento econômico como um objetivo de política pública foi ignorado por várias décadas, de por volta da década de 1870 até a de 1930. A preocupação dos economistas neoclássicos era como a escolha do consumidor poderia ser maximizada (eficiência alocativa) ou custos produtivos minimizados (eficiência produtiva). No seu modelo padrão, interações entre produtores e consumidores são mediadas pelo sistema de preços, assim levando a um singular equilíbrio Pareto-eficiente. [...] História e instituições não importavam e não poderiam influenciar a escolha do equilíbrio, e foram então excluídos da análise. A possibilidade de que pode haver *múltiplos* equilíbrios, inferiores ou superiores, em um dado ponto no tempo, que poderia ser escolhido por causa de razões históricas, culturais ou institucionais ou a distribuição da riqueza, não foi seriamente contemplada” (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 783, tradução livre).

<sup>9</sup> “Com o governo guiando o caminho do desenvolvimento, as macro-estratégias padrão o período pós-Segunda Guerra Mundial incluíam o planejamento estatal e a propriedade estatal de indústrias principais e estruturas bancárias, regras de proteção

com o diagnóstico dos autores brasileiros de que a legislação concorrencial brasileira, implementada desde a década de 1960, teve sua efetividade obstada pelo padrão de política econômica vigente à época, influenciado por essa teoria de desenvolvimento econômico e, portanto, marcado pela intensa presença do Estado através da participação direta e controle de preços (CONSIDERA; CORRÊA, 2002).

A segunda fase marcou a hegemonia da Escola de Chicago, passando a teoria do desenvolvimento a organizar-se em torno da mínima intervenção estatal, com foco nas políticas de equilíbrio macroeconômico e liberalização que deram base ao Consenso de Washington. Essa mudança de paradigma abriu caminho à adoção de políticas como a defesa da concorrência (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 938), embora sua efetividade tenha sido, a princípio, limitada, por razões como a carência de recursos e limitada “cultura da concorrência” (PEÑA, 2006, p. 737).

O ideário monotônico da Escola de Chicago, que deu sustentação ao Consenso de Washington, tem como característica a crença no universalismo do instrumental econômico dominante, tendendo a desconsiderar ponderações sobre o contexto de desenvolvimento local do país destinatário de suas prescrições (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 752). Essa visão universalista repercute, no direito da concorrência, no estímulo à adesão, pelos países em desenvolvimento, do modelo da eficiência neoclássica conforme estruturado pela Escola de Chicago (GERBER, 2014).

Priest (2012), por exemplo, sugere que, por padrão, as “leis de defesa da concorrência de todas as nações devem em princípio ser idênticas” (PRIEST, 2012, p. 1.665, tradução livre). Isso porque, segundo esse autor, já existe “ampla concordância” sobre quais princípios devem ser adotados para uma aplicação ótima da legislação concorrencial em qualquer lugar do mundo, devendo essa política ser articulada em torno da maximização do bem-estar agregado da sociedade e da desregulação de modo geral<sup>10</sup>. Esses princípios, se

---

contra importações, restrições a investimentos estrangeiros e licenciamento industrial. Essas políticas estavam em direta contradição com o paradigma concorrencial da Escola da Economia Neoclássica, deixando quase nenhum espaço para se contemplar uma política concorrencial sob um ambiente econômico com tal intervencionismo estatal” (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 883, tradução livre).

<sup>10</sup> Além do combate a cartéis, fusões que geram monopólio e práticas exclusionárias (por contrato ou, especialmente, por meio de regulação governamental), a política de concorrência ótima, para Priest, inclui adotar a desregulação e liberalização das economias para o comércio internacional (PRIEST, 2012, p. 1.805). O autor critica a retomada de força da regulação nos Estados Unidos, após a crise de 2008, como uma

aplicados em qualquer sociedade, terão o condão de promover o crescimento econômico e, especialmente, ajudar os menos favorecidos<sup>11</sup>. Não é cabível, nessa visão, uma distinção entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, haja vista o potencial ilimitado de continuado crescimento para qualquer nação, mesmo as já mais desenvolvidas: toda nação seria uma nação em desenvolvimento<sup>12</sup>, e eventuais disparidades no desenvolvimento dos países seriam resultado do afastamento desses princípios universais<sup>13</sup>. Preocupações com as circunstâncias locais constituiriam uma porta de entrada para que interesses políticos suplantassem a política de concorrência já estabelecida como ótima, argumento que implica a neutralidade política de princípios que, afinal, seriam “universais”<sup>14</sup>.

---

forma de afastamento de uma política econômica ótima, já que a desregulação da década de 1980 teria maximizado a concorrência no país (PRIEST, 2012, p. 1.822).

<sup>11</sup> “[...] após um século de estudos e aplicação da lei concorrencial, existe amplo acordo de que há um conjunto de princípios de lei concorrencial que, se apropriadamente implementados, irão maximizar o bem-estar do consumidor, aumentar o crescimento econômico, e ajudar a todos com baixa renda em qualquer sociedade” (PRIEST, 2012, pos. 1.665, tradução livre). “Esses princípios são econômicos, não sociais ou culturais, e irão aplicar a todas as sociedades” (PRIEST, 2012, p. 1.759, tradução livre).

<sup>12</sup> “Como definida, a política concorrencial ótima é apropriada tanto para as que são convencionalmente conhecidas como nações desenvolvidas e em desenvolvimento. Novamente, eu não acredito que há nenhum conteúdo útil nessa distinção convencional. Como discutido, todas as nações estão em desenvolvimento, no sentido de que refinamentos a suas economias permanecem disponíveis; o progresso econômico pode continuar em economias em qualquer nível de desenvolvimento. Não há limites, teóricos ou empíricos, ao crescimento econômico” (PRIEST, 2012, p. 1.822, tradução livre).

<sup>13</sup> Defende Priest que “Diferenças entre sociedades em níveis concorrenciais e avanço econômico certamente existem, mas elas existem por causa de distanciamentos desses princípios econômicos, tipicamente por causa de razões históricas e institucionais que deveriam ser visadas para mudança no mundo moderno” (PRIEST, 2012, pos. 1.790, tradução livre). Mesmo, para o autor, que os métodos de implementação possam variar, os princípios são universais: “Os princípios básicos de uma legislação concorrencial ótima permanecem claros – no caso dos EUA, desmontar organizações paraestatais e eliminar o protecionismo do Estado através de ‘regulação’ econômica, entre outras reformas. Os meios de implementação podem ser específicos ao contexto dos Estados Unidos; os princípios são universais” (PRIEST, 2012, pos. 1.837, tradução livre).

<sup>14</sup> Cf. Priest: “[...] é importante para a política de concorrência ideal discutida abaixo não ser suplantada, como foi o Consenso de Washington, por forças políticas locais similares. A proposição de que a lei de defesa da concorrência seja desenhada para responder às condições econômicas individuais de nações em desenvolvimento coloca exatamente essa ameaça” (PRIEST, 2012, p. 1.708, tradução livre).

Esse universalismo passou a ser desafiado na terceira fase da teoria do desenvolvimento econômico, apontada acima por Lianos, Mateus e Raslan (2013). No final da década de 1990, o Consenso de Washington foi-se expandindo para além do viés puramente desregulatório, passando a incluir a promoção de políticas públicas que, ainda centradas no mercado<sup>15</sup>, fossem destinadas ao seu funcionamento mais eficiente, como o combate à pobreza, à corrupção, a seguridade social e o fortalecimento das instituições (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 918). Isso foi motivado, na América Latina, pelo reconhecimento de que as reformas inspiradas pelo Consenso não foram suficientes para retomada do desenvolvimento econômico na região (PEÑA, 2006, p. 736).

Passa-se a reconhecer que não há receita universal e pré-definida sobre o papel do Estado na ordem econômica. O contexto de cada nação – instituições, cultura, história, estrutura econômica – deve ser levado em consideração para a formatação de sua estratégia de desenvolvimento econômico e, conseqüentemente, definição do formato e finalidades do direito concorrencial (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 936).

Essa mudança paradigmática é a premissa do recente fortalecimento de abordagens que propõem que o instrumental teórico do direito concorrencial nos países desenvolvidos pode não ser o mais adequado aos países em desenvolvimento. Corroborando esse ponto, Bakhoun (2011) compreende que o direito da concorrência nos países em desenvolvimento tem sido marcado, nos últimos anos, por uma “dupla linguagem”: em paralelo à linguagem da eficiência, passa a emergir uma segunda linguagem antitruste, marcada por considerações não-econômicas e preocupações com o desenvolvimento econômico nessas nações.

A compreensão da necessidade de que a legislação concorrencial leve em conta o nível de desenvolvimento de cada país já vem alcançando

---

<sup>15</sup> É o que observam Moguillanski e Verónica, com relação à América Latina como um todo: “Desse ponto de vista, durante a primeira etapa de implementação do modelo de liberalização e abertura econômica, o desenvolvimento da regulação e das políticas de concorrência foram deixadas em um segundo plano por parte das autoridades dos países. Dominava, então, a crença de que as falhas de mercado não eram relevantes. Foi a partir de meados da década de 1990 que os governos voltam a centrar-se nelas e essa tendência se aprofunda com as recomendações de instituições multilaterais que militam pelas reformas microeconômicas ou de segunda geração. O fortalecimento das leis de defesa da concorrência e das instituições que as executam estão dentro dessa nova estratégia” (MOGUILLANSKY; VERÓNICA, 2004, p. 10, tradução livre).

dominância no debate antitruste (EVANS, 2009, p. 161)<sup>16</sup>. O que é menos estabelecido, contudo, é *como* deveria a legislação antitruste de um país em desenvolvimento ser desenhada para responder às preocupações mencionadas. Algumas propostas serão analisadas a seguir.

#### **4. Direito da Concorrência e Promoção da Rivalidade nos Países em Desenvolvimento**

Um direito da concorrência cuja finalidade única seja a promoção da eficiência estática alocativa e produtiva, em um determinado mercado, em um período determinado de tempo, tem como consequência o fato de que somente serão sancionadas, pelo Direito, práticas que tenham o efeito de *reduzir* o nível atual de bem-estar econômico agregado, não havendo um requerimento de que as firmas necessariamente maximizem o bem-estar total (SALOP, 2010, p. 353). Não há tratamento jurídico de práticas que não alteram o nível de bem-estar econômico em curto prazo, mesmo que insatisfatório ou impeditivo do desenvolvimento econômico em longo prazo. Presume-se que as forças do mercado, através do mecanismo de sua autocorreção, serão responsáveis por incentivar a maximização do bem-estar e eficiência, em longo prazo. Nesse contexto, se uma empresa mantém uma posição dominante, presume-se que isso se deve a sua maior eficiência, salvo quando inequivocamente restar comprovada a prática de práticas injustificadamente exclusionárias que reduzam o bem-estar agregado.

Esse direito da concorrência tem como principal função, então, proteger o *status quo* contra reduções no bem-estar agregado. Enquanto esse objetivo pode ser adequado a jurisdições desenvolvidas, cuja economia já é suficientemente dinâmica – e com uma política de defesa da concorrência com décadas de efetividade – é questionada sua adequação a uma jurisdição marcada por uma história de política econômica como a brasileira – desconectada, até recentemente, de um objetivo de promoção da rivalidade competitiva. Esse é o argumento de Budzinski e Beigi (2015):

---

<sup>16</sup> A OCDE, por exemplo, reconhece que “o desenho da lei deve refletir o nível de desenvolvimento econômico do país em questão, a estrutura de sua economia e sua Constituição e cultura. Uma política concorrencial não pode simplesmente ser transplantada de um país desenvolvido, ou mesmo de um outro país em desenvolvimento” (ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, 2007, p. 91).

Enquanto a agenda de política concorrencial de uma economia de mercado há muito estabelecida é caracterizada pela meta de proteger a concorrência existente e em bom funcionamento, bem como auferir eficiências marginais que ainda estão disponíveis em uma economia, fora isso, eficiente, o problema urgente de muitos países em processo de industrialização é gerar concorrência efetiva em primeiro lugar. ‘Proteger o que nós temos’ frequentemente implicará em prolongar e conservar estruturas anticompetitivas. Quando combinada com a privatização e liberalização, isso pode instigar uma transferência pura de poder econômico público para poder econômico privado – sem gerar concorrência.<sup>17</sup> (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 224, tradução livre).

Um ponto a corroborar esse argumento é a constatação de que, em seus estágios iniciais de desenvolvimento, a política de defesa da concorrência dos países desenvolvidos também incorporavam objetivos mais amplos, com caráter abertamente antimonopolista e equitativo (BUDZINSKI, 2008, p. 228).

Como visto acima, a frustração com os resultados do Consenso de Washington levou a teoria do desenvolvimento econômico a uma abordagem menos ortodoxa (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 936). Lentamente, a perspectiva totalizante articulada em torno da desregulação, privatização e liberalização vem sendo substituída por uma que, embora ainda centrada no mercado, reconhece a necessidade de ação estatal em prol do desenvolvimento econômico sustentável em longo prazo, rejeitando-se o formato universalista tão marcante nas prescrições do Consenso de Washington. Especificamente quanto ao antitruste, critica-se o foco estrito do Consenso na redução do escopo de atuação do Estado em prol de uma visão estática da eficiência, ou “um foco em evitar e desestimular intervenções

---

<sup>17</sup> No original: “While the competition policy agenda of a long-established market economy is characterized by the target of protecting existing and well-functioning competition, as well as reaping marginal efficiencies that are still available in an otherwise comparatively efficient economy, the urgent problem of many industrializing countries is to generate effective competition in the first place. ‘Protecting what we have’ will often imply to prolong and conserve anti-competitive structures. When combined with privatization and liberalization, this may abet a pure transfer of public economic power into private economic power – without generating competition”.

governamentais e colocar a eficiência (em curto prazo) acima de tudo: mais concorrência significa mais bem-estar e mais concorrência automaticamente acompanha mercados livres”<sup>18</sup> (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 226, tradução livre).

Fox (2012) pondera que essas perspectivas se intensificaram após a Crise de 2008, evento que evidenciou a falência do paradigma unicamente desregulatório – reconhecida até mesmo por muitos de seus grandes defensores – e cita como um marco a publicação, no mesmo ano, do *Growth Report* pelo Banco Mundial, relatório elaborado por Comissão do Crescimento e Desenvolvimento chefiada pelo economista premiado pelo Nobel, Michael Spence (WORLD BANK, 2008). O documento tem como objetivo analisar estratégias para o crescimento econômico dos países em desenvolvimento, delineando casos de sucesso e fracasso nesse tipo de política pública. O relatório estipula categoricamente que o desenvolvimento econômico sustentável é também um desenvolvimento *inclusivo*, orientado à redução da desigualdade social e, também, à garantia de *igualdade de oportunidades* em uma economia de mercado (WORLD BANK, 2008, p. 60). Preocupações distributivas passam a ser vistas como um requisito para o crescimento, não uma variável externa ao processo.

Além da redução da *desigualdade nos resultados*, Fox (2012) analisa que a preocupação do Relatório com a *igualdade de oportunidades* oferece um novo ponto de partida para a compreensão do direito concorrencial nos países em desenvolvimento. Em referência ao economista autor do Relatório, Fox afirma que “o antitruste de países em desenvolvimento deve aspirar a se encaixar no Consenso de Spence, não no Consenso de Washington”<sup>19</sup> (FOX, 2012, p. 11, tradução livre), sendo articulado, então, para a finalidade de promoção do *desenvolvimento inclusivo*. Isso significa que o direito da concorrência passaria a incluir, no entendimento de sua finalidade, uma dimensão distributiva e de empoderamento da rivalidade, que valorize o acesso aos mercados e a mobilidade social: “se há um símbolo apropriado para o antitruste de um país em desenvolvimento, não é o

---

<sup>18</sup> No original, com o trecho completo: “For a long time, the external explanation has been dominated by the so-called ‘Washington Consensus’ and liberalization policy often followed an extreme interpretation of it. In terms of antitrust this extreme interpretation implies a focus on avoiding and deterring government interventions and putting (short-term) efficiency ahead of everything: more competition equals more welfare and more competition automatically follows free markets”.

<sup>19</sup> No original: “These observations signify that developing-country antitrust should aspire to fit the Spence Consensus, not the Washington Consensus”.

neoliberalismo, que pode sugerir um abismo crescente. É a escada ascendente”<sup>20</sup> (FOX, 2007, p. 26).

O foco exclusivo em eficiência agregada, desconsiderando questões distributivas, “pode ser uma contradição em termos em países em desenvolvimento, em que desigualdades distributivas estão deprivando o mercado dos talentos e energia da maioria da população”<sup>21</sup> (FOX, 2007, p. 10, tradução livre). Assim, um antitruste inclusivo, preocupado com a garantia de oportunidade e mobilidade econômica, seria favorável ao desenvolvimento econômico em longo prazo (GAL; FOX, 2015, p. 325).

Se, conforme o Relatório, são dois os elementos principais da dimensão *inclusiva* do desenvolvimento – a saber, a redução da desigualdade social e a promoção da igualdade de oportunidades – como o direito da concorrência pode se posicionar diante disso?

No âmbito do direito concorrencial, a inserção de preocupações distributivas relacionadas às desigualdades nos *resultados econômicos* é algo que pode inspirar a adoção de um padrão de eficiência baseado no conceito estrito de excedente do consumidor (ATKINSON, 2015, p. 126), controle de práticas exploratórias (SALOP; BAKER, 2015, p. 22) e a conformação de uma política de aplicação da lei que incorpore preocupações com o combate à pobreza, como a atenção especial a mercados de bens essenciais, por exemplo (GAL; FOX, 2015, p. 335; WAKED, 2015, p. 975).

Quanto à *igualdade de oportunidades*, o foco seria proteger a mobilidade e o acesso aos mercados, o que, para Fox (2007), significa adotar medidas de empoderamento da *rivalidade*<sup>22</sup>. Isso significa tratar a exclusão de rivais não só com um foco na redução do bem-estar agregado, mas preocupar-se também com seus efeitos na mobilidade e no bloqueio do acesso aos mercados de agentes aptos a concorrerem pelo mérito: “dar às empresas, incluindo pequenas e novas empresas, uma chance justa de competir pelos

---

<sup>20</sup> No original: “If there is an appropriate symbol for a developing country’s antitrust, it is not neo-liberalism, which may imply a widening moat. It is the rising ladder”.

<sup>21</sup> No original, com o trecho completo: “To the extent that ‘efficiency’ as the goal of antitrust implies disregard of distributional values, this may be a contradiction in terms in developing countries, where severe distributional inequities are depriving the marketplace of the talents and energies of the majority of the population. Aggregate efficiency, turning its back on maldistribution and severe economic inequities, is probably not the centrepiece that most developing countries are likely to choose”.

<sup>22</sup> Por empoderamento, então, Fox define o “empoderamento para se envolver em mercados livres de restrições empresariais desnecessárias por parte de empresas com poder de mercado substancial” (FOX, 2007, p. 10).

méritos de seus produtos e serviços, livres de restrições de fechamento de mercado artificiais e desnecessárias por empresas poderosas”<sup>23</sup> (FOX, 2007, p. 10, tradução livre). Assim sendo, o foco seria na inclusão e mobilidade dos cidadãos não só em sua condição de consumidores, como também de empreendedores<sup>24</sup>.

O foco na rivalidade serviria, para os países em desenvolvimento, à finalidade de *geração* da concorrência, em vez de se *proteger* um status quo marcado por posições dominantes entrincheiradas (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 235).

Ademais, a preocupação com a igualdade de oportunidades de acesso aos mercados, traduzida na rivalidade, pode desempenhar importante função política, tanto para reforçar a percepção de legitimidade da defesa da concorrência junto à população dos países em desenvolvimento (OSTI, 2015, p. 268) quanto para a criação de uma *cultura da concorrência* em países em que essa política econômica é ainda considerada algo recente – criando incentivos econômicos para que o foco da conduta empresarial seja a concorrência pelo mérito, em vez de práticas exclusionárias ou de *rent seeking* (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 242).

## **5. Rivalidade, proteção da concorrência e proteção dos concorrentes.**

Preocupações com a rivalidade são normalmente rechaçadas sob o argumento de que a política de defesa da concorrência deve “proteger a concorrência, não os concorrentes”. Para compreender melhor a questão, o tratamento das práticas exclusionárias é um bom ponto de partida para reflexão. Práticas exclusionárias são abusos de posição dominante por meio dos quais a entrada ou permanência de rivais em um determinado mercado é impedida ou dificultada, através da restrição de seu acesso a consumidores ou

---

<sup>23</sup> No original: “give firms, including smaller and younger firms, a fair chance to compete on the merits of their products and services, free from artificial and unnecessary foreclosing restraints by powerful firms”.

<sup>24</sup> Essa é a posição de Drexl: “Em geral, a legislação concorrencial só pode ampliar o desenvolvimento sustentável se contribui para a inclusão de todos os membros da sociedade. Um foco puramente no papel dos cidadãos como consumidores iria deixar de abordar essa finalidade da legislação concorrencial, enquanto a proteção indireta de todos os participantes do mercado através da proteção do processo competitivo iria obtê-lo” (DREXL, 2015, p. 291, tradução livre).

insumos, elevação de seus custos, ou, de outra maneira, alteração de seus incentivos para entrada e permanência no mercado (BAKER, 2013b, p. 539). Podem constituir restrições horizontais (relacionadas ao mesmo mercado relevante) ou verticais (relacionadas a mercados integrantes da mesma cadeia produtiva) Exemplos típicos são os preços predatórios, a recusa de contratar, os contratos de exclusividade, a compressão de margens, fixação de preço de revenda, discriminação de preços, venda casada, e a *sham litigation*. Embora seja possível o abuso de posição dominante coletivo (ou em colusão), o maior ponto de disputa refere-se à exclusão por meio de práticas unilaterais.

Uma das principais características do pensamento da Escola de Chicago é o ceticismo quanto à relevância das práticas unilaterais exclusionárias para o antitruste. Esse pensamento é derivado de teorias como a do “único lucro de monopólio”, da eficiência da discriminação de preços e da irracionalidade, em geral, da predação.

Em vista da crença na raridade de ocorrência de uma prática unilateral exclusionária que seja apta a reduzir a eficiência agregada – e, especialmente, em razão do fato de que a exclusão de concorrentes é um elemento natural (e esperado) de um mercado com concorrência vigorosa, o que beneficia os consumidores – as dificuldades de diferenciação de uma conduta pró-competitiva de uma conduta anticompetitiva são consideradas grandes demais, o que acautela contra a ação da autoridade antitruste. Erros tipo I (falsas condenações) seriam altamente prejudiciais nessas situações, enquanto erros tipo II (falsas absolvições) tendem a ser neutralizados pela ação autocorretora do mercado (EASTERBROOK, 1984). Assim, mesmo diante dos excepcionais casos em que práticas exclusionárias seriam prejudiciais à eficiência, ainda assim a atuação estatal não seria recomendada<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Cf. Carlton: “Como regra geral, conduta que leva à saída de rivais de um mercado pode beneficiar os consumidores – isso é, pode ser pró-competitiva. [...] Pode ser possível demonstrar, contudo, que certos tipos de conduta poderiam reduzir o bem-estar social se certas presunções sobre as condições de mercado e interações das empresas são satisfeitas. Contudo, as particulares circunstâncias em que tal conduta também prejudica os consumidores podem ser tão estritas e incomuns que uma regra antitruste que sujeita uma inteira classe de conduta ao escrutínio antitruste nos fundamentos de que ela pode, às vezes, ser anticompetitiva irá causar uma perda social substancial se a política pública também proíbe ou desencoraja conduta pró-competitiva. Por essa razão, há um risco de que a aplicação da lei antitruste contra conduta exclusionária potencialmente anticompetitiva irá causar prejuízo econômico ao desencorajar conduta pró-competitiva” (CARLTON, 2008, p. 273, tradução livre).

Como essas dificuldades – que orientam a uma postura minimalista quanto às práticas unilaterais – são consideravelmente menores no caso de um cartel puro ou de uma fusão para monopólio, o pensamento de Chicago orienta que o foco do antitruste concentre-se nessas condutas:

Dessas várias análises, uma conclusão de grande significância para a política antitruste emerge: empresas não podem, em geral, obter ou aumentar o poder de monopólio por ação unilateral a menos, é claro, que elas estejam irracionalmente desejando trocar lucros por posição. Consequentemente, o foco das leis antitruste não deviam ser em ação unilateral; ele devia, ao contrário, ser em: (1) cartéis e (2) fusões horizontais amplas o suficiente ou para criar um monopólio diretamente, ou facilitar a cartelização por reduzir drasticamente o número de vendedores significantes no mercado.<sup>26</sup> (POSNER, 1979, p. 928, tradução livre).

Esse é o substrato dos dizeres de que o antitruste “protege a concorrência, não os concorrentes”, que, no contexto do antitruste de Chicago – em que a concorrência equivale à maximização da eficiência agregada – quer indicar que a rivalidade não tem um valor intrínseco (GERLA, 1996, p. 210). Não há intervenção antitruste em práticas exclusionárias que ampliem o bem-estar do consumidor (ou agregado) ou, ao menos, considere-se improvável que acarretem sua redução. Por sua vez, intervenções que reconheçam valor na preservação da rivalidade, sem que tenha havido dano aos consumidores, seriam, segundo o ideário de Chicago, meios de “proteger concorrentes”, sendo consideradas “políticas”, arbitrárias e, portanto, não teriam lugar no reino técnico do antitruste<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup>No original: “From these various analyses, a conclusion of great significance for antitrust policy emerges: firms cannot in general obtain or enhance monopoly power by unilateral action 6-unless, of course, they are irrationally willing to trade profits for position. Consequently, the focus of the antitrust laws should not be on unilateral action; it should instead be on: (1) cartels and (2) horizontal mergers large enough either to create monopoly directly, as in the classic trust cases,<sup>7</sup> or to facilitate cartelization by drastically reducing the number of significant sellers in the market”.

<sup>27</sup> Sobre a frase “proteger a concorrência, não os concorrentes”, Osti observa que “à primeira vista pareceria enfatizar a significância da concorrência per se, e se origina nos casos dos EUA que muito precederam a revolução de Chicago. Ela tem, contudo, sido usada principalmente na área do controle de fusões e condutas unilaterais para sugerir que incorporações de concorrentes substanciais, e conduta unilateral que fecha

As propostas de promoção da rivalidade nos países em desenvolvimento, contudo, não se dirigem à proteção de concorrentes ineficientes em face da concorrência por excelência (ou *pelo mérito*), baseada em melhores preços e qualidade. Uma atitude menos tolerante com práticas exclusionárias é enxergada como uma estratégia para fortalecimento das condições para que, justamente, a rivalidade se processe *no mérito* ou, na metáfora de Fox (2007), “embora o antitruste não deva ser usado para proteger Davids ineficientes contra Golias, ele pode e deve ser usado para empoderar Davids contra Golias ao abrir caminhos para a mobilidade e acesso”<sup>28</sup> (FOX, 2007, p. 2, tradução livre).

As menções, na doutrina, acerca da finalidade de proteção da rivalidade constituem, não raro, referências à tradição jurisprudencial europeia quanto ao abuso de posição dominante. É à luz dos desenvolvimentos nesta jurisdição que se sugere que os países em desenvolvimento incorporem um conceito *ontológico* de concorrência, focado na proteção do processo da efetiva competição, ou da estrutura da concorrência (DREXL, 2015, p. 287; OSTI, 2015, p. 260; SINGH, 2013, p. 60). Esse ideário, de inspiração ordoliberal<sup>29</sup>, ilumina a questão “proteger a concorrência vs. proteger os concorrentes” de modo diferente.

---

o mercado a concorrentes de modo significativo, pode escapar da proibição antitruste sempre que o bem-estar do consumidor, e a eficiência de modo geral, não é demonstravelmente e significativamente afetada – a despeito de seu impacto na rivalidade, na estrutura da concorrência e no processo competitivo” (OSTI, 2015, p. 230, tradução livre).

<sup>28</sup> No original: “While antitrust should not be used to protect inefficient Davids against Goliath, it may and should be used to empower Davids against Goliath by opening paths of mobility and access”.

<sup>29</sup> O ordoliberalismo foi a ideologia desenvolvida na Alemanha a partir das décadas de 1930 e 1940 pelos pensadores da Escola de Freiburg, como Walter Eucken, Franz Böhm e Hanns Grossmann-Doerth, bem como seus sucessores. Seu principal objetivo foi estabelecer as bases de uma “economia social de mercado”, em que o mercado funciona de modo equitativo e com garantia de igualdade de participação a todos, constitucionalizada sob uma ordem econômica voltada a valores humanísticos em vez de puramente utilitaristas (GERBER, 1994, p. 36). Um elemento marcante do pensamento ordoliberal é o reconhecimento das repercussões políticas da acumulação de poder econômico privado, especialmente tendo testemunhado o papel dos cartéis e monopólios alemães na desestabilização das instituições da República de Weimar e na ascensão do regime nazista (GERBER, 1994, p. 37). Liberdade política e liberdade econômica são vistas como essencialmente complementares, de modo que a “economia social de mercado” ordoliberal visa a proteger a liberdade individual tanto em face do poder estatal quanto em face do poder privado (VATIERO, 2015, p. 295).

Embora a posição dominante, por si só, não seja condenada, o sistema europeu reconhece uma “responsabilidade especial” à empresa no sentido de não comprometer a estrutura da concorrência (ADAM; ALDER, 2008, p. 575). Assim, além do reconhecimento da possibilidade de abusos de posição dominante *exploratórios* – relacionados à exploração *per se* da posição dominante, como a prática de preços excessivos (CASTRO, 2012) – os critérios para caracterização dos abusos de posição dominante *exclusionários* – restrições à entrada e permanência de rivais no mercado por meios distintos da concorrência pelo mérito – revelam o comprometimento com a ideia de rivalidade e à proteção da estrutura da concorrência.

Drexl (2015) demonstra que o Tribunal de Justiça Europeu, especialmente a partir da decisão para o caso *Continental Can* (1973), desenvolveu um conceito *ontológico* de concorrência, segundo o qual a finalidade da concorrência é a proteção do “processo de concorrência efetiva”, da “estrutura da concorrência”, em vez do foco estrito no bem-estar do consumidor. Tal como no conceito ordoliberal, a preservação de uma estrutura competitiva – para garantia da igualdade de oportunidades – é considerada um valor por si só, em vez de mero valor instrumental à eficiência estática. O Tribunal Europeu estabelece, no caso em questão, que a proibição do abuso de posição dominante “não é apenas dirigida a práticas que podem causar dano aos consumidores diretamente, mas também àquelas que lhes são prejudiciais através de seu impacto em uma estrutura da concorrência efetiva” (UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça*, 1973, apud DREXL, 2015, p. 274).

A decisão indica, portanto, que essa visão ontológica – ao contrário do que o nome possa indicar – não é isenta de uma visão econômica: preservar a estrutura da concorrência, a igualdade de oportunidades de acesso ao mercado, serve aos interesses do consumidor mesmo quando não há evidência de dano direto ao seu bem-estar econômico, em curto prazo (DREXL, 2015,

---

Nesse ponto é que o ordoliberalismo vai além do liberalismo clássico – que voltou-se principalmente à proteção do indivíduo em face do Estado – por reconhecer a ameaça que os reflexos políticos da concentração do poder econômico privado oferecem ao funcionamento das democracias e à liberdade econômica individual (GERBER, 1994, p. 37). O direito da concorrência se afigura como o principal instrumento de “desempoderamento” do poder econômico privado, assumindo status constitucional (OSTI, 2015, p. 240). Para o ordoliberalismo, a concorrência não constitui mero instrumento de política pública para promoção da eficiência, mas um valor constitucional de justiça social, destinado a proteger a liberdade econômica individual e a democracia em face das distorções políticas que o acúmulo de poder econômico privado gera por sua própria existência (OSTI, 2015, p. 240).

p. 275). Embora não essencial para configurar a infração, o dano direto ao consumidor não é irrelevante para a análise concorrencial, pois sua ocorrência segue como um importante meio de se evidenciar a consumação real ou potencial da prática restritiva e a análise dos méritos da intervenção antitruste (DREXL, 2015, p. 294).

Essa abordagem não protege os concorrentes *per se*, embora eles possam, certamente, se beneficiar indiretamente da proteção à *rivalidade* em uma estrutura de concorrência efetiva. A expectativa é de que a rivalidade seja desempenhada por concorrentes, no mínimo, razoavelmente eficientes em relação à empresa dominante (GORMSEN, 2010, p. 165). Entre proteger consumidores e concorrentes, o direito concorrencial europeu não faz opção direta por nenhum dos dois, voltando-se à proteção da concorrência como *instituição* (DREXL, 2015, p. 282).

A partir da década de 2000, o debate sobre esse conceito ontológico de concorrência se reacendeu quando a Comissão Europeia dedicou-se à adoção da “abordagem mais econômica” (“more economic approach”), um projeto de “modernização” do direito concorrencial europeu através de maior incorporação da teoria econômica neoclássica, com a sugestão de incorporação de um teste de dano direto ao consumidor para caracterização de práticas exclusionárias (OSTI, 2015, p. 243). Na sua “Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82o. do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante”, a Comissão teria adotado uma posição ambígua, usando o conceito de “fechamento de mercado que leva ao dano do consumidor” (DREXL, 2015, p. 278). Ainda assim, cabe observar, o “bem-estar do consumidor” referido pela Comissão Europeia nesse contexto refere-se ao padrão do “excedente do consumidor”, não do “bem-estar total” (OSTI, 2015, p. 244).

Essa controvérsia foi encerrada, contudo, com a chamada “segunda vida” do precedente *Continental Can* (OSTI, 2015, p. 246), o que ocorreu na decisão da Corte Europeia de Justiça para os casos *British Airways* (2007) e *GlaxoSmithKline* (2009), em que o precedente *Continental Can* foi reafirmado no que se refere à ideia da proteção da estrutura da concorrência, à “concorrência como tal”, rejeitando-se a necessidade de comprovação de dano direto do consumidor para configuração de violação ao direito concorrencial.

Deve-se destacar que essa abordagem ontológica não constitui necessariamente uma análise puramente formalista ou *per se*, já que é

igualmente baseada em efeitos econômicos<sup>30</sup>: no caso da prática exclusionária, por exemplo, é necessário comprovar o efeito econômico do fechamento de mercado anticompetitivo por métodos diferentes da concorrência pelo mérito. A eficiência das práticas econômicas, inclusive, não é desconsiderada no âmbito dessa análise: são aceitáveis defesas baseadas na eficiência da operação, embora sua aceitabilidade seja interpretada à luz da necessidade de proteção da estrutura da concorrência em longo prazo<sup>31</sup>.

## **6. A ideologia constitucionalmente adotada e o direito da concorrência brasileiro.**

O comando constitucional mais específico com relação à defesa da concorrência no Brasil é o art. 173, §4º, da Constituição da República de 1988, que estabelece que a lei “reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Este comando – que, por sinal, vem-se repetindo essencialmente em todas as Constituições brasileiras desde 1946 – não estabelece nenhuma base para que a preocupação do direito concorrencial restrinja-se tão-somente ao “abuso de poder econômico que reduza a eficiência alocativa”.

Pelo contrário, o que esses termos denotam é uma preocupação com a manutenção da estrutura da concorrência – o que se dá através de abusos que acarretem a “dominação de mercados” e a “eliminação da concorrência” – e o

---

<sup>30</sup>Observa Gerber: “*O altamente influente Paradoxo Antitruste de Robert Bork partiu da premissa da necessidade de uma estrutura substantiva que oferecesse mais certeza de aplicação do que havia sido gerado em décadas de jurisprudência. Ele concluiu, e seu argumento obteve muito apoio, que a teoria do preço e o conceito de eficiência alocativa oferecia o melhor remédio para essa situação. O pensamento ordoliberal sugere um diferente meio de obter tal confiabilidade e integridade conceitual. Para ordoliberais, tal como para Bork, o pensamento econômico tem de desempenhar um papel importante, mas os ordoliberais focaram na necessidade de proteger as condições da concorrência em vez dos resultados de curto prazo da concorrência*”. (GERBER, 1994, p. 82, tradução livre).

<sup>31</sup>A Comissão Europeia, nesse sentido, observa que a “[r]ivalidade entre empresas é um motor essencial da eficiência econômica, incluindo a eficiência dinâmica na forma de inovação. Em sua ausência irá faltar à empresa dominante incentivos adequados para continuar a criar e passar adiante ganhos de eficiência. Onde não há concorrência residual e nenhuma ameaça previsível de entrada, a proteção da rivalidade e do processo competitivo sobrepuja possíveis ganhos de eficiência” (COMISSÃO EUROPEIA, 2009, § 30, tradução livre).

combate a abusos exploratórios de poder econômico que se traduzam no “aumento arbitrário de lucros”<sup>32</sup>.

O aspecto inovador da Constituição de 1988 constituiu a inserção da *livre concorrência* no rol de princípios conformadores da ordem econômica (art. 170, IV). Ao mesmo tempo, a Constituição estabelece que a livre concorrência – e, por extensão, o tratamento jurídico do abuso de poder econômico – deve conviver com outros princípios: a *soberania nacional* (art. 170, I), a *propriedade privada* (art. 170, II), a *função social da propriedade* (art. 170, III), a *defesa do consumidor* (art. 170, V), a *defesa do meio ambiente* (art. 170, VI), a *redução das desigualdades regionais e sociais* (art. 170, VII), a *busca do pleno emprego* (art. 170, VIII) e o *tratamento favorecido à empresa de pequeno porte* (art. 170, IX).

Se a Constituição é clara em estabelecer que a livre concorrência convive com princípios como a redução da desigualdade social, a função social da propriedade e o tratamento favorecido à pequena empresa, dentre outros, não parece ser razoável estipular que o direito da concorrência deva concentrar-se unicamente na busca pelo ideal da eficiência no sentido estipulado pela Escola de Chicago. Andrade (2014, p. 173), nesse sentido, pondera que “eleger o cálculo de eficiência econômica (eficiência produtiva e alocativa como maximização de riqueza) não passaria sequer no teste da literalidade” do texto constitucional.

Para além da convivência com outros princípios da ordem econômica, destaca-se o fato de que a Constituição da República fixa que a *finalidade* de toda a ordem econômica constitucional é “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170, *caput*). Essa finalidade se insere nos objetivos da República, expressos no art. 3º, de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I), “garantir o desenvolvimento nacional” (art. 3º, II), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV).

Se a defesa da concorrência é um dos instrumentos para consecução da ideologia constitucional, ou um “*meio, instrumento* para o alcance de outro bem maior, qual seja, ‘assegurar’ a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (FORGIONI, 2012, p. 186, grifos no original), o valor jurídico de um compromisso constitucional expresso com a justiça social

---

<sup>32</sup> Sobre os abusos exploratórios na ordem econômica brasileira, cf. Castro (2012).

não pode ser menosprezado<sup>33</sup>. Sua adoção, observa Grau, “não designa meramente uma *espécie* de justiça, porém um seu *dado ideológico*” (GRAU, 2010, p. 229, grifos no original). É sob o marco da justiça social que se deve legitimar o entendimento sobre a finalidade do direito da concorrência brasileiro, em prol de objetivos como o desenvolvimento econômico e a redução das desigualdades sociais e regionais<sup>34</sup>.

Uma característica de um regime de justiça social muito destacada pela doutrina brasileira é a redução nas desigualdades nos *resultados econômicos*, traduzidos no reconhecimento de direitos sociais, nas medidas de valorização da condição de trabalhador, na justiça tributária, nas transferências diretas, na política urbana, na política de seguridade social e no combate à pobreza e à miséria<sup>35</sup>.

Uma dimensão da justiça social ainda mais importante para o direito concorrencial, contudo, é a da garantia de *igualdade de oportunidades*.

Rawls (1999) estabelece que, sendo indesejável a absoluta igualdade de resultados econômicos, a distribuição de bem-estar econômico deve ser guiada pelo princípio da *diferença*, segundo o qual eventuais desigualdades deverão ser instituídas somente quando em benefício de todos, em um regime de igualdade de oportunidades: “desigualdades sociais e econômicas precisam ser arranjadas de modo que elas sejam tanto (a) razoavelmente esperadas que

---

<sup>33</sup>A esse respeito, observa Eros Grau: “não se pode visualizar a ordem econômica constitucional como produto de imposições circunstanciais ou meros caprichos dos constituintes, porém como resultado do confronto de posturas e texturas ideológicas e de interesses que, de uma ou de outra forma, foram compostos, para como peculiar estrutura ideológica aninhar-se no texto constitucional” (GRAU, 2010, p. 194)

<sup>34</sup>Nesse sentido, cf. Andrade que, com base em uma perspectiva sistemática da Constituição da República, rejeita a ideia de que a ordem econômica seja concebida como instância tão-somente comprometida com o crescimento econômico, discordando que preocupações distributivas sejam relegadas a políticas separadas (na “ordem social”), em momento posterior (ANDRADE, 2014, p. 170).

<sup>35</sup> José Afonso da Silva estabelece, nesse sentido, que “[u]m regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor dos meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política. Não aceita as profundas desigualdades, a pobreza absoluta e a miséria” (SILVA, 2014, p. 801-802). No mesmo sentido, Eros Grau observa que “*Justiça social*, inicialmente, quer significar superação das injustiças na repartição, a nível pessoal, do produto econômico. Com o passar do tempo, contudo, passa a conotar cuidados, referidos à repartição do produto econômico, não apenas inspirados em razões micro, porém macroeconômicas: as correções na injustiça da repartição deixam de ser apenas uma imposição ética, passando a consubstanciar exigência de qualquer política econômica capitalista” (GRAU, 2010, p. 229).

sejam em benefício de todos, e (b) correspondentes a posições e cargos abertos a todos”<sup>36</sup> (RAWLS, 1999, p. 53, tradução livre).

A igualdade de oportunidades, nesse contexto, diz respeito à alocação adequada de *recursos* em face da distribuição desigual de *talentos* – entendidos como fatores que as instituições sociais não conseguem controlar, mas não são de responsabilidade indivíduo, como circunstâncias biológicas e sociais – passando daí os resultados individuais serem baseados na competição baseada na *vontade*, entendida como circunstâncias relacionadas à responsabilidade e passível de controle individual – em Rawls, metas e ambições pessoais (FLEURBAEY, 1995, p. 26).

Esse princípio comanda um foco não só na redistribuição posterior dos resultados produtivos (através do sistema tributário e de transferências diretas), mas em medidas *pré-distributivas*, entendidas como aquelas que atuam no início do ciclo produtivo de modo que “redefinem as relações de produção e, ao fazê-lo, influenciem nos resultados pré-fiscais” (ZANITELLI, 2016, p. 307)<sup>37</sup>. Essas medidas pré-distributivas, observa Zanitelli (2016), podem incluir políticas públicas em prol da dispersão de capital e a dispersão de controle sobre os meios de produção (ZANITELLI, 2016, p. 308-311), o que evidencia a ideia de que a igualdade de oportunidades inclui não só a dimensão do indivíduo como consumidor, mas também como potencial ator econômico ou empreendedor. Tendo em vista essas observações, a garantia de preços baixos ao consumidor – ou de maior bem-estar agregado, na visão estrita de Chicago – não pode ser a única finalidade de um direito concorrencial comprometido com a justiça social.

O comando de igualdade de oportunidade, para Rawls, não é condicionada principalmente à maior eficiência desse arranjo, mas ao fato de

---

<sup>36</sup> No original, com o trecho completo: “Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) reasonably expected to be to everyone's advantage, and (b) attached to positions and offices open to all”.

<sup>37</sup> Sobre a distinção entre os períodos inicial e o posterior, esclarece Zanitelli que Rawls não tratou apenas da distribuição ocorrida ao final de cada período produtivo, mas também daquela que ocorre em seu início, ou na pré-distribuição: “No primeiro caso, trata-se de um regime que permite resultados de mercado pré-fiscais mais desiguais (e que combate essa desigualdade com tributação e transferência). No segundo, de um regime com medidas para reduzir a desigualdade dos resultados pré-fiscais (o que diminui a necessidade de redistribuir)” (ZANITELLI, 2016). Para usar a metáfora do bolo, medidas redistributivas tratariam da propriedade das fatias do bolo já crescido, enquanto medidas pré-distributivas tratam da distribuição e gestão dos ingredientes do bolo.

que a oportunidade igualitária serve à realização individual e atua como princípio superior de organização econômica com justiça social<sup>38</sup>.

Transpondo esse princípio à análise concorrencial, pode-se compreender que a desejabilidade de práticas exclusionárias não poderia ser aferida, unicamente, com relação a seu impacto na eficiência alocativa. Sob uma perspectiva de justiça social, a supressão da oportunidade de acesso aos mercados – acesso, aqui, na posição de empreendedor – tem valor negativo intrínseco, não sendo passível de instrumentalização em função de uma medida específica de eficiência. Adicionalmente, como se verá adiante, uma atitude tolerante com práticas exclusionárias sequer tem o potencial de contribuir com maior eficiência em longo prazo, haja vista as condições econômicas peculiares aos países em desenvolvimento.

Outra questão notável é que, junto às metas igualitárias, a Constituição consagrou o *desenvolvimento econômico* como objetivo da República.

Um foco em eficiência econômica é normalmente justificado sob a ideia de que é a melhor alternativa para gerar *crescimento* econômico, que seria uma meta universal<sup>39</sup>. Um foco em *desenvolvimento* econômico,

---

<sup>38</sup> Defende Rawls: “Primeiramente, contudo, eu deveria observar que as razões para requerer posições abertas não são somente, ou mesmo primariamente, as de eficiência. Eu não defendi que cargos devem ser abertos se de fato todos irão se beneficiar de tal arranjo. Porque pode ser possível melhorar a situação de todos ao atribuir certos poderes e benefícios a posições a despeito do fato de que certos grupos são excluídos deles. Embora o acesso é restrito, talvez esses cargos podem ainda atrair talento superior e encorajar melhor performance. Mas o princípio das posições abertas proíbe isso. *Ele expressa a convicção de que se alguns lugares não fossem abertos em uma base justa para todos, aqueles mantidos de fora estariam corretos em se sentir injustamente tratados, mesmo que eles tenham se beneficiado dos melhores esforços daqueles que foram permitidos ocupá-los. Eles estariam justificados em sua reclamação não só porque eles foram excluídos de certas recompensas externas do cargo, mas porque eles foram barrados de experimentar a realização do ser que vem de um exercício habilidoso e devotado de deveres sociais. Eles seriam privados de uma das principais formas de bem humano*” (RAWLS, 1999, p. 73, tradução livre, sem grifos no original).

<sup>39</sup> É essa a opinião de Priest: “[...] as finalidades normativas são claras. Toda sociedade se beneficia à medida que se torna mais rica. Embora o crescimento econômico seja às vezes identificado como relacionado somente à atividade comercial ou o que a alguns parece insinuar a promoção de valores materialistas em vez de espirituais ou filosóficos, há fortes fundamentos morais para defendê-lo. Mais obviamente, o crescimento econômico é responsável pelas melhorias mais básicas na qualidade de vida dos cidadãos, como aumento na expectativa de vida e redução da mortalidade

contudo, reconhece que o crescimento é apenas um dos fatores para apuração do bem-estar humano, sendo que o conceito de desenvolvimento coloca em questão o *conteúdo* e *direção* de tal crescimento. Assim, observam Lianos, Mateus e Raslan (2013), enquanto o crescimento é um “processo essencialmente quantitativo de expansão do produto interno bruto”, o desenvolvimento é “uma operação intrinsecamente qualitativa de gerar novo equilíbrio com maior produtividade e mudança de estruturas socioeconômicas”<sup>40</sup> (LIANOS; MATEUS; RASLAN, 2013, pos. 752, tradução livre), conceito que abre espaço para uma discussão normativa.

Em uma das formulações mais marcantes sobre o tema, Amartya Sen (1999) estipula que o desenvolvimento econômico deve ir além do mero crescimento econômico<sup>41</sup>, sendo compreendido como a promoção da *liberdade* através da expansão das capacidades individuais para busca de seus objetivos<sup>42</sup>. Para esse fim, o desenvolvimento deverá promover cinco liberdades instrumentais interligadas: “(1) liberdades políticas, (2) infraestruturas econômicas, (3) oportunidades sociais, (4) garantias de transparência e (5) segurança protetiva”<sup>43</sup> (SEN, 1999, p. 10, tradução livre).

---

infantil, dentre outros. [...] Esses fundamentos mais amplos para promover o crescimento econômico são compartilhados por todos os sistemas de valor humanísticos. Eles transcendem a experiência histórica e diferenças em cultura” (PRIEST, 2012, pos. 1.868, tradução livre).

<sup>40</sup> No original, com o trecho completo: “A distinction was established between the concept of growth, an essentially quantitative process of expanding gross domestic product, and that of development, an inherently qualitative operation of generating a new equilibrium with higher productivity and changing socioeconomic structures”.

<sup>41</sup> Sokol, Lianos e Cheng, a respeito da teoria de Sen, analisam que o foco na liberdade se presta à rejeição de uma abordagem sustentada pelo “trickle down economics”: “Desenvolvimento deve dedicar-se a ampliar a liberdade de indivíduos para perseguir seus objetivos de vida. Essa abordagem baseada na liberdade rejeita a premissa implícita da visão focada no crescimento de que o melhor jeito de alcançar melhorias no padrão de vida de base ampla é aumentar o bem-estar social e deixar os benefícios respingarem ao longo da escada social” (SOKOL; CHENG; LIANOS, 2013, pos. 169, tradução livre).

<sup>42</sup> Afirma Sen: “Por alguma razão, o crescimento econômico não pode de modo sensato ser tratado como um fim em si. O desenvolvimento tem de ser mais preocupado com melhorar as vidas que levamos e as liberdades de que gozamos. Expandir as liberdades que nós temos razões para valorizar não apenas torna nossas vidas mais livres e sem restrições, mas também nos permite ser pessoas sociais mais completas, exercendo nossas próprias vontades e interagindo com – e influenciando – o mundo em que vivemos” (SEN, 1999, p. 14-15, tradução livre).

<sup>43</sup> No original, com o trecho completo: “Five distinct types of freedom, seen in an ‘instrumental’ perspective, are particularly investigated in the empirical studies that

Dentre essas liberdades instrumentais, a segunda é particularmente importante: a liberdade instrumental relativa às “infraestruturas econômicas” refere-se à promoção da capacidade individual através da garantia de “utilizar os recursos econômicos para consumo, ou produção, ou troca”<sup>44</sup> (SEN, 1999, p. 39, tradução livre). Note-se que essa definição não se refere somente à capacidade do indivíduo enquanto consumidor, mas também como agente produtivo<sup>45</sup>.

Não seria muito distante da ideia de Sen, então, afirmar-se que a liberdade econômica refira-se, também, ao *acesso aos mercados* ou, em outras palavras, à oportunidade de ação econômica e ao direito de participar, ativamente, do processo de alocação dos recursos escassos em determinada sociedade. Um desenvolvimento com justiça social é aquele em que os indivíduos têm oportunidade de participar não só por meio de decisões de consumo, mas também de produção.

Essa é a posição de Eleanor Fox (2012), que defende que o desenvolvimento econômico requer o “empoderamento das pessoas para participarem na economia da comunidade e talvez além, o que implica em mercados abertos livres de restrições artificiais; oportunidade e mobilidade das pessoas como atores econômicos participativos e criativos”<sup>46</sup> (FOX, 2012, p. 3, tradução livre), para além de sua atuação como consumidores de bens sob preços acessíveis.

---

follow. These include (1) political freedoms, (2) economic facilities, (3) social opportunities, (4) transparency guarantees and (5) protective security. Each of these distinct types of rights and opportunities helps to advance the general capability of a person. They may also serve to complement each other”.

<sup>44</sup> No original, com o trecho completo: “Economic facilities refer to the opportunities that individuals respectively enjoy to utilize economic resources for the purpose of consumption, or production, or exchange”.

<sup>45</sup> Sen, ao mencionar a importância do acesso ao mercado de trabalho assalariado – de onde deriva a importância dos mercados como infraestrutura de promoção da liberdade, antes que mero instrumento de geração do crescimento econômico, também chega a mencionar o valor do acesso aos mercados enquanto produtor, com o seguinte exemplo: “a negação de acesso a mercados de produto é frequente entre as deprivações que pequenos agricultores e produtores com dificuldades sofrem sob arranjos e restrições tradicionais. A liberdade de participar na troca econômica tem um papel básico na vida social” (SEN, 1999, p. 7).

<sup>46</sup> No original, com o trecho completo: “The second part is empowerment of the people to participate in the economy of the community and perhaps beyond, implying open markets free of artificial restraints; opportunity and mobility of the people as participatory and creative economic actors; and, reciprocally, access of the people as buyers and consumers to goods and services at a price near cost”.

## **7. Um renovado foco nos abusos de posição dominante nos países em desenvolvimento.**

O foco em rivalidade repercute, principalmente, no tratamento dos abusos de posição dominante pelos países em desenvolvimento – não só no âmbito dos critérios substantivos para configuração da ilicitude dessas práticas, quanto também na ordenação de prioridades da política de aplicação da lei pelas autoridades antitruste.

Tradicionalmente, recomenda-se que os países em desenvolvimento foquem sua atuação no combate a cartéis puros, como acordos de fixação de preço, divisão de mercado, limites de produção, fraude a licitações, dentre outros. A principal razão para isso seria a mesma apontada pela Escola de Chicago para determinar as prioridades do antitruste estadunidense: ao contrário das fusões e do abuso de posição dominante, cartéis têm efeitos econômicos menos ambíguos, o que minimiza os riscos de decisões errôneas – ou, no caso das práticas internacionais, decisões contraditórias entre jurisdições (BRUSICK; EVENETT, 2008, p. 271). Esse problema seria especialmente agudo nos países em desenvolvimento, já que as agências de defesa da concorrência nesses locais teriam menor *expertise* para diferenciar práticas pró-competitivas de abusos anticoncorrenciais (BRUSICK; EVENETT, 2008, p. 279).

Aponta-se também que o combate aos cartéis poderia ser instrumentalizado para a construção de uma cultura da concorrência, especialmente se as prioridades de aplicação da lei se concentrarem em setores com maior repercussão midiática, como bens de consumo básicos e contratos públicos (SOKOL; STEPHAN, 2012, pos. 2.746).

No Brasil, o ajuste de prioridades na política de aplicação da legislação concorrencial – que, a partir da promulgação da Lei Federal nº 8.884/1994, havia se concentrado no controle de fusões – aconteceu a partir da década de 2000, tendo como marco a promulgação da Lei Federal nº 10.149/2000, que introduziu o sistema de acordos de leniência no sistema brasileiro e ampliou os poderes investigativos do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), inclusive com a previsão de possibilidade de pedidos de mandado de busca e apreensão sigilosos (TODOROV; TORRES FILHO, 2012, p. 238).

Ocorre, contudo, que a prática do abuso de posição dominante pode ser mais comum e prejudicial aos países em desenvolvimento do que se imagina.

Como mencionado acima, a análise do impacto de decisões em matéria concorrencial, sob o ideário da Escola de Chicago, é fundado em uma teoria da decisão que compara os custos de erros tipo I (falsas condenações) com os custos de erros tipo II (falsas absolvições). A tendência geral de preferência por erros tipo II é fundada na ideia de que eventuais abusos de poder econômico, se não-condenados, seriam transitórios, em razão do potencial de autocorreção de mercado; falsas condenações, por sua vez, teriam grande impacto nos incentivos para futuros investimentos pelas empresas, desincentivando permanentemente ações pró-competitivas (“esfriando” a concorrência). Essas presunções não são, necessariamente, extensíveis a todas as jurisdições. A probabilidade de ocorrência de cada erro pode ser diferente em cada contexto econômico e institucional (DEVLIN; JACOBS, 2010, p. 98) e, na ausência de dados empíricos sobre tal variável, é evidente que cada jurisdição possui diferentes entendimentos sobre os pressupostos subjacentes aos ditames da teoria dos custos dos erros (EVANS, 2009, p. 181).

Por essa razão, é essencial que os países em desenvolvimento verifiquem, para seu contexto específico, qual a probabilidade de ocorrência de cada tipo de erro e seus respectivos custos, com recurso inclusive a métodos empíricos de verificação, como a análise de efeitos de decisões passadas (ADAM; ALDER, 2008, p. 628).

Isso implica rejeitar o universalismo de uma análise econômica aplicada a “condutas genéricas abstratas a mercados genéricos abstratos”<sup>47</sup> (LEWIS, 2008, p. 3, tradução livre), considerando não só o tamanho, estrutura e histórico da economia nacional, como também determinando a forma pela qual os objetivos normativos de cada jurisdição (eficiência, rivalidade, distribuição, dentre outros) devem ser ponderados na análise de custos e benefícios (ADAM; ALDER, 2008, p. 628).

Assim é que, no sistema europeu, identifica-se que a presunção de que os mercados tendem prontamente à autocorreção é atenuada em face da observação de que muitos mercados ainda são marcados por posições dominantes entrincheiradas, herdeiras de antigos monopólios estatais ou beneficiárias de outros privilégios que não refletem a remuneração de um investimento ou inovação substancial (VICKERS, 2007, p. 06). Além disso, a

---

<sup>47</sup> No original, com o trecho completo: “Surely any economic analysis worthy of the name must begin an assessment of the likelihood of the direction of error in anti-trust enforcement with an attempt to specify the pertinent features of the actual economy in which the enforcement is carried out, rather than with the application of industrial organisation theories to abstracted generic conduct in abstracted generic economies”.

expectativa de que a intervenção governamental pode ser apta a melhorar o funcionamento dos mercados, bem como preocupações com questões distributivas, constituem um importante elemento da ideologia europeia que, obviamente, afeta a percepção sobre os méritos da ação antitruste quanto ao abuso de posição dominante (GAL, 2004, p. 04).

Por essas razões é que se compreende a distinção do sistema europeu quanto ao balanço ideal entre os riscos de se, por um lado, “esfriar” a concorrência através de um antitruste vigoroso, e, de outro, combater os prejuízos derivados do abuso de posição dominante (VICKERS, 2007, p. 06). É notável, nesse aspecto, a prática do sistema europeu de analisar a *origem* do poder econômico, no caso concreto, para só então apurar os efeitos da intervenção do antitruste nos incentivos para investimento futuros (CASTRO, 2017a).

Se, entre os países desenvolvidos, já se identifica substancial diferença quanto à percepção dos méritos da intervenção antitruste em face de práticas exclusionárias, essas diferenças podem se mostrar ainda mais acentuadas nos países em desenvolvimento.

Alguns contextos econômicos nesses países, como os descritos no tópico anterior, podem ser ideais para a emergência dessa prática, assim exemplificados por Evenett e Brusick (2008, p. 280 et seq.):

- Monopólios ou posições dominantes consideráveis, formados através da aquisição de monopólios públicos com décadas de existência e entrincheiramento, em processos de privatização pouco comprometidos com a concorrência pós-liberalização;
- Setores regulados – especialmente com restrições à entrada e saída – marcados por reguladores capturados pelas empresas reguladas;
- Setores marcados pela dominância de um grande player multinacional, com poder econômico suficiente para sustentar práticas para suprimir a lucratividade de rivais (“*deep pocket*”), além de poder de barganha considerável para impôr condições abusivas a fornecedores e distribuidores domésticos; e
- Abusos exploratórios ou exclusionários derivados de abusos de direitos de propriedade intelectual em regimes patentários mal estruturados ou mal implementados.

Esse tipo de contexto, além de mais comum em países em desenvolvimento que em jurisdições como a estadunidense, é mais

problemático para a economia desses países, haja vista o potencial limitado de “autocorreção” dessas práticas.

Os problemas relacionados à fé na autocorreção dos mercados são ainda mais agudos no contexto dos países em desenvolvimento. A teoria dos mercados contestáveis – de que, independentemente da preservação da rivalidade, a mera ameaça da entrada em um mercado “contestável” seria incentivo econômico suficiente para que a empresa dominante continue a precificar e inovar de modo competitivo – presume um monopolista não pode alterar seus preços após a entrada, bem como a irrelevância das barreiras à entrada. Se, como visto acima, as barreiras à entrada são bastante substanciais nos países em desenvolvimento, uma atitude tolerante com práticas de abuso de posição dominante exclusionária poderia constituir, justamente, o maior impeditivo à autocorreção do mercado nesses países (ADAM; ALDER, 2008, p. 589).

Nesse ponto, ao presumir a autocorreção do mercado, o direito concorrencial estaria, de fato, impedindo que esse fenômeno ocorresse, quando não destina tratamento adequado às práticas exclusionárias que mantêm posições dominantes entrincheiradas. Falsos negativos nesses países, portanto, podem ter efeitos negativos muito mais substanciais que os presumidos nas nações desenvolvidas<sup>48</sup>.

O temor quanto à remuneração inadequada a investimentos passados deve, assim como na prática europeia, ser analisado à luz do histórico da posição dominante, uma vez que sua origem, em países em desenvolvimento, pode ser decorrência de décadas de uma política econômica descomprometida com a promoção da concorrência, além de protecionismo, questões históricas,

---

<sup>48</sup> É a posição de Fox e Gal: “Enquanto a legislação dos EUA é especialmente preocupada com falsos positivos, com excessiva intervenção antitruste a ponto de que empresas ineficientes serão protegidas da própria concorrência, países em desenvolvimento podem estar mais preocupados com falsos negativos, preocupados que empresas dominantes têm por muito tempo sido protegidas das forças da concorrência e que pessoas/empresas com nenhum poder têm frequentemente sido excluídas de entrar em mercados e concorrer por seus méritos. Enquanto os Estados Unidos raramente vê um monopólio e muito mais frequentemente vê cartéis, países em desenvolvimento frequentemente vêem monopólios em quase todo setor importante de negócios. E enquanto a lei dos EUA pode se dar ao luxo de deferir a uma agência regulatória quando o monopólio reside em um setor regulado, assim reduzindo mais ainda o escopo de aplicação do antitruste, países em desenvolvimento mais frequentemente experimentam captura em agências regulatórias e podem às vezes estar melhores com a voz a autoridade da concorrência do que com a proteção de uma agência regulatória” (GAL; FOX, 2015, p. 334, tradução livre).

privatização de antigos monopólios estatais e outros fatores (LEWIS, 2008, p. 4)<sup>49</sup>.

Desse modo, o risco de a aplicação da lei antitruste “esfriar” a concorrência, nos países em desenvolvimento, pode ser maior quando se consolida uma postura permissiva quanto a práticas exclusionárias que perpetuam posições dominantes entrincheiradas, “esfriando” a rivalidade, ou “mais o efeito de esfriamento que isso terá em nova entrada potencial ao invés das possíveis consequências de esfriamento de se restringir, embora ocasionalmente de modo errôneo, a liberdade de ação dessas empresas dominantes”<sup>50</sup> (LEWIS, 2008, p. 11, tradução livre).

Além de ser necessário que a política de aplicação da lei de defesa da concorrência, em países em desenvolvimento, atribua atenção especial aos abusos de posição dominante, é necessário que essa análise se utilize de critérios substantivos comprometidos com a manutenção da rivalidade e proteção da estrutura da concorrência<sup>51</sup>.

Como isso é especialmente marcante para antigos monopólios estatais liberalizados, uma política rigorosa quanto ao abuso de posição dominante deve ser vista como complemento essencial à liberalização, para

---

<sup>49</sup>No mesmo sentido, afirmam Heimler e Mehta: “Em países em desenvolvimento muitas empresas dominantes obtiveram suas posições por meio da proteção de barreiras regulatórias à entrada, políticas de campeões nacionais ou monopólios legais, de modo que o desincentivo à inovação originando-se de um ativismo excessivo de aplicação da lei pode ser menos relevante” (HEIMLER; MEHTA, 2013, p. 3, tradução livre).

<sup>50</sup>No original, com o trecho completo: “Under these actual economic circumstances, those charged with promoting competition in South Africa should be forgiven for fearing the direct consequences of abusive conduct by dominant firms and the chilling effect that this will have on potential new entry rather more than the possible competition chilling consequences of restricting, albeit occasionally erroneously, the freedom of action of these dominant firms”.

<sup>51</sup>Assim defendem Fox e Gal: “A nosso ver, a disponibilidade da proibição ao abuso de posição dominante é uma das mais importantes armas no arsenal antitruste dos países em desenvolvimento para abrir mercados fechados e, assim, ajudar a fazer os mercados funcionar onde eles nunca antes funcionaram; em que empresas têm estado amarradas em privilégio e compadrio e empresas dominantes têm bloqueado os caminhos para massas de pessoas. Estatismo passado e permanente, e o fato de que os negócios cresceram por favoritismo, e não mérito, apontam para a necessidade de uma lei forte, favorável à aplicação da lei” (GAL; FOX, 2015, p. 334, tradução livre).

prevenir que agentes com posições dominantes perpetuem seu poder através da criação de restrições privadas (HEIMLER; MEHTA, 2013, p. 04)<sup>52</sup>.

Adam e Alder (2008) observam que a política de tratamento dos abusos de posição dominante precisa balancear três objetivos: garantir concorrência suficiente entre as empresas de modo a forçá-las a serem eficientes, permitir um certo grau de lucratividade de modo que elas tenham incentivos a investir e inovar, e obter uma distribuição equitativa de riqueza e oportunidades de negócios entre diferentes partes da sociedade.<sup>53</sup> (ADAM; ALDER, 2008, p. 625, tradução livre), sendo que, enquanto os países desenvolvidos costumam focar apenas nos dois primeiros, os países em desenvolvimento precisam também dirigir atenção especial ao terceiro, para garantir a mobilidade e acesso aos mercados e, conseqüentemente, manejar adequadamente as questões da desigualdade e pobreza.

Para equilibrar esses três objetivos, é necessário que a análise substantiva do abuso de posição dominante seja comprometida com a proteção da rivalidade, não se restringindo à configuração da ilicitude somente quando há evidência direta de dano ao consumidor<sup>54</sup>. Ao mesmo tempo, como visto, essa proteção da rivalidade não pode significar, pura e simplesmente, a proteção de concorrentes, independentemente de seu grau de eficiência: o que se está a proteger é a estrutura da efetiva concorrência (DREXL, 2015, p. 288).

---

<sup>52</sup> É também nesse sentido a posição de Budzinski e Beigi. Os autores, considerando que “em muitas economias em industrialização empresas dominantes são incumbente que costumavam usufruir de todos os tipos de privilégio e podem estar entrelaçadas com a política e/ou famílias influentes”, defendem que “ ‘apenas’ privatizar e liberalizar institucionalmente pode não ser suficiente porque a reação natural dos incumbentes será visar todo tipo de proteção contra as forças concorrências iminentes de modo a evitar ser arrastadas a um ambiente competitivo e prolongar suas rendas anticompetitivas ao longo e após a era de privatização e liberalização” (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 242, tradução livre).

<sup>53</sup> No original, com o trecho completo: “Such laws have to find a balance between three objectives: ensuring enough competition between firms in order to force them to be efficient, allowing a certain degree of profitability so that they have incentives to invest and innovate, and achieving an equal distribution of wealth and business opportunities among different parts of the society”.

<sup>54</sup> Cf. Fox e Gal: “Assim, em jurisdições em desenvolvimento mais peso deve ser reconhecido à habilidade de agentes externos contestarem os mercados no mérito e não serem excluídos de importantes seguimentos pelo uso de alavancagem pela empresa dominante. Tal ênfase tende a expandir as oportunidades de entrada daqueles sem poder e a avivar mercados monopolizados monótonos e então é mais simpática à missão da legislação concorrencial em países em desenvolvimento” (GAL; FOX, 2015, p. 336, tradução livre).

Identificar problemas no processo de convergência antitruste internacional (CASTRO, 2017b) não significa virar as costas à experiência internacional na aplicação do antitruste ao longo da história. Significa, isso sim, analisar criticamente as teorias formuladas sob outras jurisdições e incorporar o que for compatível com a realidade jurídica e econômica do país de destino, em um processo de *divergência informada*. Para a finalidade ora debatida, o recurso à experiência europeia pode ser um ponto de partida útil para que, progressivamente, os países em desenvolvimento possam construir seus próprios testes de configuração de desejabilidade/indesejabilidade de práticas econômicas exclusionárias.

Como analisado com referência à compressão de margens em Castro (2017a) a configuração do abuso de posição dominante, no sistema europeu, não ocorre somente diante da evidência de dano direto ao consumidor, mas incorpora como requisito a exclusão atual ou potencial de um concorrente igualmente eficiente. Este é um concorrente hipotético, com a mesma estrutura de custos da empresa dominante. A justificativa, dentre outras, é a necessidade de se evitar que o direito da concorrência seja utilizado para a proteção de rivais ineficientes.

Embora esse seja um bom ponto de partida para aos países em desenvolvimento – comparativamente àquele vigente no tratamento da monopolização pelo sistema estadunidense – é possível que, em determinados contextos, seja ideal que a autoridade concorrencial verifique as condições reais da rivalidade, já que, diante de uma posição dominante entrincheirada, a entrada tempestiva e suficiente de um concorrente igualmente eficiente pode ser uma presunção irreal (GAL; FOX, 2015, p. 337). Assim, alternativas como a o teste do concorrente *razoavelmente* eficiente, também discutida no sistema europeu – podem ser mais adequadas.

Budzinski e Beigi (2015) chegam a sugerir, inclusive, que a proteção da “franja concorrencial” em mercados dominados por uma posição entrincheirada seja feita com menor preocupação com o nível atual de eficiência dos rivais integrantes da franja (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 242). Os autores justificam essa proposta – que, observam, poderia gerar contrariedade de economistas comprometidos com o slogan de “defender a concorrência, não os concorrentes” – em função da ideia de se *gerar* concorrência futura<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> Defendem os autores: “[...] em vez de se proteger uma concorrência de mercado em bom funcionamento e totalmente desenvolvida, um ambiente concorrencial precisa ser gerado em face de estruturas, tradições e mentalidades não-competitivas. Assim

Adotar essa abordagem é uma posição possível para países em desenvolvimento. É necessário, contudo, que a proteção de rivais “ainda não igualmente” eficientes, se é comprometida com a geração de concorrência futura e eficiência em longo prazo, seja adotada com cautela, determinando-se por quanto tempo seria necessária essa proteção até a obtenção do efeito econômico desejado, assumindo-se uma visão estratégica (GORMSEN, 2007, p. 338).

## 8. Considerações finais.

Se princípios como a justiça social, o desenvolvimento econômico e a redução da desigualdade parecem contraditórios com a livre concorrência – em referência aos tipos ideológicos puros – na Constituição essa contradição é apenas aparente, já que a implementação da política econômica infraconstitucional precisará harmonizá-los em observância à técnica da *economicidade* (SOUZA, 1980, p. 32, 2005, p. 29). A aplicação da legislação concorrencial deverá providenciar tanta efetividade aos princípios constitucionais quanto seja possível, diante da realidade jurídica e econômica, em um regime hermenêutico de *ponderação* e não de *exclusão*<sup>56</sup>.

Uma compreensão da finalidade do direito concorrencial como sendo a “proteção do processo competitivo”, ou preservação da rivalidade

---

sendo, concorrentes recém-emergentes precisam ser protegidos contra estratégias de compressão e dissuasão que se repousam de fato em poder de mercado obtido de modo anticompetitivo dos incumbentes, independentemente de se se pode ou não provar que os novos concorrentes já são mais eficientes que o incumbente. Acima de tudo, negócios emergentes precisam ter uma chance real de demonstrar suas habilidades! Em contraste com muitos países industrializados, essa oportunidade pode não existir sem um controle de abuso disciplinando os incumbentes e os forçando (e educando) a concorrer estritamente pelo mérito, apenas” (BUDZINSKI; BEIGI, 2015, p. 243, tradução livre).

<sup>56</sup> Nessa linha é o pensamento de Eros Grau: “[...] sendo a Constituição um sistema dotado de coerência, não se presume contradição entre suas normas. A admitir-se a ocorrência de contradições entre elas – ‘princípios e soluções contraditórias’, como refere Raul Machado Horta – por força hão de ser elas eliminadas, seja para afirmar-se que umas não são válidas (ou não se aplicam a determinados casos), seja as interpretando de modo adequado e suficiente à superação da contradição ou contradições. Apenas a segunda alternativa é, todavia, praticável, até porque a primeira nos conduziria ao absurdo de supormos que há, na Constituição de 1988, duas ordens econômicas, uma neoliberal, outra intervencionista e dirigista” (GRAU, 2010, p. 194).

(DREXL, 2015), pode ser mais compatível com a realidade econômica e as opções políticas consagradas na Constituição brasileira – que, como visto, fixa expressamente o objetivo de reprimir “o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (Art. 173, 4º).

É importante, contudo, que essa abordagem não seja compreendida como uma proteção à concorrência por si só considerada, mas como instrumento para a promoção do desenvolvimento inclusivo no marco da justiça social, com igualdade de oportunidades. Assim será possível integrar a política econômica concorrencial à finalidade da ordem econômica constitucional como um todo – qual seja, “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (Art. 170, *caput*).

O que é importante deixar claro, aqui, é que a proposta de que os países em desenvolvimento adotem a proteção da rivalidade, como finalidade do antitruste, não constitui um abandono da ideia de eficiência econômica, genericamente considerada, mas da formulação específica desse valor pelo ideário da Escola de Chicago.

Finalidades distintas do modelo ortodoxo da eficiência econômica são, por vezes, chamadas de considerações “não-econômicas”. Tais valores são, contudo, eminentemente econômicos, na medida em que se referem diretamente ao modo como determinada sociedade humana deve tratar da produção, circulação e distribuição de recursos escassos.

Poli (2015, p. 66) descreve que o ideário da teoria antitruste de Chicago, ao ser incorporado pelos países do BRICS, foi ajustado e flexibilizado para conformação com o entendimento particular de cada um desses países acerca do conceito de eficiência e bem-estar. Essa tendência deve ser encarada como algo positivo. Uma proposta de convergência universalista, que desconsidere a imersão institucional dos modelos econômicos, esbarra no fato de que a adesão ao modelo de eficiência conforme definido por Chicago constitui uma opção eminentemente política. Custos e benefícios econômicos podem ser percebidos de modo distinto em cada comunidade jurídica. Por essa razão, é válido e desejável que o entendimento acerca do que constitui eficiência – e acerca de quais métodos devem ser implementados para atingi-la – seja construído em cada jurisdição.

O que se rejeita, portanto, é o foco na eficiência alocativa estática nos contornos propostos pela Escola de Chicago. No caso do abuso de posição dominante, por exemplo, se a eficiência ou bem-estar do consumidor (em sua acepção própria ou imprópria) constitui a finalidade do direito concorrencial,

só serão ilícitas práticas exclusionárias que gerem prejuízo ao consumidor (no caso do padrão do excedente do consumidor) ou prejuízo ao consumidor que não seja compensado pelo ganho dos produtores (no caso do padrão do bem-estar total). O foco na rivalidade significa reconhecer que mesmo práticas que não geram aumento de preço para o indivíduo na condição de consumidor, em curto prazo, podem gerar prejuízos substanciais em longo prazo, tanto à sua condição de consumidor quanto de empreendedor ou cidadão<sup>57</sup>.

Embora mantendo seu caráter de *instrumento* (FORGIONI, 2012, p. 176), a proteção da rivalidade pode, no caso brasileiro, servir à finalidade última de concretização da justiça social, como visto acima<sup>58</sup>. Não se busca, portanto, conceituar a concorrência no sistema brasileiro como fim em si, mas evidenciar que, dada a realidade econômica brasileira, a proteção da rivalidade pode servir à promoção do desenvolvimento econômico sob o marco da justiça social. Mesmo o conceito *ontológico* europeu de concorrência “como instituição”, como visto acima, inclui uma visão desenvolvimentista.

Também deve-se repisar que as justificativas de eficiência alocativa e produtiva das práticas econômicas não são tornadas irrelevantes, mesmo num contexto de proteção da rivalidade. A diferença é que, como visto no caso europeu, a eficiência não é considerada finalidade última dessa política econômica, sendo conjugada em uma análise mais ampla que visa à garantia da rivalidade.

Diversas propostas de inclusão, no âmbito do antitruste, de preocupações distributivas e dinâmicas, são centradas na promoção da rivalidade, especialmente através da superação de uma postura não-intervencionista em face de práticas exclusionárias. Essas propostas incorporam uma visão econômica de que a promoção da rivalidade pode gerar desenvolvimento, em longo prazo, através de seu impacto na redução da

---

<sup>57</sup> É o que defende Drexel: “Em termos de aplicação prática da legislação concorrencial, o foco nas condições da concorrência e na proteção do processo competitivo como tal trará mais benefícios em longo prazo do que simplesmente concentrar nos efeitos de curto prazo na eficiência de uma dada conduta ou fusão” (DREXL, 2015, p. 287, tradução livre).

<sup>58</sup> É, também, o que defende Andrade: “[...] a concorrência não pode ser considerada isoladamente (nesse sentido ela não é um fim em si mesmo). Mas, não vemos porque isso significa que não haja uma proteção da concorrência na constituição e que ela não possa ser invocada, argumentativamente, como uma garantia contra uma situação hipotética que suprima (e destrua) o mercado interno. Nessa situação limite, a concorrência foi defendida como tal (e, conjuntamente, isso permitiu que fossem reforçadas outras normas da constituição)” (ANDRADE, 2014).

desigualdade, na promoção da inovação e outros efeitos<sup>59</sup> (GERLA, 1996, p. 211). Embora esses resultados sejam caros aos países em desenvolvimento, essa é uma discussão corrente mesmo entre os países desenvolvidos.

Uma oposição possível a esse argumento seria a de que o foco exclusivo na eficiência, pelo direito da concorrência brasileiro, seria compatível com a Constituição porque outras políticas econômicas destinar-se-iam à concretização dos outros princípios e finalidades (CONSIDERA; CORRÊA, 2002, p. 41). Esse argumento complica-se diante da constatação de que a origem de alguns dos problemas econômicos que se está discutindo é, justamente, a persistência de estruturas econômicas concentradas e entrincheiradas, em mercados com uma estrutura competitiva deficiente. Se se percebe uma necessidade de promoção do acesso aos mercados, da mobilidade e da rivalidade para o desenvolvimento, como se verá a seguir, o direito da concorrência é a política econômica por excelência para a tarefa, por lidar *diretamente* com as restrições artificiais levantadas contra esse processo (FOX, 2012, p. 04).

Tampouco viceja o argumento de que a inclusão desses temas traz complexidade intolerável ao direito da concorrência: um regime voltado à proteção do processo competitivo é tão administrável quanto um com foco na eficiência alocativa, a se julgar pela experiência europeia (CASTRO, 2017a). Afirmar isso não implica, por óbvio, em estipular que a política concorrencial não deve ser implementada em conjunto com as demais políticas econômicas – como a tributária, regulatória, industrial, patentária e outras. O que isso significa é que o valor transformador do direito concorrencial em países em desenvolvimento não pode ser subestimado.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADAM, Michael; ALDER, Simon. ABUSE OF DOMINANCE AND ITS EFFECTS ON ECONOMIC DEVELOPMENT. In: LIPIMILE, GEORGE; QAQAYA, HASSAN (Org.). . *The effects of anti-competitive business practices on developing countries and their development*. Geneva: United

---

<sup>59</sup>Dentre esses efeitos incluem-se também a promoção da eficiência na gestão interna empresarial (GERLA, 1996, p. 223), o controle do risco sistêmico de instituições “grandes demais para falirem” (MARKHAM JUNIOR, 2011; OSTI, 2015, p. 262).

- Nations Conference on Trade and Development, 2008. p. 571–629. Disponível em: <[http://unctad.org/en/Docs/ditcclp20082\\_en.pdf](http://unctad.org/en/Docs/ditcclp20082_en.pdf)>.
- AMANN, Edmund; BAER, Werner. Neoliberalismo e concentração de mercado no Brasil : A emergência de uma contradição ?\*. *Econômica*, v. 8, n. 2, p. 269–289, 2006.
- ANDRADE, José Maria Arruda De. *Economicização do Direito Concorrencial*. São Paulo: Quartier Latin, 2014.
- ATKINSON, A. *Inequality. What can be done?* Cambridge, MA: Harvard University Press, 2015.
- BAKER, Jonathan B. Exclusion as a Core Competition Concern. *Antitrust Law Journal*, v. 78, p. 527–589, 2013.
- BAKHOUM, Mor. A Dual Language in Modern Competition Law? Efficiency Approach versus Development Approach and Implications for Developing Countries. *World Competition*, v. 34, n. 3, p. 495–522, 2011.
- BRUSICK, Philippe; EVENETT, Simon J. Should Developing Countries Worry About Abuse of Dominant Power? *Wisconsin Law Review*, v. 1, p. 269–294, 2008.
- BUCH-HANSEN, Hubert; WIGGER, Angela. The politics of European competition regulation. *RIPE series in global political economy*, n. 32, p. xvi, 179 p., 2011.
- BUDZINSKI, Oliver. *The Governance of Global Competition: Competence Allocation in International Competition Policy*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2008.
- BUDZINSKI, Oliver; BEIGI, Maryan H. A. Generating instead of protecting competition. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .
- CARLTON, Dennis W. SHOULD “PRICE SQUEEZE” BE A RECOGNIZED FORM OF ANTICOMPETITIVE CONDUCT? *Journal of Competition Law and Economics*, v. 4, n. 2, p. 271–278, 17 set. 2008. Disponível em: <<http://jcle.oxfordjournals.org/cgi/doi/10.1093/joclec/nhn012>>.
- CASTRO, Bruno Braz De. A Compressão de Margens nas Fronteiras do Direito Concorrencial. *Revista do IBRAC*, v. 23, p. 167–191, 2017a.

CASTRO, Bruno Braz De. Convergência internacional do direito da concorrência: Desafios aos países em desenvolvimento. *Diplomatize*, v. 5, n. 3, p. 94–112, 2017b.

CASTRO, Bruno Braz De. *Eficiência e Rivalidade: Alternativas para o Direito Concorrencial nos Países em Desenvolvimento*. 2017c. Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), 2017.

CASTRO, Bruno Braz De. *Preços Exploratórios: mera “ficção científica” ou desafio real ao direito concorrencial brasileiro? (Dissertação de Mestrado)*. 2012. Universidade Federal de Minas Gerais, 2012.

CHU, Johan S. G. *Durable Dominance: Dominant Entrenchment through Open Competition (Dissertação)*. 2013. University of Michigan, 2013. Disponível em: <[https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/110376/johanchu\\_1.pdf?sequence=1](https://deepblue.lib.umich.edu/bitstream/handle/2027.42/110376/johanchu_1.pdf?sequence=1)>.

COMISSÃO EUROPEIA. Orientação sobre as prioridades da Comissão na aplicação do artigo 82o. do Tratado CE a comportamentos de exclusão abusivos por parte de empresas em posição dominante. *Jornal Oficial da União Europeia*, n. C 45, p. 7–20, 2009. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)>.

CONSIDERA, Claudio Monteiro; CORRÊA, Paulo. *The Political Economy of Anti-Trust in Brazil: From Price Control to Competition Policy*. , SEAE/MF Documento de Trabalho., nº 11. [S.l: s.n.], 2002. Disponível em: <<http://www.seae.fazenda.gov.br/central-de-documentos/documentos-de-trabalho/documentos-de-trabalho-2002/DocTrab11.pdf>>.

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

DREXL, Josef. Consumer welfare and consumer harm: adjusting competition law and policies to the needs of developing jurisdictions. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). . *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

DUTZ, Mark; KHEMANI, R Shyam. *Challenges in South Asia Competition Law and Policy: Challenges in South Asia*. Washington, DC: The World Bank, 2007.

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

EVANS, David S. Why Different Jurisdictions Do Not (and Should Not) Adopt the Same Antitrust Rules. *Chicago Journal of International Law*, v. 10, n. 1, p. 161–187, 2009.

EVENETT, Simon J. Competition law and the economic characteristics of developing countries. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). . *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

FLEURBAEY, Marc. Equal Opportunity or Equal Social Outcome? *Economics and Philosophy*, v. 11, n. 01, p. 25, 1995.

FORGIONI, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

FOX, Eleanor M. *Competition, Development and Regional Integration: In Search of a Competition Law Fit for Developing Countries*. , Law & Economics Research Paper Series., n° 11-04. [S.l: s.n.], 2012. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1761619>>.

FOX, Eleanor M.; TREBILCOCK, Michael J. *The Design of Competition Law Institutions and the Global Convergence of Process Norms: The GAL Competition Project (Working Paper)*. , Law & Economics Research Paper Series., n° 12–20. [S.l: s.n.], 2012.

FOX, Eleanor M. Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, v. 13, p. 211, 2007. Disponível em: <<http://ssrn.com/paper=1002637>>.

GAL, M. Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the US and the EC: Two Systems of Belief About Monopoly? *The Antitrust Bulletin*, v. 49, p. 343–384, 2004.

GAL, Michal S.; FOX, Eleanor M. Drafting competition law for developing jurisdictions: learning from experience. *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

GERBER, David J. Constitutionalizing the Economy: German Neoliberalism, Competition Law and the “New” Europe. *The American Journal of Comparative Law*, v. 42, n. 1, p. 25–84, 1994.

GERBER, David J. *GLOBAL COMPETITION LAW CONVERGENCE: POTENTIAL ROLES FOR ECONOMICS*. , Chicago-Kent College of Law Research Paper., n° 2014-05. [S.l: s.n.], 2014.

GERLA, Harry S. Restoring Rivalry As a Central Concept in Antitrust Law. *Nebraska Law Review*, v. 75, n. 2, 1996.

GORMSEN, Liza Lovdahl. *A Principled Approach to Abuse of Dominance in European Competition Law*. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010.

GORMSEN, Liza Lovdahl. The Conflict Between Economic Freedom and Consumer Welfare in the Modernisation of Article 82 Ec. *European Competition Journal*, v. 3, n. 2, p. 329–344, 2007. Disponível em: <<http://www.tandfonline.com/doi/full/10.5235/ecj.v3n2.329>>.

GRAU, Eros. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

HEIMLER, Alberto; MEHTA, Kirtikumar. Monopolization in developing countries. *Social Science Research Network*, p. 1–20, 2013. Disponível em: <[https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2335653](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2335653)>.

IMF. *FMI World Economic Outlook (WEO) - Recovery Strengthens, Remains Uneven*. [S.l: s.n.], 2014. Disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2014/01/>>.

INDIG, Tamar; GAL, Michal S. Lifting the veil: rethinking the classification of developing economies for competition law and policy. In: GAL, MICHAL S. et al. (Org.). *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

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

LIANOS, Ioannis; MATEUS, Abel; RASLAN, Azza. Is There a Tension Between Development Economics and Competition? In: SOKOL, D. DANIEL; CHENG, THOMAS K; LIANOS, IOANNIS (Org.). *Competition Law and Development*. Kindle ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2013. .

MARKHAM JR., Jesse W. W. Lessons for Competition Law From the Economic Crisis : the Prospect for Antitrust Responses To the “Too-Big-To-Fail” Phenomenon. *Fordham Journal of Corporate & Financial Law*, v. 16, n. 2, p. 261–322, 2011.

MOGUILLANSKY, Graciela; VERÓNICA, Silva. *Creando condiciones para el desarrollo productivo: políticas de competencia*. , Comercio Internacional., nº 48. Santiago de Chile: [s.n.], 2004. Disponível em: <<http://www.eclac.org/publicaciones/xml/4/20504/lcl2198e.pdf>>.

NIELSEN, Lyng. How to Classify Countries Based on Their Level of Development. *Social Indicators Research*, v. 114, n. 3, p. 1087–1107, 2013.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD). Implementing Competition Policy in Developing Countries. [S.l: s.n.], 2007. p. 85–92. Disponível em: <[http://www.oecd-ilibrary.org/development/promoting-pro-poor-growth/implementing-competition-policy-in-developing-countries\\_9789264024786-9-en](http://www.oecd-ilibrary.org/development/promoting-pro-poor-growth/implementing-competition-policy-in-developing-countries_9789264024786-9-en)>.

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

PEÑA, Julian. Competition policies in Latin America, post-Washington Consensus. In: MARSDEN, PHILIP (Org.). . *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006. .

PETRECOLLA, Diego *et al.* Economic structure and competition policy application in Latin American countries. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). . *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

POLI, Eleonora. *Antitrust Institutions and Policies in the Globalising Economy*. Nova York: Palgrave Macmillan, 2015.

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

PRIEST, George L. Competition Law and Development: The Absolutist View. In: SOKOL, D. DANIEL; CHENG, THOMAS K; LIANOS, IOANNIS (Org.). . *Competition Law and Development*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2012. .

RAWLS, John. *A Theory of Justice - Revised Edition*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1999. v. 1.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *A Legal Theory of Economic Power: Implications for Social and Economic Development*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2011.

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

SALOP, Steven C.; BAKER, Jonathan B. *Antitrust, Competition Policy, and Inequality*. , n° 41. [S.l: s.n.], 2015. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com/abstract=2567767>>.

SEN, Amartya. *Development As Freedom*. 4. ed. Nova York: Alfred A. Knopf, 1999.

SILVA, José Afonso Da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

SINGH, Poonam. Convergence in Emerging Markets: The Case of Abuse of Dominant Position in Competition Policy. *Journal of Interdisciplinary Economics*, v. 25, n. 1–2, p. 41–67, 2013. Disponível em: <<http://jie.sagepub.com/lookup/doi/10.1177/0260107914524661>>.

SOKOL, Daniel D.; CHENG, Thomas K; LIANOS, Ioannis. Introduction. *Competition Law and Development*. Stanford, CA: Stanford University Press, 2013. .

SOKOL, Daniel D.; STEPHAN, Andreas. Prioritizing Cartel Enforcement in Developing World Competition Agencies. In: SOKOL, D. DANIEL; CHENG, THOMAS K.; LIANOS, IOANNIS (Org.). . *Competition Law and Development*. Kindle ed. Stanford, CA: Stanford University Press, 2012. .

SOUZA, Washington Peluso Albino De. *Direito Econômico*. São Paulo: Saraiva, 1980.

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

STIGLITZ, Joseph. Inequality and Economic Growth. p. 1–18, 2013. Disponível em: <[http://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/Inequality and Economic Growth.pdf](http://www8.gsb.columbia.edu/faculty/jstiglitz/sites/jstiglitz/files/Inequality%20and%20Economic%20Growth.pdf)>.

TAPIA, Javier. Increasing deterrence in Latin American competition law enforcement regimes. In: WHISH, RICHARD; TOWNLEY, CHRISTOPHER (Org.). . *New Competition Jurisdictions - Shaping Policies and Building Institutions*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2012. p. 139–166.

TAPIA, Javier; ROBERTS, Simon. Abuse of dominance in developing countries: a view from the South, with an eye on telecommunications. In: GAL, MICHAL S. *et al.* (Org.). . *The Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their implications for Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2015. .

TODOROV, Francisco Ribeiro; FILHO, Marcelo Maciel Torres. History of competition policy in Brazil: 1930–2010. *The Antitrust Bulletin*, v. 57, n. 2, p. 207–258, 2012.

UNIÃO EUROPEIA. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Europemballage Corporation and Continental Can Company Inc. v Commission of the European Communities - Case 6-72*. . [S.l: s.n.].

Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61972CJ0006>>. , 1973

UNITED NATIONS. *World Economic Situation Prospects*. [S.l: s.n.], 2016.

Disponível em: <[http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp\\_current/wesp2014.pdf](http://www.un.org/en/development/desa/policy/wesp/wesp_current/wesp2014.pdf)>.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *Human Development Report 2015 Work for Human Development*. [S.l: s.n.], 2015.

Disponível em: <[http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015\\_human\\_development\\_report.pdf](http://hdr.undp.org/sites/default/files/2015_human_development_report.pdf)>.

VATIERO, Massimiliano. Dominant market position and ordoliberalism. *International Review of Economics*, v. 62, n. 4, p. 291–306, 2015.

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

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

WORLD BANK - COMMISSION ON GROWTH AND DEVELOPMENT. *The Growth Report: Strategies for Sustained Growth and Inclusive Development*. Washington, DC: The World Bank, 2008. Disponível em: <[http://siteresources.worldbank.org/EXTPREMNET/Resources/489960-1338997241035/Growth\\_Commission\\_Final\\_Report.pdf](http://siteresources.worldbank.org/EXTPREMNET/Resources/489960-1338997241035/Growth_Commission_Final_Report.pdf)>.

ZANITELLI, Leandro Martins. Democracia de Cidadãos Proprietários e Variedades de Capitalismo. *Revista Estudos Institucionais*, v. 2, n. 1, p. 298–332, 2016.