RODRIGO FIALHO BORGES

**DESCONTROLE DE ESTRUTURAS: DOS OBJETIVOS DO ANTITRUSTE ÀS
DESIGUALDADES ECONÔMICAS**

Tese de Doutorado

Orientador: Prof. Dr. Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

RODRIGO FIALHO BORGES

**DESCONTROLE DE ESTRUTURAS: DOS OBJETIVOS DO ANTITRUSTE ÀS
DESIGUALDADES ECONÔMICAS**

Tese de Doutorado apresentada à Banca Examinadora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, na área de concentração “Direito Comercial”, sob a orientação do Prof. Dr. Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

FACULDADE DE DIREITO

São Paulo – SP

2020

Catálogo da Publicação
Serviço de Biblioteca e Documentação
Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo

Borges, Rodrigo Fialho

Descontrole de Estruturas: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas; Rodrigo Fialho Borges; orientador Carlos Pagano Botana Portugal Gouvêa -- São Paulo, 2020.

371

Tese (Doutorado - Programa de Pós-Graduação em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2020.

1. Direito da concorrência. 2. Controle de concentrações. 3. Desigualdades econômicas. 4. Objetivos do antitruste. 5. Conselho Administrativo de Defesa Econômica. I. Gouvêa, Carlos Pagano Botana Portugal, orient. II. Título.

Nome: BORGES, Rodrigo Fialho

Título: Descontrole de Estruturas: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas

Tese apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo para obtenção do título de doutor.

Aprovado em:

Banca Examinadora

Professor(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Professor(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Professor(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Professor(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

Professor(a) Dr.(a) _____

Instituição: _____

Julgamento: _____

DECLARAÇÃO DE INTEGRIDADE DA PESQUISA

Muito embora seja relativamente comum a terceirização de levantamento de dados no processo de produção de pesquisas de mestrado e doutorado, declaro que a coleta e o levantamento dos dados utilizados neste trabalho foram realizados pessoal e exclusivamente por mim, inclusive no tocante aos dados apresentados no capítulo 4. Não houve contratação de qualquer tipo de auxiliar de pesquisa. Dados advindos de outros trabalhos serão sempre referenciados.

Rodrigo Fialho Borges

Aos meus pais,
cujo orgulho sempre foi a razão do meu esforço.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à sociedade brasileira, que começou a financiar meus estudos ainda no ensino fundamental. Depois de financiar também uma graduação e este doutorado – inclusive com período no exterior –, eu não poderia ser mais grato. Espero que os frutos deste trabalho possam representar a minha gratidão.

Sou igualmente muito grato a todas as instituições que, por meio de seus colaboradores, apoiaram a realização deste trabalho. Dentre elas, impossível não mencionar a Universidade de São Paulo, a *University of Pennsylvania* e a Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES)¹.

A elaboração desta tese não teria sido possível sem a rigorosa orientação do Professor Carlos Portugal Gouvêa, a quem agradeço não só pelos debates e constantes desafios aos argumentos, mas também pela inspiração. Não tenho dúvidas de que a minha admiração pela docência, que já era grande, exacerbou-se naquelas aulas de antitruste de 2011. O Professor Carlos, desde então, tornou-se um grande exemplo que tive o privilégio de ter ao meu lado diariamente, na academia e no escritório. Muito obrigado.

Agradeço também a todos os demais professores que, além de serem inspiração, contribuíram muito para o desenvolvimento da pesquisa. Ao Professor Herbert Hovenkamp, meu supervisor na *University of Pennsylvania*, por ter dedicado seu precioso tempo em reuniões de discussão deste trabalho e também pelas inesquecíveis aulas de antitruste, essenciais à construção de todo o capítulo 2. Aos Professores Celso Campilongo e Roberto Pfeiffer, pelos desafiadores comentários na banca de qualificação. Ao Professor Roberto, novamente, e aos Professores Calixto Salomão Filho e Mariana Pargendler, os quais, além do Professor Carlos, ativamente apoiaram o plano de desenvolver parte da pesquisa no exterior, o que foi essencial. Ao Professor Calixto, novamente, por ser sempre uma fonte de inspiração, que, aliás, apresentou-me a principal literatura discutida no subtópico 2.1.1, gastando seu também precioso tempo em uma reunião de discussão de minhas ideias ainda bastante incipientes.

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001.

Agradeço a Lillian, Mário e Raquel pela amizade e por terem me proporcionado importantes recomendações, auxílios e discussões ao longo da elaboração do trabalho e de todo o planejamento para o deslocamento aos Estados Unidos.

Sou também muito grato aos demais amigos, que, de diversas formas, foram fonte de sustentação durante todo o tempo da pesquisa. Agradeço principalmente a André, Caio, Flávio, Leonardo, Mariel e Ricardo, determinantes desde a graduação, e a Eduardo, Gabriel, Jakob, Jan e Marco, presentes da Filadélfia.

A pesquisa obviamente também não teria sido realizada sem presença dos mais importantes de todos. Antônio² e Lorene, obrigado especialmente por todas as batalhas que venceram para me permitirem estar aqui e por absolutamente todos os ensinamentos. Lorena, obrigado por ser exemplo durante toda a vida. Letícia, obrigado não só por ser sustentação diária, pelo carinho e por toda a compreensão durante as mais difíceis trilhas dessa jornada, mas também por ser talvez o maior combustível para a minha inquietação em relação às desigualdades. A todos esses, agradeço por terem suportado todas as minhas dúvidas, ansiedades, estresses e mais diversas emoções durante esses últimos cinco anos.

Agradeço, enfim, a Deus. Os próximos sabem de minha grande resistência à religiosidade, mas sabem igualmente que sempre cultivei a fé de maneira particular. Sinto que ela me guiou para os melhores caminhos durante a pesquisa e, em especial, possibilitou que todos que mais amo pudessem presenciar o seu integral desenvolvimento, mesmo diante de todas as surpresas de 2019. Sou muito grato.

² A Antônio, agradeço especificamente também pela cuidadosa revisão do texto, a qual possibilitou, principalmente, a remoção de erros de digitação. Os erros remanescentes, obviamente, são de minha exclusiva responsabilidade.

“A mente popular está agitada com problemas que podem perturbar a ordem social, e entre eles nenhum é mais ameaçador do que a desigualdade de condição de riqueza e oportunidade que cresceu, dentro de uma única geração, a partir da concentração de capital em vastas combinações para controlar a produção e o comércio e quebrar a concorrência.”³

³ No original: “[t]he popular mind is agitated with problems that may disturb social order, and among them none is more threatening than the inequality of condition of wealth, and opportunity that has grown within a single generation out of the concentration of capital into vast combinations to control production and trade and to break down competition.” Cf. John Sherman, “Trusts and Combinations”, *Congressional Record: Proceedings and Debates of the 51st Congress*, 21 de março de 1890, 21ª edição, 2460.

RESUMO

BORGES, Rodrigo Fialho. **Descontrole de Estruturas**: dos objetivos do antitruste às desigualdades econômicas. 2020. 369 p. Tese (Doutorado em Direito Comercial) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2020.

A hipótese testada é a de que há, no Brasil, um descontrole de estruturas semelhante àquele que recentemente vem sendo identificado nos Estados Unidos, o qual (i) decorre de um exagero de objetivos importados do antitruste baseados em eficiência e uma cegueira em relação a objetivos não-baseados em eficiência, e (ii) contribui para a geração de desigualdades econômicas. Os testes da hipótese tomam os capítulos 2, 3 e 4. No capítulo 2, discutem-se estudos que indicam uma possível relação entre concentração de mercados e desigualdades econômicas. Investiga-se o esquecimento e o posterior ressurgimento de tais estudos, bem como a relação de tais eventos com os objetivos do antitruste. Dividem-se os objetivos do antitruste em baseados e não-baseados em eficiência, sendo que o Neo-Brandeisianismo flerta com o segundo grupo. No capítulo 3, adota-se uma divisão tríplice da história do antitruste brasileiro que permite entender o capítulo 4. De 1930 a 1990, era incipiente e marcado pelo objetivo de proteção da economia popular. A partir de 1990, introduzem-se eficiências econômicas como justificadoras de atos de concentração prejudiciais à concorrência. Com a Lei 12.529/2011, abre-se espaço para a suavização da perseguição das eficiências econômicas. No capítulo 4, levantam-se e sistematizam-se dados que indicam a confirmação final da hipótese. Desde 11 de junho de 1994 até o final de 2018, das operações analisadas, o CADE aprovou 94,42% sem restrições, 3,24% com restrições ancilares, 1,32% com restrições comportamentais e 0,81% com restrições estruturais, bem como reprovou 0,21%. Após filtragem metodológica, analisaram-se 34 casos decididos por maioria. 28 (82,35%) deles apresentaram alta potencialidade danosa concorrencial, mas 19 (67,28%) foram integralmente aprovados ou aprovados com restrição ancilar. 14 dos 34 (42,17%) tiveram decisões fundamentadas em eficiências econômicas. Portanto, os testes indicam a confirmação da hipótese. Há, contudo, ausência de estudos retrospectivos, os quais poderiam refutá-la. Sugere-se a sua realização, bem como a implementação de outras cinco recomendações, para uma reforma do controle de estruturas brasileiro.

Palavras-chave: Direito da concorrência. Controle de concentrações. Desigualdades econômicas. Objetivos do Antitruste. Conselho Administrativo de Defesa Econômica.

ABSTRACT

BORGES, Rodrigo Fialho. **Merger uncontrol**: from the antitrust goals to the economic inequalities. 2020. 369 p. Dissertation (PhD in Commercial Law) – Law School, University of São Paulo, São Paulo, 2020.

The tested hypothesis is that in Brazil there is a merger uncontrol similar to that one recently identified in the United States, which (i) stems from an exaggeration of imported efficiency-based antitrust goals and a blindness in relation to non-efficiency goals, and (ii) contributes to the generation of economic inequalities. Hypothesis tests take chapters 2, 3, and 4. Chapter 2 discusses studies that indicate a possible relationship between market concentration and economic inequalities. It investigates the forgetfulness and subsequent resurgence of such studies, as well as the relationship between such events and antitrust goals. It divides antitrust goals into efficiency-based and non-efficiency-based, and Neo-Brandeisianism flirts with the second group. Chapter 3 adopts a threefold division of the Brazilian antitrust history that makes it possible to understand the Chapter 4. From 1930 to 1990, it was incipient and characterized by the objective of protecting the popular economy. As of 1990, economic efficiencies have been introduced as means to justify mergers that harm competition. With the Law 12,529/2011, there is room for softening the pursuit of economic efficiencies. Chapter 4 raises and systematizes data that indicate the final confirmation of the hypothesis. From June 11, 1994 through the end of 2018, of the operations analyzed, CADE approved 94.42% without restrictions, 3.24% with ancillary restrictions, 1.32% with behavioral restrictions and 0.81% with structural restrictions, as well as blocked 0.21%. After methodological filtering, 34 cases decided by majority were analyzed. 28 (82.35%) of them presented high anticompetitive potentiality, but 19 (67.28%) were fully approved or approved with ancillary restriction. 14 of the 34 (42.17%) had decisions based on economic efficiencies. Therefore, the tests indicate the confirmation of the hypothesis. There is, however, a lack of retrospective studies, which could refute it. Their implementation is suggested, as well as the implementation of five other recommendations, for a reform of the Brazilian merger control.

Keywords: Competition law. Merger control. Economic inequalities. Antitrust goals. Administrative Council for Economic Defense.

RÉSUMÉ

BORGES, Rodrigo Fialho. **Manque de contrôle des concentrations** : des objectifs antitrust aux inégalités économiques. 2020. 369 p. Thèse (doctorat en droit commercial) - Faculté de Droit, Université de São Paulo, São Paulo, 2020.

L'hypothèse testée est qu'il existe, au Brésil, un manque de contrôle des concentrations similaire à celui récemment identifié aux Etats-Unis, qui (i) découle d'une exagération des objectifs antitrust importés basés sur l'efficacité et d'un aveuglement par rapport aux objectifs non basés sur l'efficacité, et (ii) contribue à la génération d'inégalités économiques. Les tests de l'hypothèse prennent les chapitres 2, 3 et 4. Au chapitre 2, les études qui indiquent une relation possible entre la concentration du marché et les inégalités économiques sont examinées. La négligence et la résurgence ultérieure de ces études sont étudiées, ainsi que la relation de ces événements avec les objectifs de l'antitrust. Les objectifs antitrust sont divisés en deux groupes : ceux qui sont fondés sur l'efficacité et ceux qui ne le sont pas, le Néo-Brandeisianisme flirtant avec le second groupe. Au chapitre 3, on adopte une triple division de l'histoire de l'antitrust brésilien qui permet de comprendre le chapitre 4. De 1930 à 1990, elle était naissante et marquée par l'objectif de protéger l'économie populaire. A partir de 1990, des gains d'efficacité économique ont été introduits pour justifier les actes de concentration préjudiciables à la concurrence. La loi 12.529/2011 ouvre un espace pour l'assouplissement de la recherche de l'efficacité économique. Au chapitre 4, les données sont recueillies et systématisées, ce qui indique la confirmation finale de l'hypothèse. Du 11 juin 1994 à la fin de 2018, parmi les opérations examinées, le CADE a approuvé 94,42% sans restrictions, 3,24% avec des restrictions accessoires, 1,32% avec des restrictions comportementales et 0,81 % avec des restrictions structurelles, et a désapprouvé 0,21%. Après filtrage méthodologique, 34 cas décidés à la majorité ont été analysés. 28 (82,35%) d'entre eux présentaient forte potentialité anticoncurrentielle, mais 19 (67,28%) ont été entièrement approuvés ou approuvés avec des restrictions accessoires. 14 des 34 (42,17%) ont pris des décisions fondées sur des gains d'efficacité économique. Par conséquent, les tests indiquent la confirmation de l'hypothèse. Il y a cependant un manque d'études rétrospectives, qui pourraient le réfuter. Il est suggéré de les réaliser, ainsi que de mettre en œuvre cinq autres recommandations pour une réforme du contrôle des concentrations brésiliennes.

Mots-clés: Droit de la concurrence. Contrôle des concentrations. Inégalités économiques. Objectifs de l'Antitrust. Conseil Administratif de la Défense Économique.

LISTA DE GRÁFICOS E TABELAS

Gráfico 1 – Frequência dos termos “Robert Bork” e “consumer welfare” em livros impressos em inglês entre 1890 e 2008	51
Gráfico 2 – Trade-off de Oliver Williamson	59
Gráfico 3 – Trade-off de Oliver Williamson na Ausência de Concorrência Perfeita.....	108
Gráfico 4 – Transferência de recursos e ineficiência alocativa	113
Gráfico 5 – U-invertido (concorrência e inovação).....	122
Gráfico 6 – Agregado das decisões em atos de concentração de 1994 a 2018.....	214
Gráfico 7 – Representação anual de decisões em atos de concentração de 1994 a 2018 ..	216
Gráfico 8 – Proporção anual de aprovações com restrição de 1994 a 2018	218
Gráfico 9 – Médias de percentuais anuais de atos de concentração aprovados com restrição por período.....	221
Gráfico 10 – Segregação de atos de concentração aprovados com restrição de 1994 a 2018 por tipo de restrição	232
Gráfico 11 – Decisões em atos de concentração de 1994 a 2018 com restrições segregadas por tipo de restrição	233
Gráfico 12 – Decisões em atos de concentração de 1994 a 2018 com restrições segregadas e junção de ancilares a aprovados sem restrição	234
Gráfico 13 – Representação anual de decisões em atos de concentração de 1994 a 2018 com restrições segregadas e junção de ancilares a aprovados sem restrição.....	235
Gráfico 14 – Proporção anual de aprovações com restrição não-ancilar de 1994 a 2018 ..	237
Gráfico 15 – Médias de percentuais anuais de atos de concentração aprovados com restrição não-ancilar por período.....	239

Gráfico 16 – Comparativo entre percentuais anuais de restrições estruturais e comportamentais entre 1994 e 2018.....	243
Tabela 1 – Impacto do poder de mercado sobre a desigualdade por país	78
Tabela 2 – Impacto do poder de mercado sobre a riqueza dos 10% mais ricos	81
Tabela 3 – Impacto do poder de mercado sobre a renda dos 20% mais pobres	82
Tabela 4 – Comparação entre Lei 4.137/1962 (após Lei 8.158/1991) e Lei 8.884/1994..	190
Tabela 5 – Comparação entre Lei 8.884/1994 e Lei 12.529/2011	201
Tabela 6 – Decisões em atos de concentração de 1994 a 2018	210
Tabela 7 – Percentuais anuais de decisões em atos de concentração de 1994 a 2018	217
Tabela 8 – Segregação de atos de concentração aprovados com restrição de 1994 a 2018 por tipo de restrição	230
Tabela 9 – Percentuais anuais de decisões em atos de concentração de 1994 a 2018 com restrições segregadas e junção de ancilares a aprovados sem restrição	236

LISTA DE SIGLAS

ACC	Acordo em Controle de Concentrações
ANC	Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência
APRO	Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação
C.A.D.E.	Comissão Administrativa de Defesa Econômica
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CNAE	Classificação Nacional de Atividade Econômica
COFAP	Comissão Federal de Abastecimento e Preços
CR	<i>Concentration Ratio</i> (Razão de Concentração)
FTC	<i>Federal Trade Commission</i> (Comissão Federal de Comércio)
GCR	<i>Global Competition Review</i>
HHI	<i>Herfindahl-Hirschman Index</i> (Índice Herfindahl-Hirschman)
ICN	<i>International Competition Network</i> (Rede Internacional de Concorrência)
OECD	<i>Organization for Economic Co-operation and Development</i> (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico)
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
PIB	Produto Interno Bruto
PND	Plano Nacional de Desenvolvimento
PNUD	Programa de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas
SBDC	Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência
SDE	Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça

SEAE	Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda
SEI-CADE	Sistema Eletrônico de Informações do CADE
TCD	Termo de Compromisso de Desempenho

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	19
2. OBJETIVOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA E SEUS EFEITOS SOBRE CONCENTRAÇÃO E DESIGUALDADE	23
2.1. Mercados Concentrados e Desigualdade.....	23
2.1.1. A origem do debate: Comanor e Smiley	29
2.1.2. A dormência do debate e seu contexto.....	36
2.1.2.1. Columbia Steel	38
2.1.2.2. Brown Shoe	45
2.1.2.3. O Paradoxo Antitruste	49
2.1.2.4. Ronald Reagan	64
2.1.3. O “Fenômeno Piketty” e o despertar do debate: descontrole de estruturas gerador de desigualdades econômicas?.....	71
2.2. Qual o Papel do Controle de Concentrações?	91
2.2.1. As intenções originárias nos Estados Unidos	93
2.2.2. Objetivos baseados em eficiência	100
2.2.2.1. Bem-estar agregado.....	100
2.2.2.2. Bem-estar do consumidor.....	111
2.2.2.3. Progresso tecnológico	118
2.2.3. Objetivos não-baseados em eficiência	123
2.2.3.1. Proteção dos pequenos negócios	124
2.2.3.2. Dispersão de poder	126
2.2.3.3. Justiça, equidade, redução das desigualdades e da pobreza	129

2.2.4.	O Neo-Brandesianismo e seus objetivos	136
3.	DESENVOLVIMENTO E OBJETIVOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL E A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE ESTRUTURAS.....	148
3.1.	1930-1990 – um período de incipiência: proteção da economia popular e seu significado	150
3.1.1.	Constituições Federais de 1934 e 1937	150
3.1.2.	Decreto-Lei 869/1938.....	152
3.1.3.	Decreto-Lei 7.666/1945	159
3.1.4.	Constituição Federal de 1946	163
3.1.5.	Leis 1.521/1951 e 1.522/1951	164
3.1.6.	Lei 4.137/1962.....	166
3.1.7.	Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional 1/1969	172
3.1.8.	Constituição Federal de 1988	173
3.2.	Década de 1990: reformas neoliberais e a inserção da eficiência e da distribuição equitativa dos benefícios	175
3.2.1.	Da Medida Provisória 204/1990 à Lei 8.158/1991.....	176
3.2.2.	Lei 8.884/1994.....	188
3.3.	Lei 12.529/2011 – evolução institucional: eficiência limitada e o repasse de parte relevante dos benefícios	196
4.	HÁ UM DESCONTROLE DE ESTRUTURAS NO BRASIL?.....	204
4.1.	Um Panorama Geral das Decisões do CADE em Controle de Concentrações	205
4.1.1.	Raio X das restrições: ancilares, comportamentais ou estruturais?	223
4.1.2.	Relativa ausência de estudos retrospectivos no Brasil	245
4.1.3.	Análise dos casos decididos por maioria	251

4.2. A Reconstrução do Controle de Estruturas no Brasil passa necessariamente pelo Neo-Brandeisianismo ou pelo Novo Estruturalismo Jurídico?	257
5. CONCLUSÃO.....	264
Bibliografia.....	269
APÊNDICE A. DETALHAMENTO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO REPROVADOS OU APROVADOS COM RESTRIÇÃO PELO CADE ENTRE 1994 E 2018	299
APÊNDICE B. CARACTERÍSTICAS DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DECIDIDOS POR MAIORIA DE 1994 A 2018	332
ANEXO A. PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 08850001178201997 E RESPECTIVA RESPOSTA DO CADE.....	354
ANEXO B. PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 08850005601201928 E RESPECTIVA RESPOSTA DO CADE.....	357
ANEXO C. PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 08850005604201961 E RESPECTIVA RESPOSTA DO CADE.....	360
ANEXO D. PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 08850001177201942 E RESPECTIVA RESPOSTA DO CADE.....	363
ANEXO E. PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 08850007207201924 E RESPECTIVA RESPOSTA DO CADE.....	366
ANEXO F. PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 08850000054202028 E RESPECTIVA RESPOSTA DO CADE.....	369

1. INTRODUÇÃO

O objetivo deste trabalho é investigar um possível relacionamento tríplice entre os objetivos do antitruste implementados em um determinado país, o grau de intervenção do controle de estruturas originado pela implementação de tais objetivos e os efeitos da aplicação de tal controle de estruturas sobre os índices de desigualdades econômicas desse país.

A hipótese a ser testada é a de que há, no Brasil, um descontrole de estruturas semelhante àquele que recentemente vem sendo identificado nos Estados Unidos, o qual (i) decorre de um exagero de objetivos importados do antitruste baseados em eficiência e uma cegueira em relação a objetivos não-baseados em eficiência, e (ii) contribui para a geração de desigualdades econômicas.

Assim, o teste da hipótese requer alguns passos indispensáveis. Cada um dos capítulos deste estudo será responsável por uma parte do teste.

Em primeiro lugar, é preciso identificar a origem do debate sobre a eventual conexão entre concentração de mercados e desigualdades econômicas, bem como entender os motivos de seu relativo esquecimento até o meio da segunda década do século XXI, quando ele ressurgir.

Ocorre que, ao se investigar as motivações para o relativo esquecimento do referido debate e, depois, também para o seu posterior ressurgimento, percebe-se que a discussão sobre a alteração de objetivos a serem perseguidos pelo antitruste guiou todo esse movimento. Assim, torna-se indispensável também entender o debate sobre os objetivos do antitruste.

O capítulo 2 terá justamente esses objetivos. Nele, após serem esclarecidas as diferenças entre os conceitos e a forma de mensuração de concentração de mercados e de desigualdades econômicas, identificar-se-á, na literatura antitruste, o surgimento do debate sobre o possível relacionamento os dois conceitos. Uma vez identificado o surgimento, será proposto que a concatenação de quatro principais episódios da história dos Estados Unidos determinou um relativo sufocamento temporário do debate.

O seu ressurgimento, por sua vez, será relacionado à intensificação do debate sobre desigualdades econômicas após a crise de 2008 e movimentos como o *Occupy Wall Street*,

a ponto de transformar livros sobre desigualdades econômicas em *best sellers*. Nesse sentido, essa nova literatura sobre desigualdade será identificada como uma das bases do ressurgimento do debate, no âmbito da literatura antitruste, sobre a possível relação entre concentração de mercados e desigualdades econômicas, a ponto de contribuir para o surgimento de um novo movimento antitruste, o Neo-Brandeisianismo.

Além disso, identificar-se-á que o pano de fundo de todo esse movimento de esquecimento e de ressurgimento do debate sempre foi um outro debate, aquele sobre os objetivos do antitruste. Assim, será preciso enfrentar essa discussão.

Para tanto, propor-se-á uma divisão dos objetivos do antitruste entre objetivos baseados em eficiência e objetivos não-baseados em eficiência. Dentro do primeiro grupo, serão inseridos os seguintes objetivos: (i) bem-estar agregado; (ii) bem-estar do consumidor; e (iii) progresso tecnológico. No segundo grupo, constará o seguinte: (i) proteção dos pequenos negócios; (ii) dispersão do poder; e (iii) justiça, equidade, redução das desigualdades e da pobreza.

Os objetivos baseados em eficiência serão associados ao esquecimento do debate sobre a possível conexão entre concentração de mercados e desigualdades econômicas. Os objetivos não-baseados em eficiência, ao seu ressurgimento, inclusive com o flerte do Neo-Brandeisianismo, o qual será objeto da análise do último dos subtópicos do capítulo 2.

Assim, já que os objetivos do antitruste são o fundamento que pode sustentar ou sufocar o debate sobre eventual relacionamento entre concentração de mercados e desigualdade, o teste da hipótese do trabalho passa a requerer a investigação dos objetivos do antitruste no Brasil.

Será esse o objetivo do capítulo 3. Lá, será sugerida uma divisão tríplice da história do antitruste no Brasil.

Da década de 1930 ao início da década de 1990, será identificado um longo período de incipiência do antitruste no Brasil, o qual é majoritariamente marcado pela perseguição do objetivo de proteção da econômica popular.

Na década de 1990, impulsionado pelas reformas neoliberais, inicia-se um novo período, marcado pela introdução das eficiências econômicas como possíveis justificadoras da aprovação de atos de concentração prejudiciais à concorrência.

Por fim, com a Lei 12.529/2011, inaugura-se um período que reflete intensa evolução institucional, em que se pode enxergar um espaço para possível suavização da perseguição dos objetivos baseados em eficiência.

Os capítulos 2 e 3, portanto, servirão de substrato teórico e histórico para os mais importantes dos testes da hipótese, realizados ao longo do capítulo 4. Esses testes buscarão responder, basicamente, se há ou não um descontrole de estruturas na Brasil, ou seja, se o controle de estruturas brasileiro é ainda pouco efetivo. Tais testes alimentar-se-ão tanto da discussão do capítulo 2 sobre objetivos do antitruste quanto da demonstração do desenvolvimento histórico dos objetivos do antitruste no Brasil, realizada no capítulo 3. Desse modo, somente será possível entender o que ocorreu com o controle de estruturas desenvolvido a partir de 1994 por meio da utilização das análises e conclusões presentes nos capítulos 2 e 3.

No capítulo 4, será realizado um amplo levantamento de dados. Inicialmente, será apresentado um panorama geral das decisões do CADE em atos de concentração notificados desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018. Serão verificadas variações, em números absolutos e percentuais, das quantidades de atos de concentração aprovados sem restrição, aprovados com restrição e reprovados ao longo do período analisado.

Posteriormente, por meio da análise individual das decisões de cada um dos 545 atos de concentração que sofreram restrição do CADE desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018, será produzida uma verdadeira radiografia dos remédios aplicados pelo CADE ao longo desse período. Assim, serão divididos os casos entre os que receberam restrição estrutural, aqueles em que o remédio foi comportamental e os demais em que só houve restrição meramente ancilar.

A preparação dessa radiografia, em específico, demandará a verificação de aproximadamente 8.000 decisões de mérito emitidas pelo plenário do CADE, a qual foi conduzida por meio da análise individual de 764 atas de sessões de julgamento, bem como de diversos acórdãos, certidões de julgamento, votos de conselheiros, Termos de Compromisso de Desempenho e Acordos em Controle de Concentrações nos casos em que as atas de julgamento não forneciam todas as informações necessárias.

Também serão analisados alguns poucos estudos retrospectivos relacionados a atos de concentração que receberam restrições do CADE, os quais são talvez o melhor meio para

se desvendar os efeitos práticos dos remédios aplicados no controle de estruturas. Notar-se-á que, no Brasil, eles são ainda, infelizmente, muito escassos, de modo que não auxiliam no teste da hipótese.

Adiante, a análise de 34 casos decididos por maioria pelo plenário do CADE desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018 também será utilizada para se testar a hipótese.

Enfim, serão discutidos eventuais benefícios de se utilizar o debate Neo-Brandeisianista na reforma do controle de estruturas brasileiro, bem como serão apresentadas propostas para tal reformulação.

Ao fim do trabalho, constará um capítulo de conclusão, no qual, basicamente, considerar-se-ão os resultados de cada um dos passos realizados para testar a hipótese para se avaliar se ela foi confirmada ou não.

2. OBJETIVOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA E SEUS EFEITOS SOBRE CONCENTRAÇÃO E DESIGUALDADE

2.1. Mercados Concentrados e Desigualdade

Ao se noticiar à população, em uma mesma época, que (i) mercados estão cada vez mais concentrados⁴, e (ii) a riqueza da parcela mais rica da população tem aumentado em maior proporção do que a riqueza da parcela mais pobre⁵, ou que cada vez menos indivíduos concentram a maior parte das riquezas⁶, talvez uma consequente dedução descuidada à qual

⁴ Em 2015, iniciou-se uma progressiva preocupação da imprensa com aparente concentração desenfreada dos mercados nos Estados Unidos, a qual teria começado na segunda metade da década de 1990. Apenas como ilustração desse cenário, ver Theo Francis e Ryan Knutson, “Wave of Megadeals Tests Antitrust Limits in U.S.”, *The Wall Street Journal*, 18 de outubro de 2015, <https://www.wsj.com/articles/wave-of-megadeals-tests-antitrust-limits-in-u-s-1445213306>; The Editorial Board, “How Mergers Damage the Economy”, *The New York Times*, 31 de outubro de 2015, https://www.nytimes.com/2015/11/01/opinion/sunday/how-mergers-damage-the-economy.html?_r=0; “Too Much of a Good Thing”, *The Economist*, 26 de março de 2016, <https://www.economist.com/briefing/2016/03/26/too-much-of-a-good-thing>; “A Giant Problem”, *The Economist*, 17 de setembro de 2016, <https://www.economist.com/leaders/2016/09/17/a-giant-problem>; Barry C. Lynn, “America’s Monopolies Are Holding Back the Economy”, *The Atlantic*, 22 de fevereiro de 2017, <https://www.theatlantic.com/business/archive/2017/02/antimonopoly-big-business/514358/>; Lance Lambert, “Here’s How They Play Monopoly in America, and Who Wins”, *Bloomberg*, 5 de abril de 2017, <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-04-05/here-s-how-they-play-monopoly-in-america-and-who-wins>. No subtópico 2.1.3 adiante, será discutida a origem dessa preocupação. Embora tal inquietação ainda não tenha atingido a imprensa brasileira de maneira tão profunda, é possível encontrar algumas reportagens que já trataram do tema especificamente em relação a mercados brasileiros. Tais reportagens, no entanto, dificilmente trazem sistematizações e evoluções históricas semelhantes àquelas trazidas pela imprensa focada na economia estadunidense. Não é recente, por exemplo, a preocupação com altos níveis de concentração nos setores bancário, de telefonia, de aviação e de cervejas no Brasil. Ver, nesse sentido, Téo Takar, “Bancos nas Mãos de Poucos”, *UOL*, 18 de setembro de 2017, <https://www.uol/economia/especiais/concentracao-de-bancos.htm#bancos-nas-maos-de-poucos>; Naiara I. Bertão, “Acordo entre Telefônica e TIM escancara Concentração do Setor de Telefonia no Brasil”, *Veja*, 28 de setembro de 2013, <https://veja.abril.com.br/economia/acordo-entre-telefonica-e-tim-escancara-concentracao-do-setor-de-telefonica-no-brasil/>; Gustavo Ribeiro, “Brasil ainda sofre com Alta Concentração no Mercado da Aviação Comercial”, *Gazeta do Povo*, 26 de agosto de 2014, <https://www.gazetadopovo.com.br/blogs/avioes-em-foco/brasil-ainda-sofre-com-alta-concentracao-de-mercado-da-aviacao-comercial/>; Júlia Rocha e Ralph Mayer, “Muitas Cervejas, Poucas Cervejarias: a concentração do mercado”, *Nexo*, 22 de novembro de 2015, <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2015/11/22/Muitas-cervejas-poucas-cervejarias-a-concentra%C3%A7%C3%A3o-do-mercado>. Se se considerar que o aumento da concentração nos mercados não é um movimento exclusivamente presente nos Estados Unidos, mas também presente no Brasil, talvez uma possível explicação para a ainda baixa preocupação da imprensa brasileira com o nível de concentração dos mercados seja justamente a ausência de dados históricos sistematizados dos níveis de concentração, sem os quais pouco se pode comentar.

⁵ Ver, por exemplo, Lydia DePillis, “America’s Wealth Gap Is Bigger than Ever”, *CNN*, 3 de novembro de 2017, <https://money.cnn.com/2017/11/03/news/economy/wealth-gap-america/index.html>; Helton S. Gomes, “Super-ricos ficam com 82% da Riqueza Gerada no Mundo em 2017, diz Estudo”, *GI*, 22 de janeiro de 2018, <https://g1.globo.com/economia/noticia/super-ricos-ficam-com-82-da-riqueza-gerada-no-mundo-em-2017-diz-estudo.ghtml>.

⁶ Ver, por exemplo, Michael Savage, “Richest 1% on Target to Own Two-Thirds of All Wealth by 2030”, *The Guardian*, 7 de abril de 2018, <https://www.theguardian.com/business/2018/apr/07/global-inequality-tipping-point-2030>; Marina Rossi, “Seis brasileiros concentram a mesma riqueza que a metade da população mais

se possa chegar por impulso seja a de que as expressões “concentração de riquezas” e “concentração de mercados” expressem circunstâncias econômicas semelhantes ou, no mínimo, paralelas. Tal dedução imprudente, por sua vez, poderia levar à conclusão de que tanto níveis elevados de concentração de riquezas quanto altos índices de concentração de mercados refletiriam uma mesma situação: maior desigualdade econômica em uma dada sociedade.

O equívoco presente nesse raciocínio é claro e revela, em última instância, uma grande dificuldade de qualquer tentativa de demonstração ou refutação de correlação ou causalidade entre concentração de mercados e desigualdade de riquezas.

Quando se fala em concentração de mercados, quer-se referir, de maneira geral, à função (i) do número de agentes atuantes em determinado mercado e (ii) das suas respectivas participações naquele mercado. Ou seja, em princípio, podem ser considerados concentrados tanto (i) mercados com poucos agentes quanto (ii) mercados com muitos agentes, desde que poucos deles detenham participações de mercado elevadas.

Atualmente, as metodologias de medição de concentração de mercado mais utilizadas no âmbito do direito antitruste⁷ são o CRn (“CR” é o acrônimo em inglês de “razão de concentração”) e o Índice Herfindahl-Hirschman (comumente referido como “HHI”, o seu acrônimo em inglês).

O CRn nada mais é do que a soma das participações das “n” maiores empresas em determinado mercado⁸. Desde a sua adoção no primeiro Guia de Análise de Concentrações do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, em 1968⁹, a versão do CRn centrada nas quatro maiores empresas (CR4) passou a ter uma grande influência nas análises de concentrações realizadas naquele país e, conseqüentemente, em todo o mundo. Considerava-

pobre”, *El País*, 27 de setembro de 2017, https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/22/politica/1506096531_079176.html.

⁷ Diferentemente do debate sobre concentração de riquezas, a discussão sobre concentração de mercados é considerada, sem muita resistência, parte da agenda antitruste. Daí porque se entendeu como necessária, em um trabalho que se insere primordialmente nesse campo de estudo, uma breve apresentação relativamente mais detalhada das metodologias de mensuração de concentração de mercado mais utilizadas em análises antitruste. Tal detalhamento será evitado adiante, neste mesmo subtópico, quando forem mencionadas as principais metodologias utilizadas para mensuração de desigualdades econômicas, para que não se desvie da linha condutora do trabalho.

⁸ Por exemplo, se seis empresas detêm, individualmente, 30%, 20%, 20%, 15%, 10% e 5% de participação em um dado mercado, o CR2 é igual a 50%, o CR4 é igual a 85% e assim por diante.

⁹ Cf. U.S. Department of Justice, “1968 Merger Guidelines” (1968), <https://www.justice.gov/archives/atr/1968-merger-guidelines>.

se, naquela época, que índices CR4 aproximadamente iguais ou superiores a 75% indicavam alta concentração de mercado¹⁰.

Ao elaborarem o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal no Brasil em 2001¹¹, a Secretaria de Acompanhamento Econômico (“SEAE”) e a Secretaria de Direito Econômico (“SDE”) também utilizaram o CR4 e o patamar de 75% como referências. Considerou-se que haveria “condições propícias para o exercício coordenado de poder de mercado” se (i) o CR4 posterior ao ato de concentração fosse igual ou superior a 75% e (ii) a participação de mercado da empresa resultante fosse igual ou superior a 10%¹².

No entanto, quando a SEAE e a SDE adotaram o CR4 em 2001, já fazia quase 20 anos que os Estados Unidos o haviam abandonado, tendo inaugurado a preferência pelo HHI no Guia de Concentrações do Departamento de Justiça de 1982¹³, o que foi mantido no Guia de Concentrações do Departamento de Justiça e da Comissão Federal de Comércio (“FTC”, seu acrônimo em inglês) de 1992¹⁴ e, mais recentemente, também no Guia de Concentrações Horizontais do Departamento de Justiça e da FTC de 2010¹⁵. Por sua vez, a Comissão Europeia adotou o HHI nas suas Orientações para Avaliação de Concentrações Horizontais de 2004¹⁶. Do mesmo modo, o CADE também incluiu o HHI em seu mais recente Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, publicado em 2016¹⁷.

¹⁰ Cf. *Ibidem*, parag. 5. Verificada alta concentração de mercado, estabelecia-se que o Departamento de Justiça deveria ordinariamente impugnar atos de concentração em que a empresa adquirente tivesse (i) 4% do mercado e a adquirida, 4% ou mais; (ii) 10% do mercado e a adquirida, 2% ou mais; e (iii) 15% do mercado e a adquirida, 1% ou mais. Em casos de mercados com CR4 aproximadamente menores que 75%, tais limiares eram mais altos.

¹¹ Cf. Ministério da Fazenda e Ministério da Justiça, “Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001”, *Diário Oficial da União*, 17 de agosto de 2001, 158-E edição, seq. 1.

¹² Cf. *Ibidem*, parag. 36.

¹³ Cf. U.S. Department of Justice, “1982 Merger Guidelines” (1982), <https://www.justice.gov/archives/atr/1982-merger-guidelines>., revisadas e modificadas posteriormente em 1984, cf. U.S. Department of Justice, “1984 Merger Guidelines” (1984), <https://www.justice.gov/archives/atr/1984-merger-guidelines>.

¹⁴ Cf. U.S. Department of Justice e U.S. Federal Trade Commission, “1992 Merger Guidelines” (1992), <https://www.justice.gov/archives/atr/1992-merger-guidelines>., revisadas e modificadas posteriormente em 1997, cf. U.S. Department of Justice e U.S. Federal Trade Commission, “1997 Merger Guidelines” (1997), <https://www.justice.gov/archives/atr/1997-merger-guidelines>.

¹⁵ Cf. U.S. Department of Justice e U.S. Federal Trade Commission, “Horizontal Merger Guidelines” (2010), <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>.

¹⁶ Cf. Comissão Europeia, “Orientações para a Avaliação das Concentrações Horizontais nos Termos do Regulamento do Conselho relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas”, *Jornal Oficial da União Europeia*, 5 de fevereiro de 2004, 31 edição, seq. C.

¹⁷ Cf. CADE, “Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal” (2016), 24–27, http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view.

Embora o assunto tenha gerado certa discussão no passado, a paternidade do HHI é atualmente atribuída tanto a Albert O. Hirschman quanto a Orris C. Herfindahl, que o teriam proposto separadamente, em trabalhos distintos¹⁸. A versão adotada em análises antitruste, no entanto, dispensa a raiz quadrada presente na proposição de Hirschman¹⁹, consistindo apenas no somatório dos quadrados das participações de todos os agentes atuantes em determinado mercado²⁰. Portanto, o HHI varia de aproximadamente 0, em um mercado totalmente atomizado ($0^2 = 0$), a 10.000, em um mercado completamente monopolizado ($100^2 = 10.000$).

Em geral, o HHI é considerado um índice mais adequado do que o CR4 para análises antitruste, mas essa conclusão não é uníssona na literatura²¹. As mais mencionadas vantagens do HHI em relação ao CR4 são (i) a consideração de participações de mercado não uniformes, potencializando e dando mais destaque a participações individuais elevadas e (ii) uma visão mais ampla do mercado, pois não se baseia apenas nas quatro maiores empresas, mas em todo o mercado.

Não há, portanto, uma equivalência direta entre o HHI e o CRn. Assim, por exemplo, enquanto um mercado em que todas as empresas detêm 20% de participação representa um HHI de 2000 e um CR4 de 80%, um outro mercado em que a maior empresa detenha 77% e todas as demais detenham 1% de participação representa um HHI de 5.952 e um CR4 idêntico de 80%. No mesmo sentido, um HHI de 1000 pode descrever mercados nos quais o CR4 varie de 33,5% a 62%²².

Atualmente, nos Estados Unidos, níveis de HHI superiores a 2500 indicam alta concentração de mercado, níveis de HHI entre 1500 e 2500 indicam concentração moderada e níveis de HHI abaixo de 1500 indicam ausência de concentração para efeitos de análises

¹⁸ Cf. Albert O. Hirschman, “The Paternity of an Index”, *The American Economic Review* 54, nº 5 (setembro de 1964): 761–62.

¹⁹ Cf. Albert O. Hirschman, *National Power and the Structure of Foreign Trade* (Berkeley: University of California Press, 1945), 157–62.

²⁰ Por exemplo, se seis empresas detêm, individualmente, 30%, 20%, 20%, 15%, 10% e 5% de participação em um dado mercado, o HHI será igual a $900 + 400 + 400 + 225 + 100 + 25$, ou seja, 2.050.

²¹ Para uma comparação geral entre os índices, ver Phillip E. Areeda e Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 3ª ed., vol. IV (New York: Wolters Kluwer, 2009), 176–91. Ainda, em defesa do HHI, ver Keith Cowling e Michael Waterson, “Price-Cost Margins and Market Structure”, *Economica* 43, nº 171 (agosto de 1976): 267–74. Por outro lado, em oposição ao HHI, ver John E. Kwoka, “The Herfindahl Index in Theory and Practice”, *Antitrust Bulletin* 30 (1985): 915–47.

²² Cf. David S. Weinstock, “Some Little-Known Properties of the Herfindahl-Hirschman Index: Problems of Translation and Specification”, *Antitrust Bulletin* 29 (1984): 707.

antitruste²³. Em 2016, Brasil seguiu novamente a referência estadunidense e passou a apresentar as mesmas categorias no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE²⁴.

Diferentemente, quando se fala em concentração de riquezas, refere-se, em geral, ao comparativo entre a quantidade de riqueza detida por membros de uma determinada sociedade. Se poucos detêm muita riqueza e o restante detém pouca riqueza, verifica-se a concentração e, por conseguinte, a desigualdade de riquezas. Se a quantidade de riqueza detida por cada indivíduo é relativamente similar, então verifica-se uma dispersão. No entanto, a concentração de riquezas não é a única medida para se verificarem as desigualdades econômicas de uma sociedade. Estudos sobre desigualdades econômicas muito comumente consideram também diversos outros fatores, sendo a concentração de renda talvez o mais recorrente ao lado da concentração de riquezas.

O Coeficiente de Gini²⁵ é o índice atualmente mais utilizado tanto para a mensuração de concentração de riquezas quanto de concentração de renda em um determinado grupo. Ele varia de 0, onde há completa dispersão (ou igualdade), a 1, onde há total concentração (ou desigualdade). Tais limites, contudo, são inverificáveis no mundo real quando se fala de concentração de riquezas ou renda em países, por exemplo.

Além do Coeficiente de Gini, diversos outros índices também são utilizados para a mensuração de desigualdades econômicas, dentre os quais atualmente têm se destacado bastante aqueles utilizados nos relatórios de desenvolvimento humano do Programa de Desenvolvimento Humano das Nações Unidas (“PNUD”)²⁶: (i) Razão 20/20, que compara

²³ Adicionalmente, considera-se que (i) atos de concentração causando variações de HHI inferiores a 100 ou resultantes em HHI pós-concentração inferiores a 1500 dificilmente geram preocupações concorrenciais; (ii) atos de concentração resultantes em HHI pós-operação entre 1500 e 2500, e causando variações de HHI superiores a 100, potencialmente geram preocupações concorrenciais; (iii) atos de concentração resultantes em HHI pós-operação superiores a 2500, e causando variações de HHI entre 100 e 200, potencialmente geram preocupações concorrenciais; e (iv) atos de concentração resultantes em HHI pós-operação superiores a 2500, e causando variações de HHI superiores a 200, presumivelmente geram aumento de poder de mercado. Cf. U.S. Department of Justice e U.S. Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 19.

²⁴ Os limiares mencionados na nota 23 acima também foram igualmente adotados pelo CADE. O texto do guia brasileiro de 2016 que trata sobre tais limiares é, basicamente, uma tradução adaptada do guia estadunidense de 2010. Nesse sentido, comparar CADE, Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 25. com U.S. Department of Justice e U.S. Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 19.

²⁵ O coeficiente de Gini é baseado na Curva de Lorenz e foi originalmente proposto pelo italiano Conrado Gini em Corrado Gini, *Variabilità e mutabilità: contributo allo studio delle distribuzioni e delle relazioni statistiche* (Bologna: Tipografia di Paolo Cuppini, 1912). Sobre a Curva de Lorenz, ver Max O. Lorenz, “Methods of Measuring the Concentration of Wealth”, *Publications of the American Statistical Association* 9, nº 70 (junho de 1905): 209–19.

²⁶ Cf. Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, “Relatório do Desenvolvimento Humano 2015: O Trabalhador como Motor do Desenvolvimento Humano”, 2015, 238–41,

quão mais abastados são os 20% mais ricos em relação aos 20% mais pobres de uma determinada população²⁷; e (ii) Razão de Palma, que consiste no quociente da divisão da parcela do PIB detida pela camada 10% mais rica de uma população pela parcela do PIB detida pela camada 40% mais pobre da população²⁸.

Assim como no caso dos índices de concentração de mercados, os índices relacionados à concentração de riquezas apresentam suas imperfeições e peculiaridades, e não parece haver concordância sobre qual seria mais adequado, embora o Coeficiente de Gini seja aparentemente o mais popular.

A diferença entre concentração de mercados e de riquezas, portanto, é simples e não revela, em princípio, nenhum paralelismo. As expressões comumente utilizadas no debate sobre desigualdade econômica são, claramente, “concentração de riquezas” ou “concentração de renda”, não “concentração de mercado”. Mas não se pode negar que a dedução equivocada descrita no primeiro parágrafo deste capítulo soa, de alguma maneira, possível ou, pelo menos, provocativa. Seria possível descrever alguma relação entre concentração de mercados e desigualdade econômica?

A esse questionamento poucos responderam, pois se trata de uma tarefa bastante árdua, dado o distanciamento dos significados das expressões acima discutidas. Provavelmente a primeira²⁹ tentativa bem elaborada tenha sido a de William S. Comanor e Robert H. Smiley em 1975³⁰. No entanto, depois de ter sido diretamente contestada em

<http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200014/>.

²⁷ Nas versões em português dos relatórios de desenvolvimento humano do PNUD, a Razão 20/20 é denominada “rácio por quintil”.

²⁸ Cf. José G. Palma, “Globalizing Inequality: ‘Centrifugal’ and ‘Centripetal’ Forces at Work”, *United Nations Department of Economic and Social Affairs Working Papers* 35 (setembro de 2006): 1–23; José G. Palma, “Homogeneous Middles vs. Heterogeneous Tails, and the End of the ‘Inverted-U’: It’s All About the Share of the Rich”, *Development and Change* 42, n° 1 (janeiro de 2011): 87–153.

²⁹ Essa afirmação é feita com base na própria reivindicação dos autores, cf. William S. Comanor e Robert H. Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth: Revisited”, *The Quarterly Journal of Economics* 94, n° 1 (fevereiro de 1980): 195; Robert H. Smiley, “Firm Size, Market Power and the Distribution of Income and Wealth: A Survey”, in *The Economics of Firms Size, Market Structure and Social Performance* (Washington, DC: Federal Trade Commission, 1980), 91.

³⁰ Cf. William S. Comanor e Robert H. Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”, *The Quarterly Journal of Economics* 89, n° 2 (maio de 1975): 177–94.

1980³¹ e imediatamente reafirmada pelos autores³², tal discussão praticamente adormeceu por aproximadamente 35 anos³³, o que se demonstrará ao longo deste capítulo.

Portanto, o subtópico 2.1.1 abaixo tratará brevemente do estudo produzido por Comanor e Smiley, bem como das críticas por ele recebidas. Tal análise justifica-se justamente pelo principal objetivo deste capítulo, qual seja responder à seguinte indagação: é possível relacionar concentração de mercados a indicadores de desigualdade econômica? Por sua vez, uma resposta adequada a tal questionamento não só se adequa a, mas é requerida pela hipótese geral deste trabalho.

2.1.1. A origem do debate: Comanor e Smiley

Em um artigo intitulado “Monopólio e a Distribuição de Riqueza”³⁴, Comanor e Smiley inauguraram³⁵ em 1975 a discussão sobre eventual conexão entre concentração de mercados e desigualdade de riquezas. Na verdade, o estudo tinha um objetivo mais específico: verificar o impacto de lucros de monopólio na distribuição de riquezas por família nos Estados Unidos. Para isso, os autores estimaram como estaria a distribuição do patrimônio familiar naquele país em 1962 caso a legislação antitruste aprovada em 1890³⁶ tivesse sido plenamente efetiva em impedir empresas de obterem lucros de monopólio de 1890 a 1962³⁷.

Como parte do estudo, os autores adotaram três premissas importantes, as quais não podem ser negligenciadas quando se discute a pesquisa. Em primeiro lugar, assumiram que a razão de lucros de monopólio em relação ao PIB estadunidense permaneceu constante entre o período de 1890 e 1962 e adotaram, para tanto, o percentual de 3% do PIB, conforme

³¹ Cf. Lacy G. Thomas, “Monopoly and the Distribution of Wealth: A Reappraisal”, *The Quarterly Journal of Economics* 94, nº 1 (fevereiro de 1980): 185–94.

³² Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth: Revisited”.

³³ Conforme se demonstrará em maiores detalhes no subtópico 2.1.3, sustenta-se que o primeiro trabalho a realmente revisar o assunto de maneira relativamente profunda somente apareceu em 2015: Jonathan B. Baker e Steven C. Salop, “Antitrust, Competition Policy, and Inequality”, *Georgetown Law Journal Online* 104 (2015): 1–28.

³⁴ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”.

³⁵ Ver nota 29.

³⁶ Em 2 de julho de 1890, os Estados Unidos aprovaram a sua primeira legislação federal antitruste, o *Sherman Antitrust Act*.

³⁷ Cf. Smiley, “Firm Size, Market Power and the Distribution of Income and Wealth: A Survey”, 91.

previamente estimado por Scherer³⁸. Adicionalmente, também apresentaram resultados com base em um percentual de 2%, apenas para garantir o conservadorismo da pesquisa³⁹.

Na sequência, os autores assumiram que os ganhos de monopólio são distribuídos proporcionalmente aos direitos que recaem sobre as empresas⁴⁰. Em outras palavras, receberiam uma maior parcela dos recursos transferidos aos monopólios aqueles que detivessem mais ativos comerciais ou profissionais, direitos de beneficiários de trustes, participações societárias em companhias abertas, investimentos em imóveis, negócios não administrados unitariamente, seguros de vida e planos de previdência⁴¹.

Por fim, eles consideraram que a distribuição dos pagamentos em excesso pelos consumidores, como consequência dos preços mais altos praticados pelo monopólio, é proporcional à distribuição dos gastos totais de consumo⁴². Ou seja, quem consome mais contribui mais para a transferência de recursos para os monopólios.

Após desenvolver seu modelo matemático e descrever todas as estimativas consideradas em sua aplicação⁴³, os autores chegam a conclusões interessantes, as quais possivelmente demonstrem que a dedução equivocada discutida no tópico 2.1 acima não esteja tão claramente errada assim. Talvez seja realmente possível pensar em uma relação entre concentração de mercados e concentração de riquezas. Ou pelo menos entre poder de mercado, representado no modelo pelos lucros de monopólio no valor de 3% do PIB, e concentração de riquezas.

A mais abastada das nove classes oriundas da divisão realizada na pesquisa englobou as famílias detentoras de patrimônio líquido maior que meio milhão de dólares em 1962. Essa classe consistia em 0,27% do número total de famílias e controlava 18,5% do total do patrimônio familiar nos Estados Unidos em 1962. No entanto, o estudo demonstrou que, na

³⁸ Cf. Frederic M. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (Chicago: Rand McNally, 1970), 409.

³⁹ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”, 182–83.

⁴⁰ Cf. *Ibidem*, 178.

⁴¹ Cf. *Ibidem*, n. 13.

⁴² Considerando que tal premissa requereria que a elasticidade dos pagamentos aos monopólios em relação aos gastos totais de consumo fosse igual a 1 e que isso poderia superestimar os efeitos do monopólio sobre a desigualdade de riquezas, os autores testaram também o valor da elasticidade como sendo de 1,5, a fim de manter o conservadorismo da pesquisa. No entanto, a alteração não afetou os resultados finais da pesquisa. Cf. *Ibidem*, 179–80, 193.

⁴³ Para a descrição do modelo matemático e das estimativas, ver *Ibidem*, 180–89.

ausência de lucros de monopólio entre 1890 e 1962, a mesma classe deteria de 3% a 10%⁴⁴ do total do patrimônio familiar, em vez de 18,5%.⁴⁵

Quando consideradas em conjunto as três classes mais ricas, as quais englobaram as famílias detentoras de patrimônio líquido maior que cem mil dólares em 1962, os resultados também foram significativos. Essas classes somavam 2,4% do total de famílias e controlavam pouco mais que 40% do total do patrimônio familiar. Na ausência de lucros de monopólio de 1890 a 1962, elas deteriam conjuntamente de 16,6% a 27,5%⁴⁶ do total do patrimônio familiar, em vez de 40%.⁴⁷

Por outro lado, o trabalho apontou que a classe mais pobre verificaria uma melhoria em sua situação patrimonial na ausência de lucros de monopólio, passando a ter uma média de patrimônio líquido positiva, em comparação com a média negativa verificada na presença de monopólio. De maneira geral, a pesquisa indicou que a riqueza relativa de 93,3% do total das famílias nos Estados Unidos teria sido melhorada na ausência de monopólio entre 1890 e 1962.⁴⁸

Diante de tais resultados, a conclusão não poderia ser outra: “a presença de monopólio no passado e no presente tem tido um grande impacto sobre o grau de desigualdade na distribuição atual do patrimônio familiar”⁴⁹ nos Estados Unidos.

Cinco anos após a publicação da pesquisa de Comanor e Smiley, Lecy G. Thomas publicou um artigo com diversas críticas ao estudo realizado, as quais indicariam, de maneira geral, uma superestimação dos efeitos do monopólio sobre a desigualdade de riquezas. Intitulou-o de “Monopólio e a Distribuição de Riqueza: Uma Reavaliação”⁵⁰. Thomas basicamente dividiu suas críticas em dois conjuntos, (i) um baseado na estrutura teórica

⁴⁴ Tais valores são baseados na premissa inicial de que os lucros de monopólio consistiam em 3% do PIB entre 1890 e 1962. Reduzindo para 2% do PIB, a fatia do total do patrimônio familiar dos Estados Unidos detida pela classe mais abastada subiria para aproximadamente 13%. No entanto, manter-se-ia ainda uma grande diferença em relação aos 18,5% verificados em 1962 com a presença de monopólio. Cf. Ibidem, 191–93.

⁴⁵ Cf. Ibidem, 189–91.

⁴⁶ Tais valores são baseados na premissa inicial de que os lucros de monopólio consistiam em 3% do PIB entre 1890 e 1962. Reduzindo para 2% do PIB, a fatia do total do patrimônio familiar dos Estados Unidos detida pelas três classes mais abastadas subiria para aproximadamente 32%. No entanto, manter-se-ia ainda uma grande diferença em relação aos 40% verificados em 1962 com a presença de monopólio. Cf. Ibidem, 193.

⁴⁷ Cf. Ibidem, 190–91.

⁴⁸ Cf. Ibidem.

⁴⁹ No original: “the presence of past and current monopoly has had a major impact on the degree of inequality in the current distribution of household wealth.” Cf. Ibidem, 189.

⁵⁰ Cf. Thomas, “Monopoly and the Distribution of Wealth: A Reappraisal”.

implícita no processo de obtenção das estimativas e (ii) outro relacionado aos parâmetros utilizados na aplicação do modelo.

Em relação ao primeiro conjunto, Thomas sustentou que, embora o estudo de Comanor e Smiley tivesse destacado apenas as três premissas principais acima mencionadas, ele revelaria de maneira menos clara outros quatro elementos que teriam influenciado bastante os resultados encontrados⁵¹. Seriam eles os seguintes⁵²:

- (i) acumulação em estado estacionário: os rendimentos advindos de monopólio foram distribuídos em todos os anos entre as classes criadas no estudo exatamente como no ano de 1962;
- (ii) transmissão de riquezas: eventual mobilidade entre as classes em virtude de casamento, idade, habilidades foram ignoradas;
- (iii) taxas de poupança e retorno: as taxas de retorno e poupança relativas a diferentes fontes de rendimento foram consideradas iguais para todas as classes; e
- (iv) equilíbrio parcial: renda, salários, taxas de retorno de investimentos ou taxas de acumulação e crescimento não foram considerados influenciáveis por eventuais alterações no grau de monopólio.

Quanto ao segundo conjunto de críticas, Thomas entendeu basicamente que Comanor e Smiley adotaram parâmetros questionáveis em relação à tributação e à poupança. Segundo ele, o modelo teria subestimado a tributação e superestimado a poupança, causando indiretamente uma superestimação também da taxa de retorno de investimentos experimentada pelas famílias. Em última análise, isso faria com que o modelo levasse a um exagero nos efeitos do monopólio sobre a distribuição de riquezas.⁵³

Em artigo subsequente, intitulado “Monopólio e a Distribuição de Riqueza: Revisitado”⁵⁴, Comanor e Smiley responderam às provocações de Thomas reconhecendo alguns equívocos e apontando suas discordâncias em relação a determinados pontos levantados por ele. Em geral, ponderaram que a pesquisa original foi bastante conservadora,

⁵¹ Cf. *Ibidem*, n. 2.

⁵² Cf. *Ibidem*, 186–88.

⁵³ Cf. *Ibidem*, 191.

⁵⁴ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth: Revisited”.

ou seja, que as premissas, estimativas e elementos utilizados foram todos destinados a subestimar os efeitos do monopólio sobre a concentração de riquezas, e não para superestimar, conforme afirmado por Thomas⁵⁵.

Comanor e Smiley então consideraram um sucesso o fato de que seu artigo foi provocativo a ponto de receber críticas de Thomas⁵⁶. Nesse sentido, declararam que esse seria o primeiro passo em um longo processo de estudo dos efeitos dos monopólios sobre a distribuição de riquezas⁵⁷. Mas não terminaram o debate sem externar os seus anseios sobre o futuro da discussão. Para eles, seria mais proveitoso que novos trabalhos sobre o tema não fossem centrados apenas em identificar problemas nas premissas ou nas estimativas adotadas, mas na proposição de novos modelos analíticos que pudessem refinar os resultados encontrados na pesquisa original⁵⁸.

O desejo dos autores, entretanto, parece não ter sido satisfeito tão rapidamente, e o seu primeiro passo não foi suficiente para incentivar uma progressiva realização de pesquisas sobre a eventual conexão entre concentração de riquezas e concentração de mercados. O debate foi bastante reduzido durante os 35 anos seguintes, com alguns suspiros no meio do caminho. Como se verá adiante, considerando os rumos tomados pela teoria antitruste ao longo desse período, não é mesmo de se assustar que o debate tenha sido parcialmente esquecido.

Um importante suspiro ocorreu relativamente cedo, ainda em 1987, graças a Irene Powell⁵⁹. Mas teve uma diferença essencial em relação ao trabalho de Comanor e Smiley: centrou-se na distribuição de renda, e não de riquezas. Conforme será melhor demonstrado adiante, isso pode ter feito com que os resultados alcançados tenham sido um pouco menos alarmantes e que esse estudo seja menos lembrado do que o de Comanor e Smiley. Nos

⁵⁵ Cf. Ibidem, 195.

⁵⁶ Cf. Ibidem.

⁵⁷ Cf. Ibidem.

⁵⁸ Cf. Ibidem, 198.

⁵⁹ Antes disso, houve outros dois estudos que também trataram da questão, cada qual com a sua metodologia. Tais trabalhos tentaram, de maneira geral, relacionar alterações de preços com aumentos e reduções de renda de determinadas camadas da população, bem como na identificação de quem são os eventuais beneficiados e prejudicados quando o grau de monopólio é alterado. Cf. Ralph Lankford e John F. Stewart, “A General Equilibrium Analysis of Monopoly Power and the Distribution of Income”, in *The Economics of Firms Size, Market Structure and Social Performance* (Washington, DC: Federal Trade Commission, 1980), 104–28; Katherine M. McElroy, John J. Siegfried, e George H. Sweeney, “The Incidence of Price Changes in the U.S. Economy”, *The Review of Economics and Statistics* 64, nº 2 (maio de 1982): 191–203. No entanto, o estudo de Powell parece ter sido mais direto em relação ao eventual relacionamento entre concentração de mercados e distribuição de renda. Por isso, alguns de seus resultados serão ressaltados nas próximas páginas, ao contrário dos demais.

trabalhos mais recentes de autores que atualmente têm se esforçado para mais uma vez estudar a eventual conexão entre poder de mercado a desigualdades econômicas, a pesquisa de Comanor e Smiley é sempre mencionada, enquanto que o trabalho de Powell é por vezes esquecido.

Irene Powell deu a seu artigo o nome de “O Efeito de Reduções de Concentração sobre Distribuição de Renda”⁶⁰. O intuito do autor foi testar a crença de que a aplicação de políticas antitruste seria capaz de alterar substancialmente a distribuição de renda, caso capazes de reduzir a concentração de mercado. Simulou-se o efeito direto de uma alteração no nível de concentração no setor de manufaturas sobre lucros extraordinários (acima do normal), mantidas outras variáveis constantes. Verificou-se então a consequência final da redução da concentração sobre a distribuição de renda entre seis classes familiares divididas por renda.⁶¹

O estudo levou em consideração os efeitos de eventual redução de concentração de mercado tanto sobre (i) os gastos das famílias quanto sobre (ii) os rendimentos das famílias advindos de capital investido⁶². Foram simuladas três principais reduções do CR4 – para 0%, 40% e 50% – em uma série de mercados do setor de manufaturas⁶³.

Alguns resultados alcançados ao longo do trabalho foram realmente bastante reveladores. A maior redução em pagamentos extraordinários, como consequência de reduções do nível de concentração de mercado, foi experimentada pelas classes com renda entre US\$ 3.000 e US\$ 4.999 e entre US\$ 5.000 e US\$ 7.499. Por exemplo, com a redução do CR4 para 40%, a redução em pagamentos extraordinários experimentada por essas classes foi de 0,71% a 0,75%, em comparação com 0,35% de redução na classe mais abastada (famílias com renda igual ou superior a US\$ 15.000).⁶⁴

Ainda no mesmo cenário de redução do CR4 para 40%, a mais rica das classes perderia 1,8% de renda advinda de capital. A segunda classe mais abastada (famílias com renda entre US\$ 10.000 e US\$ 14.999) experimentaria uma perda bem menor, de apenas

⁶⁰ Cf. Irene Powell, “The Effect of Reductions in Concentration on Income Distribution”, *The Review of Economics and Statistics* 69, nº 1 (fevereiro de 1987): 75–82.

⁶¹ Cf. *Ibidem*, 75.

⁶² Cf. *Ibidem*.

⁶³ Cf. *Ibidem*, 76, 79.

⁶⁴ Cf. *Ibidem*, 78.

0,3% de renda advinda de capital. Por fim, a classe mais pobre (famílias com renda abaixo de US\$ 3.000,00) sofreria uma redução de apenas 0,08% de renda oriunda de capital.⁶⁵

A diferença de resposta de cada uma das classes à redução de concentração no mercado indicaria, por sua vez, um aumento do poder de compra para as cinco classes mais pobres. Por outro lado, a classe mais abastada experimentaria uma redução de seu poder de compra. Em última análise, esse efeito indicaria uma redistribuição de renda da classe mais rica para as outras classes inferiores a ela, especialmente para as três classes mais pobres.⁶⁶

Por outro lado, Powell também demonstrou que a magnitude da redistribuição de renda não seria tão relevante assim. Em uma eventual redução do CR4 para 40%, o aumento de renda das cinco classes inferiores variaria de um mínimo de 0,26% a um máximo de 0,67%, dependendo da classe considerada, enquanto que a redução de renda da classe mais rica seria de 1,45%. No caso de redução do CR4 para 50%, o aumento de renda das cinco classes inferiores variaria de um mínimo de 0,19% a um máximo de 0,44%, dependendo da classe considerada, enquanto que a redução de renda da classe mais rica seria de 0,9%.⁶⁷

O estudo de Powell foi exclusivamente centrado na economia estadunidense. No entanto, John Creedy e Robert Dixon também encontraram tendências semelhantes àsquelas encontradas por Powell em simulações rodadas na Austrália. Em seu estudo publicado em 1999, os autores concluíram que a presença de monopólio impacta de maneira mais significativa grupos de baixa renda e, portanto, tenderia a aumentar a desigualdade.⁶⁸

Fato é que, dentre os estudos acima mencionados, o mais lembrado no âmbito do direito da concorrência, após o renascimento do debate sobre eventual conexão entre concentração de mercados e desigualdades econômicas, é o de Comanor e Smiley. Os demais, embora eventualmente lembrados, por enquanto têm sido muito menos referenciados no âmbito das recentes discussões iniciadas em 2015⁶⁹.

⁶⁵ Cf. Ibidem, 79.

⁶⁶ Cf. Ibidem, 79–81.

⁶⁷ O estudo revela percentuais de aumento e redução de renda muito mais relevantes caso o CR4 fosse reduzido para 0, mas, como essa hipótese inexistente na realidade, a redução do CR para 40% e 50% parecem os parâmetros mais razoáveis para serem apresentados como exemplo. Cf. Ibidem.

⁶⁸ John Creedy e Robert Dixon, “The Distributional Effects of Monopoly”, *Australian Economic Papers* 8, n° 3 (1999): 223–37.

⁶⁹ Exceção seja feita a Daniel A. Crane e Sandeep Vaheesan, que não deixaram de mencionar também o estudo de Irene Powell em seus recentes trabalhos sobre o tema. No Brasil, o trabalho de Powell também foi recentemente lembrado por Calixto Salomão Filho, que igualmente deu mais ênfase ao trabalho de Comanor e Smiley. Cf. Daniel A. Crane, “Antitrust and Wealth Inequality”, *Cornell Law Review* 101, n° 5 (2015): 1180; Sandeep Vaheesan, “The Evolving Populisms of Antitrust”, *Nebraska Law Review* 93, n° 2 (2014): 412–13;

Como decorrência dos estudos de Comanor e Smiley e dos poucos outros que se seguiram, como o de Powell, demonstrou-se uma provável conexão entre concentração de mercados e desigualdades econômicas. Naturalmente, era de se esperar que essa provável descoberta iria incentivar estudos cada vez mais profundos sobre a questão em qualquer sociedade que se preocupasse com eventuais altos níveis de desigualdade entre seus cidadãos. Portanto, parecia natural que, como consequência do debate, políticas públicas voltadas à redução de concentração nos mercados seriam progressivamente desenvolvidas e fortalecidas.

Nesse contexto, a política antitruste, especialmente no tocante ao controle de atos de concentração econômica, muito provavelmente seria impulsionada. Os órgãos de defesa da concorrência, por sua vez, teriam cada vez mais poder para bloquear operações que resultassem em altos níveis de concentração de mercado. Essas previsões pareciam óbvias pelo menos para sociedades que sofressem com altos níveis de desigualdade, face os resultados dos estudos acima mencionados.

Quem apostou nessas previsões, no entanto, não teve sucesso algum. Os anos que se seguiram foram determinantes para a predominância de uma visão bastante diferente em relação ao antitruste, basicamente no sentido oposto. No subtópico 2.1.2 a seguir, será então realizada uma breve análise do contexto que levou a um relativo sufocamento de um debate maior que poderia ter sido iniciado logo após a publicação dos trabalhos de Comanor e Smiley.

2.1.2. A dormência do debate e seu contexto

Neste subtópico, responder-se-á a um questionamento surgido acima: o que fez com que os resultados encontrados por Comanor e Smiley fossem relativamente esquecidos nos anos que se seguiram à publicação de seu artigo, que demonstrou uma provável conexão entre concentração de mercados e desigualdade de riquezas?

A resposta passa obrigatoriamente pela evolução jurisprudencial, legislativa, teórica e política da defesa da concorrência nos Estados Unidos⁷⁰. Essencialmente quatro episódios

Calixto Salomão Filho, “A Paralisia do Antitruste”, in *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial* (São Paulo: Marcial Pons, 2015), n. 11.

⁷⁰ Antes de se iniciar a demonstração do fluxo de acontecimentos que levaram à relativa dormência do debate de Comanor e Smiley, é preciso fazer uma importante ressalva. A construção que se fará neste subtópico 2.1.2

da história estadunidense foram determinantes para os caminhos tomados pelo antitruste após o debate inaugurado por Comanor e Smiley: (i) o caso *Columbia Steel*⁷¹, julgado em 1948; (ii) o caso *Brown Shoe*⁷², julgado em 1962; (iii) o famoso livro de Robert Bork de 1978, denominado “O Paradoxo Antitruste”⁷³; e (iv) a eleição de Ronald Reagan como presidente dos Estados Unidos, em 1981. Nos parágrafos a seguir, discorrer-se-á brevemente sobre cada um desses episódios e suas interconexões, que parecem ter construído o caminho que levou ao relativo esquecimento do estudo de Comanor e Smiley.

Como será possível notar ao longo da narrativa, a conexão entre os episódios selecionados e outros diversos também é muito profunda e fluida, de modo que a seleção dos quatro eventos aqui descritos poderia, sem grandes dificuldades, ser diversa. Poderia, portanto, excluir alguns dos episódios escolhidos ou incluir outros, conformando possivelmente uma narrativa bastante semelhante. No entanto, justifica-se a presente seleção com base no fato de que cada um dos eventos escolhidos aparenta conter suficientemente pelo menos uma das seguintes características: (i) pode ser considerado o estopim de um processo ou movimento; (ii) pode ser considerado o início de um processo ou movimento; ou (iii) pode ser considerado indispensável a um processo ou movimento.

Portanto, a leitura dos subtópicos a seguir demonstrará a essencialidade de cada um dos episódios selecionados para a descrição do caminho que levou à dormência do debate sobre a eventual relação entre desigualdades econômicas e concentração de mercados. De maneira mais específica, notar-se-á que os dois últimos subtópicos são aqueles diretamente relacionados à identificada dormência. Ou seja, a publicação da obra de Robert Bork e a

tem um objetivo claro, já explicitado aqui. Esse objetivo é simples e a sua realização não demanda uma exposição detalhada e minuciosa da história da evolução do antitruste nos Estados Unidos. Mas requer, sim, uma contextualização, sem a qual o fluxo do trabalho apresentaria uma clara ruptura, prejudicial à sua plena compreensão. Diferentemente do que ocorre no Brasil, o estudo da evolução legislativa e jurisprudencial do antitruste nos Estados Unidos é o núcleo de centenas de pesquisas e relatórios extremamente profundos e completos. Não se pretende, aqui, reproduzir tal esforço intelectual prévio, nem do ponto de vista da profundidade e detalhamento nem do ponto de vista da extensão. Para um estudo mais amplo e aprofundado da evolução histórica do antitruste nos Estados Unidos, consultar, por exemplo, Hans B. Thorelli, *The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition* (Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1955); Tony A. Freyer, *Regulating Big Business: antitrust in Great Britain and America, 1880-1990* (Cambridge: Cambridge University Press, 1992); William E. Kovacic, “Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration”, *Iowa Law Review* 74 (1989): 1105–50; William Letwin, *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act* (New York: Random House, 1965); James May, “Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis”, *Ohio State Law Journal* 50 (1989): 257–395; E. Thomas Sullivan, org., *The Political Economy of the Sherman Act: the first one hundred years* (New York: Oxford University Press, 1991).

⁷¹ *United States v. Columbia Steel Company*, 334 U.S. 495 (1948).

⁷² *Brown Shoe Company, Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962).

⁷³ Cf. Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself* (New York: Basic Books, 1978).

eleição de Ronald Reagan tiveram uma influência determinante para o antitruste que se construiu a partir de tais eventos, a qual levou ao relativo esquecimento do debate inaugurado por Comanor e Smiley.

No entanto, ficará claro também que, tanto o caso *Columbia Steel* quanto o caso *Brown Shoe*, embora bastante anteriores ao trabalho de Comanor e Smiley e em princípio distantes – inclusive temporalmente – do antitruste que se viveu a partir do livro de Bork e da eleição de Ronald Reagan, foram absolutamente determinantes na construção do caminho que levou a tais eventos posteriores. Em outras palavras, caso ausentes o caso *Columbia Steel* e/ou o caso *Brown Shoe* da história do antitruste nos Estados Unidos, possivelmente os trabalhos de Robert Bork e Ronald Reagan não teriam tido a mesma relevância na construção do antitruste que se viveu a partir da década de 1980 nos Estados Unidos e nos países que se inspiraram naquele modelo.

2.1.2.1. *Columbia Steel*

Em 1948, um importante caso antitruste envolvendo um ato de concentração foi decidido pela Suprema Corte. O governo dos Estados Unidos tentou barrar a operação em que a *United States Steel Corporation*, por meio de sua subsidiária integral denominada *Columbia Steel Company*, adquiriria ativos da *Consolidated Steel Corporation*.

A *U.S. Steel* era a maior produtora de aço laminado dos Estados Unidos, sendo que a sua subsidiária *Columbia Steel* era a maior produtora na costa oeste do país. A *Consolidated Steel* era a maior fabricante independente de produtos de aço da costa oeste estadunidense, utilizando como insumo para tal fabricação justamente o aço laminado. Igualmente, a *U.S. Steel* também já atuava no mercado de fabricação de produtos a partir da utilização do aço laminado. Portanto, tratava-se de um ato de concentração tanto vertical quanto horizontal.

A *U.S. Steel* tinha acabado de comprar uma nova planta de produção de aço laminado localizada também na parte oeste dos Estados Unidos, a qual foi utilizada pelo governo estadunidense durante a Segunda Guerra Mundial. Com a compra, a *U.S. Steel* precisava de fabricantes naquela região, para os quais poderia escoar a produção. Essa era uma das

principais justificativas para o ato de concentração, uma vez que a *U.S. Steel* poderia então escoar boa parte da produção advinda da nova planta para a *Consolidated Steel*⁷⁴.

O embasamento da contestação da operação por parte do governo era, resumidamente, o seguinte: (i) em virtude de integração vertical, a operação geraria restrição do comércio, pois todos os demais produtores que não fossem a *U.S. Steel* seriam excluídos do negócio de fornecimento de aço laminado à *Consolidated Steel*; (ii) em virtude de integração horizontal relacionada à fabricação de produtos estruturais de aço e de canos, também haveria restrição do comércio; e (iii) considerando-se outras aquisições previamente realizadas pela *U.S. Steel*, a operação consistiria em uma tentativa de monopolização do mercado de fabricação e venda de produtos de aço na região onde a *Consolidated Steel* comercializava.

A contestação foi fundamentada, portanto, em potenciais violações aos Arts. 1 e 2 do *Sherman Act*⁷⁵. Não se utilizou o Art. 7 do *Clayton Act*⁷⁶ como fundamento, pois tal dispositivo ainda não se aplicava às aquisições de ativos, e isso demonstra uma das principais discussões nutridas por esse caso.

Atualmente, nos Estados Unidos, atos de concentração podem ser contestados, basicamente, tanto com fundamento nos Arts. 1 e 2 do *Sherman Act* quanto no Art. 7 do *Clayton Act*⁷⁷. Nos termos do Art. 1 do *Sherman Act*, contratos, combinações ou conspirações que restrinjam o comércio são considerados ilegais⁷⁸. Por sua vez, o Artigo 2 do *Sherman Act* proíbe a monopolização, a tentativa de monopolização e a combinação ou conspiração para monopolização⁷⁹. Por fim, Art. 7 do *Clayton Act* proíbe a aquisição de

⁷⁴ Cf. “Notes”, *Yale Law Journal* 58, nº 5 (1949): 765.

⁷⁵ 15 U.S.C. §§1, 2.

⁷⁶ 15 U.S.C. §18.

⁷⁷ Embora seja utilizado com menos frequência, também é possível contestar atos de concentração com base no Art. 5 do *Federal Trade Commission Act* (15 U.S.C. §45), que condena métodos injustos de concorrência. Cf. U.S. Department of Justice e U.S. Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines.

⁷⁸ “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.” (“Todo contrato, combinação na forma de *trust* ou não, ou conspiração, em restrição do comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é considerado ilegal. Toda pessoa que fizer qualquer contrato ou se envolver em qualquer combinação ou conspiração aqui declarada ilegal será considerada culpada de um crime e, por sua condenação, será punida com multa de não mais de US\$ 100.000.000, se for uma companhia, ou, se for qualquer outro tipo de pessoa, US\$ 1.000.000, ou por prisão não superior a 10 anos, ou por ambas as punições, a critério do tribunal.”)

⁷⁹ “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign

participação societária ou ativos nos casos em que o efeito de tal aquisição possa ser substancialmente diminuir a competição, ou tender a criar um monopólio⁸⁰. Portanto, embora o Art. 7 do *Clayton Act* seja claramente mais centrado no controle de concentrações, também é possível utilizar os Art. 1 e 2 do *Sherman Act* quando se entender que a concentração pode violar também as suas disposições⁸¹.

No entanto, a redação original do Art. 7 do *Clayton Act*⁸², conforme aprovada em 1914, tinha algumas brechas que ficaram ainda mais evidenciadas quando do julgamento do caso *Columbia Steel*. A principal dificuldade era o fato de que o dispositivo não abarcava aquisições de ativos, apenas de participações societárias. Outro problema era que não estava claro se o Art. 7 do *Clayton Act* poderia ser aplicado a atos de concentração verticais e conglomerados, ou apenas aos horizontais⁸³.

A decisão da Suprema Corte no caso *Columbia Steel* foi apertada, foram cinco votos pela manutenção da operação e quatro contra. Por maioria, a Suprema Corte entendeu que a operação não restringia de maneira irrazoável (i) as oportunidades de concorrentes *da U.S.*

nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.” (“Toda pessoa que monopolizar, ou tentar monopolizar, ou combinar ou conspirar com qualquer outra pessoa ou pessoas para monopolizar qualquer parte do comércio entre os diversos Estados, ou com nações estrangeiras, será considerada culpada de um crime e, por sua condenação, será punida com multa não superior a US\$ 100.000.000. se uma companhia, ou, se for qualquer outro tipo de pessoa, US\$ 1.000.000, ou por prisão não superior a 10 anos, ou por ambas as punições, a critério do tribunal.”)

⁸⁰ A redação atual do principal parágrafo do Art. 7 do *Clayton Act* assim dispõe: “[n]o person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.” (“Nenhuma pessoa envolvida no comércio ou em qualquer atividade que afete o comércio deve adquirir, direta ou indiretamente, a totalidade ou parte das ações ou outra participação no capital social, e nenhuma pessoa sujeita à jurisdição da Comissão Federal de Comércio deve adquirir a totalidade ou qualquer parte dos ativos de outra pessoa também envolvida no comércio ou em qualquer atividade que afete o comércio, onde em qualquer linha de comércio ou em qualquer atividade que afete o comércio em qualquer parte do país, o efeito dessa aquisição possa ser substancialmente diminuir a concorrência ou tender a criar um monopólio.”)

⁸¹ Ver notas 78 e 79.

⁸² Na redação original, a principal parte do Art. 7 estabelecia o seguinte: “[t]hat no corporation engaged in commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital of another corporation engaged also in commerce, where the effect of such acquisition may be to substantially lessen competition between the corporation whose stock is so acquired and the corporation making the acquisition, or to restrain such commerce in any section or community, or tend to create a monopoly in any line of commerce.” (“[q]ue nenhuma empresa envolvida no comércio adquira, direta ou indiretamente, a totalidade ou qualquer parte das ações ou outra forma de participação no capital social de outra empresa também envolvida no comércio, onde o efeito de tal aquisição possa ser diminuir substancialmente a competição entre a empresa cujas ações são adquiridas e a empresa adquirente, ou restringir tal comércio em qualquer parte ou comunidade, ou tenda a criar um monopólio em qualquer linha de comércio.”)

⁸³ Cf. Areeda e Hovenkamp, *Antitrust Law*, 2009, IV:18–19.

Steel de continuarem produzindo e vendendo aço laminado, nem (ii) a competição entre a *Consolidated Steel* e a *U.S. Steel* na fabricação de produtos estruturais de aço e de canos. Além disso, considerou-se que a aquisição não demonstrava a existência de uma intenção específica de monopolizar o mercado, mas apenas refletia objetivos normais de comércio. No entanto, o voto dissidente do juiz Douglas, seguido por mais três juízes, já alertava para a relevância do caso no tocante ao progressivo crescimento do poder econômico nos mercados, em desobediência aos intentos da legislação antitruste dos Estados Unidos⁸⁴.

De maneira geral, a decisão não agradou o Congresso estadunidense, que se identificou muito mais com o alerta presente no voto dissidente. Iniciou-se uma grande pressão para a correção dos problemas do Art. 7 do *Clayton Act* mencionados acima. Dois anos depois da decisão, em 1950, aprovou-se então o *Celler-Kefauver Act*, que endurecia a legislação antitruste daquele país, principalmente no tocante ao controle de concentrações, pois corrigiu as principais dificuldades de aplicação do referido dispositivo legal.

A conexão entre a aprovação do *Celler-Kefauver Act* e o caso *Columbia Steel* é muito clara⁸⁵. Alguns congressistas acreditavam até mesmo que o caso *Columbia Steel* teria sido decidido diferentemente se as alterações do Art. 7 do *Clayton Act* promovidas pelo *Celler-Kefauver Act* já tivessem sido implementadas quando a operação foi realizada. Inclusive, o

⁸⁴ “This is the most important antitrust case which has been before the Court in years. It is important because it reveals the way of growth of monopoly power – the precise phenomenon at which the Sherman Act was aimed. Here, we have the pattern of the evolution of the great trusts. Little independent units are gobbled up by bigger ones. [...] Power that controls the economy should be in the hands of elected representatives of the people, not in the hands of an industrial oligarchy. Industrial power should be decentralized. It should be scattered into many hands [...]. That is the philosophy and the command of the Sherman Act. It is founded on a theory of hostility to the concentration in private hands of power so great that only a government of the people should have it.” (“Este é o caso antitruste mais importante perante a Suprema Corte há anos. Ele é importante porque revela a forma de crescimento do poder de monopólio – o exato fenômeno no qual o *Sherman Act* mirava. Aqui, nós temos o padrão de evolução dos grandes trusts. Pequenas unidades independentes são engolidas por outras maiores. [...] O poder que controla a economia deve estar nas mãos de representantes do povo eleitos, não nas mãos de uma oligarquia industrial. O poder industrial deveria ser descentralizado. Ele deveria ser disperso em muitas mãos [...]. Esses são a filosofia e o comando do *Sherman Act*. Baseia-se numa teoria de hostilidade à concentração em mãos privadas de poder tão grande que só um governo do povo deveria tê-lo.”) Cf. *United States v. Columbia Steel Company*, 334 U.S. 495 (1948):534-36.

⁸⁵ “This victory for the merging parties was used to show the need for tougher antimerger standards and new legislation.” (“Essa vitória para as partes do ato de concentração foi utilizada para mostrar a necessidade de padrões mais duros de controle de concentrações e nova legislação” Cf. Phillip E. Areeda e Louis Kaplow, *Antitrust analysis: problems, text, cases*, 5ª ed. (New York: Aspen Law & Business, 1997), 794. “In 1948, the Supreme Court’s green light to U.S. Steel’s acquisition of Consolidated fueled the fire.” (“Em 1948, o sinal verde da Suprema Corte para a aquisição da *Consolidated* pela *U.S. Steel* colocou lenha na fogueira.”) Cf. Eleanor M. Fox e Lawrence A. Sullivan, *Cases and materials on antitrust*, American casebook series (St. Paul, MN: West Pub. Co, 1989), 744. “[T]he cloudy and confused opinion seemed to suggest a generous approach to horizontal mergers under the Sherman Act and was significantly responsible for the amendment of Clayton Act §7 in 1950. (“A decisão nebulosa e confusa pareceu sugerir uma abordagem generosa aos atos de concentração horizontais sob o *Sherman Act* e foi significativamente responsável pela alteração do Art. 7 do *Clayton Act*.”) Cf. Areeda e Hovenkamp, *Antitrust Law*, 2009, IV:17.

Senador Estes Kefauver, um dos idealizadores da alteração legislativa, ao defender a sua aprovação, expressamente afirmou que a decisão teria sido diversa⁸⁶.

No entanto, é claro que o julgamento do caso *Columbia Steel* não foi o único episódio que originou as preocupações que abriram caminho à aprovação do *Celler-Kefauver Act*, mesmo sendo entendido como um provável estopim. Desde os anos 1930 e 1940, com a ascensão de Hitler apoiada por cartéis alemães, a população estadunidense já começou a cada vez mais temer a concentração de poder⁸⁷. Temia-se que altos níveis de concentração poderiam ser danosos à democracia, favorecendo tanto regimes fascistas quanto comunistas⁸⁸. Esse receio se intensificou na presença do que se chamou de terceira onda de

⁸⁶ “[I]t does not follow from the application by the Court in the *Columbia Steel Co.* case of the Sherman Act standard of reasonableness that the acquisition of assets would not have been considered substantial had the matter arisen under a Clayton Act strengthened as provided by this bill. Furthermore, during the time when we were attempting to secure the passage of this bill, it was vigorously contended by opponents of the bill that the Government was going to win the *Columbia Steel Co.* case, and that the enactment of this proposed legislation would therefore not be necessary. However, the Government lost the *Columbia Steel Co.* case. [...] Rather than substantiating the minority views, the *Columbia Steel Co.* case is a vivid illustration of the necessity for the proposed amendment of the Clayton Act. [...] I believe that if section 7 of the Clayton Act had been amended as the pending bill proposes, the acquisition which was made by the United States Steel Corp. in that case would not have been permitted.” (“não decorre da aplicação do padrão de razoabilidade do Sherman Act, pela Suprema Corte, no caso *Columbia Steel Co.*, que a aquisição de bens não teria sido considerada substancial se o caso tivesse surgido sob o *Clayton Act* reforçado de acordo com o presente projeto de lei [*Celler-Kefauver Act*]. [...] Além disso, durante o tempo em que estávamos tentando assegurar a aprovação deste projeto de lei, foi vigorosamente defendido pelos opositores ao projeto que o governo iria ganhar o caso da *Columbia Steel Co.*, e que a sua promulgação, portanto, não seria mais necessária. No entanto, o governo perdeu o caso *Columbia Steel Co.* [...] Em vez de fundamentar as visões minoritárias, o caso *Columbia Steel Co.* é uma clara ilustração da necessidade da alteração do *Clayton Act* proposta [pelo *Celler-Kefauver Act*]. [...] Acredito que, se o Art. 7 do *Clayton Act* tivesse sido alterado de acordo com o que o presente projeto se propõe, a aquisição que foi feita pela *United States Steel Corp.*, naquele caso, não teria sido permitida.”) Cf. Estes Kefauver, “Prevention of Corporations from Acquiring Another Corporation by Means of Acquisition of Its Assets”, *Congressional Record: Proceedings and Debates of the 81st Congress*, dezembro de 1950, 96 edição, 16452–53, 16502.

⁸⁷ Cf. Fox e Sullivan, *Cases and materials on antitrust*, 743; Eleanor M. Fox, “Against Goals”, *Fordham Law Review* 81, nº 5 (2013): 2157.

⁸⁸ Cf. Eleanor M. Fox, Lawrence A. Sullivan, e Rudolph J. R. Peritz, *Cases and materials on U.S. antitrust in global context*, 2ª ed., American casebook series (St. Paul, MN: Thomson/West, 2004), 282. Nesse sentido, o próprio Senador Estes Kefauver: “I am not an alarmist, but the history of what has taken place in other nations where mergers and concentrations have placed economic control in the hands of a very few people is too clear to pass over easily. A point is eventually reached, and we are rapidly reaching that point in this country, where the public steps in to take over when concentration and monopoly gain too much power. The taking over by the public through its government always follows one or two methods and has one or two political results. It either results in a Fascist state or the nationalization of industries and thereafter a Socialist or Communist state.” (“Não sou alarmista, mas a história do que aconteceu em outras nações, onde fusões e concentrações têm colocado o controle econômico nas mãos de muito poucas pessoas, é clara demais para passar batida facilmente. Chega-se eventualmente a um ponto, e estamos chegando rapidamente a esse ponto neste país, onde o público intervém para assumir quando a concentração e o monopólio ganham poder demais. A intervenção pelo público através de seu governo sempre segue um ou dois métodos e tem um ou dois resultados políticos. Ou resulta em um estado fascista ou na nacionalização de indústrias e, posteriormente, em um estado socialista ou comunista.”) Cf. Kefauver, “Prevention of Corporations from Acquiring Another Corporation by Means of Acquisition of Its Assets”, 16452.

concentrações⁸⁹, de certa forma incentivada pelas brechas deixadas pelo Art. 7 do *Clayton Act* e possivelmente também pelo histórico de interpretação do *Sherman Act*, que ironicamente já havia servido de incentivo para ondas de concentrações anteriores⁹⁰.

Em 1938, sob provocação do presidente Franklin D. Roosevelt, o Congresso estadunidense criou o Comitê Econômico Nacional Temporário⁹¹, cujo principal objetivo

⁸⁹ “The first great wave of mergers in this country is usually thought to have begun with the formation of the Standard Trust in 1879. Slowed temporarily by a depression in 1893, the tempo of acquisitions revived by 1897 and quickly gathered momentum. Over a thousand firms disappeared into mergers during the single year of 1899, and in 1901 the wave reached its peak with the joining together of several smaller trusts into the world's first billion-dollar corporation, United States Steel. The striking feature of this early period was the creation of near-monopolies such as American Tobacco and International Harvester by the combination of many independent firms. [...] The magnitude of these ventures and their importance to the creation of giant corporations forged a link in the public mind between mergers and big business which persists to the present day. In 1904 the Supreme Court proscribed the merger of two large railroads, and seven years later it dismembered the oil and tobacco trusts for having violated the Sherman Act. Partly because of these decisions and partly because of business recessions, mergers then dwindled in importance until the 1920's. By this time Congress had enacted the original section 7 of the Clayton Act, which placed restrictions upon the acquisition by firms of the stock of other corporations. In 1926, however, the Supreme Court confirmed the suspicion that the words of the new law could not reach acquisitions effected chase of assets rather than stock. Unimpeded by statute, the number of corporate acquisitions rose to an annual rate unsurpassed before or since. [...] Though mergers declined during the depression, a third wave of merger activity began in 1940 and has continued until this day. The acquisitions in this period, however, received a very critical reception. [...] [A] hue and cry was raised in Congress over the rising level of mergers after the war, and a succession of bills was introduced to tighten existing legal restrictions.” (“Acredita-se que a primeira grande onda de concentrações neste país tenha começado com a constituição do *Standard Trust* em 1879. Abrandado temporariamente por uma depressão em 1893, o ritmo das aquisições retornou até 1897 e rapidamente ganhou impulso. Mais de mil empresas desapareceram em fusões durante o ano de 1899, e em 1901 a onda atingiu seu pico com a união de vários trustes menores na primeira companhia do mundo a valer um bilhão de dólares, a *United States Steel*. A característica marcante desse período inicial foi a criação de quase-monopólios, como a *American Tobacco* e a *International Harvester*, pela combinação de muitas empresas independentes. [...] A magnitude desses empreendimentos e sua importância para a criação de companhias gigantes forjaram um elo na opinião pública entre atos de concentração e grandes empresas que persiste até os dias atuais. Em 1904, a Suprema Corte proibiu a fusão de duas grandes ferrovias e, sete anos depois, desmembrou os trustes de petróleo e tabaco por terem violado o *Sherman Act*. Em parte devido a essas decisões e em parte devido a recessões, as concentrações diminuíram de importância até os anos 1920. Naquela época, o Congresso havia promulgado a redação original do Art. 7 do *Clayton Act*, que impunha restrições à aquisição, pelas empresas, de ações de outras empresas. Em 1926, no entanto, a Suprema Corte confirmou a suspeita de que as palavras da nova lei não poderiam alcançar aquisições afetadas por ativos, e não por ações. Desimpedidas pela legislação, o número de aquisições subiu para uma taxa anual até então nunca vista. [...] Embora o número de atos de concentração tenha diminuído durante a depressão, uma terceira onda de concentrações começou em 1940 e continuou até hoje [1960]. Nesse período, no entanto, as aquisições foram recebidas de maneira muito crítica. [...] [U]m clamor foi levantado no Congresso sobre o crescente número de concentrações após a guerra, e uma sucessão de leis foi introduzida para restringir as restrições legais existentes.”) Cf. Derek C. Bok, “Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics”, *Harvard Law Review* 74, nº 2 (dezembro de 1960): 228–31.

⁹⁰ “The period 1895-1905 witnessed an enormous wave of mergers, caused in part by the Sherman Act itself. Many entrepreneurs believed that the Act would prohibit cartels but be quite tolerant of tighter combinations involving asset acquisitions or holding companies.” (“O período de 1895 a 1905 testemunhou uma enorme onda de fusões, causada em parte pelo próprio *Sherman Act*. Muitos empreendedores acreditavam que tal legislação proibiria cartéis, mas seria bastante tolerante em relação a combinações mais estreitas, envolvendo aquisição de ativos ou sociedades de participação (*holdings*).”) Cf. Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*, 3ª ed., Hornbook series (St. Paul, MN: Thomson/West, 2005), 57. Para outras possíveis interpretações, ver Areeda e Hovenkamp, *Antitrust Law*, 2009, IV:17–18.

⁹¹ Cf. Temporary National Economic Committee, “Investigation of Concentration of Economic Power: Final Report and Recommendations” (Washington, DC, 31 de março de 1941), 67.

era realizar um amplo e completo estudo a respeito da concentração de poder econômico na produção no fornecimento de produtos e serviços, bem como sobre o controle financeiro correlacionado. Os trabalhos indicaram preocupação com a crescente concentração industrial, a qual estaria causando desorganizações sociais e econômicas nos Estados Unidos. No seu relatório final, o comitê sugeriu um fortalecimento geral do controle de concentrações, o qual deveria incluir, dentre outras medidas, a incorporação das aquisições de ativos ao Art. 7 do *Clayton Act*, e também a análise prévia dos atos de concentração⁹².

No mesmo sentido, a FTC conduziu estudos centrados nos crescentes níveis de concentração empresarial, cujo relatório foi publicado em 1948. Dentre outras recomendações, a FTC alertou que, se nada fosse feito para controlar os níveis de concentração, ou as companhias gigantes tomariam o poder no país ou o governo seria impelido a intervir e impor alguma forma de regulação direta no interesse público⁹³. Segundo o relatório, havia poucas ameaças para as pequenas empresas maiores do que a continuidade dos crescimentos das concentrações conglomeradas⁹⁴.

Portanto, a aprovação do caso *Columbia Steel* deu uma justificativa prática cabal e muito clara para que o Congresso estadunidense efetivamente respondesse aos temores já existentes em relação à crescente onda de concentrações e às brechas do Art. 7 do *Clayton Act*. E foi isso que aconteceu com a aprovação do *Celler-Kefauver Act*, ampliando o rigor e a profundidade da política de defesa da concorrência estadunidense, especialmente no tocante à análise de atos de concentração.

Realizadas as alterações ao Art. 7 do *Clayton Act*, o primeiro caso a realmente apresentar uma interpretação detalhada dos tribunais estadunidenses em relação ao *Celler-Kefauver Act* foi o *Brown Shoe*⁹⁵, que constitui o segundo episódio a ser ressaltado dentro deste subtópico 2.1.2.

⁹² Cf. Ibidem, 38–40. A inserção do regime de notificação prévia dos atos de concentração, no entanto, não foi englobada pelo *Celler-Kefauver Act*. Tal regime somente foi introduzido nos Estados Unidos em 1976, com a promulgação do *Hart-Scott Rodino Act*, que, dentre outras alterações, introduziu o Art. 7A ao *Clayton Act*.

⁹³ Cf. Federal Trade Commission, “Report of the Federal Trade Commission on the Merger Movement: A Summary Report” (Washington, DC: United States Government Printing Office, 1948), 68.

⁹⁴ Cf. Ibidem, 59.

⁹⁵ Ver nota 72.

2.1.2.2. *Brown Shoe*

Em 1962, um dos mais discutidos e citados casos da história da defesa da concorrência nos Estados Unidos, o ato de concentração entre a *Brown Shoe Company, Inc.* e a *G. R. Kinney Company, Inc.*, foi decidido pela Suprema Corte. Em sentido essencialmente contrário à decisão do caso *Columbia Steel*, optou-se por barrar a operação. Uma nova era parecia se iniciar no tocante ao controle de concentrações nos Estados Unidos, e o caso *Brown Shoe*, sem dúvida, foi determinante para o que se viu a partir de então.

A operação consistia na aquisição da *Kinney* pela *Brown Shoe*, mediante troca de ações. A *Brown Shoe* era, em volume monetário, a terceira maior vendedora de sapatos dos Estados Unidos, líder na fabricação de sapatos para homens, mulheres e crianças, bem como uma varejista que detinha, operava ou controlava mais de 1.230 lojas. A *Kinney* era, em volume monetário, a oitava maior empresa entre as vendedoras de sapato, uma grande fabricante de sapatos, bem como uma varejista com mais de 350 lojas. A operação ocorria tanto horizontal quanto verticalmente, de maneira semelhante ao caso *Columbia Steel*.

Uma das principais decorrências desse caso foi o esforço da Suprema Corte em interpretar o sentido do *Celler-Kefauver Act* para a política de defesa da concorrência nos Estados Unidos, especialmente em análises de atos de concentração. Foram explicitadas, de acordo com o entendimento da Suprema Corte, as oito principais preocupações do Congresso estadunidense ao aprovar as alterações ao Art. 7 do *Clayton Act*, as quais deveriam ser levadas em conta pelos tribunais ao se analisar um ato de concentração:

- (i) preencher a lacuna que impedia a aplicação do Art. 7 do *Clayton Act* a atos de concentração envolvendo a aquisição de ativos;
- (ii) deixar claro que o Art. 7 do *Clayton Act* se aplicava igualmente também às integrações verticais e conglomeradas, e não somente às horizontais;
- (iii) garantir que as autoridades antitruste e os tribunais estadunidenses pudessem frear a onda de concentração nos mercados quando ainda fosse incipiente, de modo a reduzir as chances de tal movimento ganhar força;
- (iv) afastar da aplicação do Art. 7 do *Clayton Act* o padrão de razoabilidade adotado pelos tribunais ao julgarem casos fundamentados no *Sherman Act*;

- (v) reconhecer que, em determinados casos, atos de concentração poderiam resultar em aumento da competição nos mercados e, portanto, deveriam ser admitidos;
- (vi) não adotar nem rejeitar testes específicos para definição de mercados relevantes, nem definir o que significava a palavra *substancialmente* em “substancialmente diminuir a concorrência” no Art. 7 do *Clayton Act*;
- (vii) indicar que um ato de concentração deveria ser analisado de acordo com a sua funcionalidade, levando-se em conta o contexto e as características do setor daquela determinada operação; e
- (viii) preocupar-se com a *probabilidade* de efeitos anticompetitivos gerados por atos de concentração, não apenas com a *certeza*.

Com base essencialmente nessa interpretação dos intentos do Congresso estadunidense ao aprovar o *Celler-Kefauver Act*, a Suprema Corte confirmou o julgamento anterior dado pela Corte Distrital, no sentido do desfazimento da operação. Entendeu-se basicamente que, em virtude dos efeitos tanto verticais quanto horizontais da operação, seria provável que a concentração levasse substancialmente a uma diminuição da concorrência. Nesse sentido, foi encontrada uma tendência à concentração no mercado analisado, a qual, segundo os intentos do Congresso, deveria ser refreada em sua incipiência, a fim de preservar uma estrutura de mercado dispersa em pequenas unidades.

Um dos mais controversos pontos desse julgamento foi o que de fato parecia ser possível extrair do núcleo teórico da justificativa para o bloqueio: a concentração geraria eficiências econômicas que fariam com que os concorrentes da *Brow Shoe* e da *Kinney*, após a operação, fossem varridos do mercado ou forçados a se integrarem entre si para gerarem também eficiências que lhe permitiriam continuar a competir naquele mercado⁹⁶. Ou seja, condenou-se o ato de concentração não propriamente porque ele facilitaria que a *Brown Shoe*, após a operação, aumentasse os preços ou participasse de colusões⁹⁷, mas

⁹⁶ Cf. E. Thomas Sullivan et al., *Antitrust Law, Policy, and Procedure: cases, materials, problems*, Seventh edition (New Providence, NJ: LexisNexis, 2014), 870.

⁹⁷ Cf. *Ibidem*.

principalmente porque ele geraria eficiências econômicas que poderiam diminuir os preços aos consumidores⁹⁸.

Após o caso *Brown Shoe*, viveu-se uma era de progressiva preocupação com as estruturas do mercado. A apreensão em relação aos níveis de concentração se propagava e as alterações ao Art. 7 do *Clayton Act* definitivamente haviam aberto espaço para uma postura mais austera das cortes em relação a atos de concentração econômica. O caso *Brown Shoe* e as discussões nele presentes relacionadas aos intentos do *Celler-Kefauver Act* desencadearam uma série de outros casos nos quais cada vez menos se admitiam aumentos de níveis de concentração de mercado. Tal período, em geral marcado por uma postura mais rígida da Suprema Corte em relação a quase todo tipo de caso antitruste, é comumente referido como *Warren Court Era*⁹⁹, em referência ao juiz Earl Warren, que foi o presidente

⁹⁸ “The retail outlets of integrated companies, by eliminating wholesalers and by increasing the volume of purchases from the manufacturing division of the enterprise, can market their own brands at prices below those of competing independent retailers. Of course, some of the results of large integrated or chain operations are beneficial to consumers. Their expansion is not rendered unlawful by the mere fact that small independent stores may be adversely affected. It is competition, not competitors, which the Act protects. But we cannot fail to recognize Congress’ desire to promote competition through the protection of viable, small, locally owned business. Congress appreciated that occasional higher costs and prices might result from the maintenance of fragmented industries and markets. It resolved these competing considerations in favor of decentralization. We must give effect to that decision.” (“Os pontos de venda de empresas integradas, ao eliminar os atacadistas e aumentar o volume de compras da divisão de produção da empresa, podem comercializar as suas próprias marcas a preços inferiores aos dos varejistas independentes concorrentes. Naturalmente, alguns dos resultados de grandes operações integradas ou de cadeia são benéficos para os consumidores. Sua expansão não é considerada ilegal pelo simples fato de que pequenas lojas independentes podem ser afetadas negativamente. É a concorrência, não os concorrentes, que a lei antitruste protege. Mas não podemos deixar de reconhecer o desejo do Congresso de promover a concorrência através da proteção de negócios viáveis, pequenos e de propriedade local. O Congresso apreciou que eventuais custos e preços mais altos podem resultar da manutenção de indústrias e mercados fragmentados. Ele resolveu essas considerações concorrentes em favor da descentralização. Temos de dar efeito a essa decisão.”). Cf. *Brown Shoe Company, Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962):344. “[A] fair assessment of the congressional concerns articulated in §7’s legislative history is that Congress’s professed concern with the rising tide of industrial concentration seemed to camouflage a more general concern with the protection of competitors rather than, or even at the expense of, competition. Indeed, the district court in *Brown Shoe* had condemned that merger precisely *because* it yielded lower costs, making it more difficult for smaller firms to compete. While the Supreme Court was never that explicit, it did affirm the district court’s general conclusion that the merger was anticompetitive and seemed much more concerned with the ‘foreclosure’ of rivals than with high consumer prices or low product quality.” (“[U]ma avaliação justa das preocupações do Congresso articuladas na história legislativa do Art. 7 é que a preocupação declarada do Congresso com a crescente onda de concentração industrial parecia camuflar uma preocupação mais geral com a proteção dos competidores do que com a concorrência, ou mesmo às suas custas. De fato, a Corte Distrital do caso *Brown Shoe* havia condenado tal ato de concentração precisamente *porque* ele gerava custos mais baixos, tornando mais difícil para as empresas menores competirem. Embora a Suprema Corte nunca tenha sido tão explícita, ela confirmou a conclusão geral da Corte Distrital de que a fusão era anticompetitiva e parecia muito mais preocupada com a ‘exclusão’ de concorrentes do que com os altos preços ao consumidor ou a baixa qualidade dos produtos.”) Cf. Areeda e Hovenkamp, *Antitrust Law*, 2009, IV:24.

⁹⁹ Cf. Herbert Hovenkamp, “Progressive Antitrust”, *University of Illinois Law Review* 2018, n° 1 (2018): 85–87.

da Suprema Corte de 1953 a 1969. Conforme se verá adiante, foi contra o caminho tomado pelo antitruste ao longo dessa era que Robert Bork ferozmente se insurgiu.

Dentre os casos de ato de concentração julgados nos quais cada vez mais se refletiu a preocupação com as estruturas de mercado e os níveis de concentração, *Philadelphia National Bank*¹⁰⁰, *Von's Grocery*¹⁰¹ e *Pabst Brewing*¹⁰² se destacaram. A presunção de ilegalidade do que se considerou uma indevida ou substancial concentração de mercado foi gradativamente sendo reduzida de 30% no caso *Philadelphia National Bank* a patamares ainda menores. Em *Von's Grocery*, caiu para 7,5% e, em *Pabst Brewing*, caiu para 4,5% para a maioria dos juízes.¹⁰³

Ainda como parte desse movimento, em 1968, o Departamento de Justiça adotou o seu primeiro Guia de Análise de Concentrações¹⁰⁴. Ele era bastante rígido no tocante a aumentos dos níveis de concentração nos mercados¹⁰⁵, se comparado aos limiares atuais adotados pelo Guia de Concentrações Horizontais do Departamento de Justiça e da FTC de 2010¹⁰⁶, de certa forma repetidos¹⁰⁷ no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE de 2016¹⁰⁸.

No entanto, o caso *Brown Shoe*, ao levar esse progressivo movimento de resistência ao avanço dos níveis de concentração de mercado para dentro dos tribunais, ironicamente também constituiu peça fundamental para a teorização de uma abordagem antitruste mais flexível. Os opositores ao movimento de refreamento do avanço da concentração precisavam de um caso emblemático para atacarem. Robert Bork então utilizou-se bastante do caso *Brown Shoe* para produzir o livro que mais influenciou todo o desenvolvimento da história da defesa da concorrência não só dos Estados Unidos, mas de diversos outros países, a partir da década de 1980 até a atualidade.

¹⁰⁰ *United States v. Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

¹⁰¹ *United States v. Von's Grocery Company*, 384 U.S. 270 (1966).

¹⁰² *United States v. Pabst Brewing Company*, 384 U.S. 546 (1966).

¹⁰³ Cf. Areeda e Hovenkamp, *Antitrust Law*, 2009, IV:20.

¹⁰⁴ Cf. U.S. Department of Justice, 1968 Merger Guidelines.

¹⁰⁵ Ver nota 10.

¹⁰⁶ Cf. U.S. Department of Justice e U.S. Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines.

¹⁰⁷ Ver notas 23 e 24.

¹⁰⁸ Cf. CADE, Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal.

2.1.2.3. *O Paradoxo Antitruste*

No seu “O Paradoxo Antitruste”, Robert Bork dedicou um capítulo inteiro para a crítica do julgamento dado ao caso *Brown Shoe*¹⁰⁹. E isso, ao mesmo tempo, serve de sustentação a duas afirmações feitas neste trabalho: (i) que o caso *Brown Shoe* foi determinante para o desencadeamento de uma política antitruste cada vez mais preocupada com as estruturas de mercado; e (ii) que, ironicamente, o caso *Brown Shoe* também foi determinante para a construção de um caminho completamente oposto à política antitruste nele mesmo sustentada.

No entanto, o capítulo dedicado ao caso *Brown Shoe* e os demais capítulos diretamente relacionados a outras práticas e tópicos antitruste específicos abarcados pela política de defesa da concorrência não aparecem antes de Bork detalhadamente apresentar a sua teoria, que toma toda a primeira parte do livro. Sob a justificativa de escrever um trabalho facilmente compreensível tanto para advogados quanto para economistas, Bork decidiu inserir em tal primeira parte do seu livro, de maneira bastante didática e às vezes até repetitiva, os fundamentos econômicos e jurídicos da política antitruste.

Antes disso, ainda na introdução do livro, Bork identifica uma crise do antitruste, que ele entende ser uma política em guerra consigo mesma, daí o subtítulo da obra¹¹⁰. Haveria, nesse sentido, um paradoxo: embora a política antitruste tivesse sido concebida para promover a concorrência, ela, na verdade, acabava por restringi-la.

A identificação dessa crise é que o provocou a escrever com o declarado intento de desenvolver uma teoria que seria capaz de guiar uma reforma da disciplina, a fim de acabar com a crise e determinar o futuro do antitruste¹¹¹. E não se pode negar que tenha tido bastante sucesso em sua empreitada. Como aqui já se afirmou, O Paradoxo Antitruste foi o livro mais

¹⁰⁹ Cf. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, 198–216.

¹¹⁰ “Because antitrust’s basic premises are mutually incompatible, and because some of them are incorrect, the law has been producing increasingly bizarre results. Certain of its doctrines preserve competition, while other suppress it, resulting in a policy at war with itself.” (“Porque as premissas básicas do antitruste são mutuamente incompatíveis, e porque algumas delas são incorretas, o direito tem produzido cada vez mais resultados bizarros. Algumas de suas doutrinas preservam a concorrência, enquanto outras a suprimem, resultando em uma política em guerra consigo mesma.”) Cf. *Ibidem*, 7.

¹¹¹ “The resolution of this crisis will determine antitrust’s future. [...] This book attempts to supply the theory necessary to guide antitrust reform.” (“A resolução dessa crise determinará o futuro do antitruste. [...] Este livro tenta fornecer a teoria necessária para guiar a reforma antitruste.”) Cf. *Ibidem*, 7–8.

determinante para o caminho tomado pelo antitruste estadunidense e mundial a partir da década de 1980¹¹².

Uma simples busca realizada em livros impressos em inglês (posteriormente digitalizados), desde 1890¹¹³ até 2008¹¹⁴, demonstra a ascensão relativamente paralela dos termos “Robert Bork” e “*consumer welfare*” (bem-estar do consumidor, o único objetivo do antitruste para Bork, como se verá adiante) entre as décadas de 1970 e 1980. É o que fica claro pela análise do Gráfico 1 abaixo.

¹¹² “Among academics who have written about antitrust since the Sherman Act’s adoption in 1890, Robert Bork’s influence on doctrine, policy, and debate in the United States is unequalled. No scholar has left such a durable imprint on the U.S. antitrust system” (“Entre acadêmicos que escreveram sobre antitruste desde a adoção do *Sherman Act* em 1890, a influência de Robert Bork na doutrina, política e debate nos Estados Unidos é inigualável. Nenhum estudioso deixou uma impressão tão duradoura no sistema antitruste estadunidense.”) Cf. William E. Kovacic, “Out of Control? Robert Bork’s Portrayal of the U.S. Antitrust System in the 1970s”, *Antitrust Law Journal* 79, n° 3 (2014): 855. “Since 1890, no single scholarly work has exerted a greater influence than The Antitrust Paradox on the direction of antitrust policy. [...] Publication of The Antitrust Paradox was a pivotal event in the reformation of antitrust doctrine and policy.” (“Desde 1890, nenhum trabalho acadêmico exerceu uma influência maior do que ‘O Paradoxo Antitruste’ no caminho da política antitruste. [...] A publicação de ‘O Paradoxo Antitruste’ foi um evento crucial na reforma da doutrina e política antitruste.”) Cf. William E. Kovacic, “The Antitrust Paradox Revisited: Robert Bork and the Transformation of Modern Antitrust Policy”, *The Wayne Law Review* 36 (1990): 1417. “Virtually all would agree that the Supreme Court, in its change of direction of antitrust law beginning in the late 1970s, drew principally from Judge Bork’s book both for guidance and support of its new consumer welfare basis for antitrust doctrine.” (“Praticamente todos concordam que a Suprema Corte, em sua mudança de direção da lei antitruste a partir do final da década de 1970, extraiu principalmente do livro do juiz Bork tanto para orientação quanto apoio de seu novo fundamento de bem-estar do consumidor para a doutrina antitruste.”) Cf. George L. Priest, “The Abiding Influence of The Antitrust Paradox”, *Harvard Journal of Law and Public Policy* 31, n° 2 (2008): 456. “Bork is not a man of consensus. His analysis of the goals of antitrust laws is no exception: his views were fiercely debated by antitrust scholars and practitioners throughout the 1960s, 1970s, and early 1980s. The Supreme Court, however, quickly adopted Bork’s ‘consumer welfare prescription,’ making it the stated law of the land.” (“Bork não é um homem de consenso. Sua análise dos objetivos das leis antitruste não é uma exceção: seus pontos de vista foram ferozmente debatidos por estudiosos e profissionais do antitruste ao longo dos anos 1960, 1970 e início dos anos 1980. A Suprema Corte, no entanto, rapidamente adotou a ‘prescrição do bem-estar do consumidor’ de Bork, tornando-a lei declarada no país (*lex terrae*).”) Cf. Barak Y. Orbach, “The Antitrust Consumer Welfare Paradox”, *Journal of Competition Law and Economics* 7 (2011): 135.

¹¹³ Ano da promulgação do *Sherman Act*.

¹¹⁴ Ano mais recente atualmente permitido para buscas realizadas no *Google Ngram*.

Gráfico 1 – Frequência dos termos “Robert Bork” e “consumer welfare” em livros impressos em inglês entre 1890 e 2008

Fonte: Google Ngram.¹¹⁵

Mas o livro não foi o primeiro esforço de Bork para demonstrar as suas ressalvas em relação ao direcionamento tomado pela teoria e prática antitruste na época em que escrevia. Entre as décadas de 1960 e 1970, Bork já havia publicado diversos artigos apontando duramente para as falhas que encontrava na política de defesa da concorrência que então vigorava nos Estados Unidos. De maneira geral, todo esse esforço refletia sempre que possível a influência da figura um tanto obscura de Aaron Director¹¹⁶, conforme reconhecido pelo próprio Bork já no prefácio do livro¹¹⁷. Basicamente, O Paradoxo Antitruste foi, ao mesmo tempo, um compilado e um aprofundamento das ideias de Bork já muito bem desenvolvidas nesses artigos anteriores¹¹⁸, grandemente influenciadas pelos ensinamentos de Director.

Essa compilação começa justamente com a já mencionada demonstração daquilo que Bork entendeu como os fundamentos históricos, tanto econômicos quanto jurídicos, da política de defesa da concorrência estadunidense. Segundo ele, “[o]s anos de 1890 a 1914

¹¹⁵ Sobre a metodologia e suas limitações, ver Jean-Baptiste. Michel et al., “Quantitative Analysis of Culture Using Millions of Digitized Books”, *Science* 331, nº 6014 (14 de janeiro de 2011): 176–82.

¹¹⁶ A respeito de Aaron Director e sua influência sobre o trabalho de Bork, ver Tim Wu, *The Curse of Bigness: antitrust in the new gilded age* (New York, NY: Columbia Global Reports, 2018), 84–88.

¹¹⁷ Cf. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, ix–x.

¹¹⁸ Dentre os artigos anteriores, destacam-se aqui apenas aqueles intimamente ligados à discussão desenvolvida ao longo deste trabalho: Robert H. Bork e Ward S. Bowman Jr., “The Crisis in Antitrust”, *Antitrust Bulletin* 9 (1964): 587–606; Robert H. Bork, “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”, *The Journal of Law & Economics* 8 (outubro de 1966): 7–48; Robert H. Bork, “The Goals of Antitrust Policy”, *The American Economic Association* 57, nº 2 (maio de 1967): 242–53; Robert H. Bork, “Antitrust in Dubious Battle”, *St. John’s Law Review* 44 (1970): 663–76.

testemunharam a origem de cada uma das grandes teorias que guiam e direcionam a evolução da doutrina antitruste até hoje [1978].”¹¹⁹

E foi tanto nas leis antitruste que foram aprovadas durante esse período quanto em importantes decisões e interpretações dadas a elas pelos tribunais que Bork encontrou o que considerou as bases intelectuais da política antitruste¹²⁰. De forma resumida, são três os principais temas que Bork escolheu destacar dentre as discussões legislativas e judiciais desse período: (i) o conflito sobre os objetivos da política antitruste; (ii) as ideias sobre a estrutura e organização empresarial; e (iii) as ideias sobre o modo de análise ou aparato conceitual da legislação¹²¹.

Embora ainda distante do capítulo em que abordou exclusivamente os problemas do caso *Brown Shoe*, Bork já começou a transparecer, com tal seleção de pontos, a importância desse caso para a construção de seu livro. Cada um dos três pontos selecionados tem relação direta com os principais problemas que ele posteriormente identificou de maneira mais detalhada no julgamento do caso *Brown Shoe*.

Quanto ao debate sobre os objetivos da política, um dos principais problemas identificados por Bork, já nesse período inicial de criação dos fundamentos econômicos e legais da política antitruste, foi o surgimento da preocupação com a manutenção e o incremento do bem-estar dos pequenos competidores. Essa ideia se contrapunha àquela por ele amplamente defendida, e fundamentada principalmente em trechos dos discursos do Senador Sherman¹²² e nos votos do juiz da Suprema Corte Edward White¹²³, consistente na

¹¹⁹ No original: “[t]he years 1890 to 1914 witnessed the origin of every major theory that drives and directs the evolution of antitrust doctrine to this day [1978].” Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, 15.

¹²⁰ “What is wrong today went wrong then, just as what is sound today was then correctly decided, for developments since have been almost entirely the extrapolation of principles adopted close to the outset of the [antitrust] policy.” (“O que dá errado hoje deu errado naquela época, exatamente como o que é hoje efetivo foi corretamente decidido naquela época, uma vez que os desenvolvimentos desde então têm sido quase totalmente a extrapolação dos princípios adotados perto do nascimento da política [antitruste].”) Cf. *Ibidem*, 9.

¹²¹ Cf. *Ibidem*, 17.

¹²² “Sherman’s draft of the statute [Sherman Act] outlawed arrangements ‘designed, or which tend, to advance the cost to the consumer’. And in the debates Sherman demonstrated his understanding that higher prices were brought about by what an economist today would call a restriction of output.” (“O rascunho da lei [*Sherman Act*] escrito por Sherman proibia acordos ‘planejados para, ou que tendam a, aumentar o custo para o consumidor’. E nos debates, Sherman demonstrou sua compreensão de que os preços mais altos eram provocados pelo que um economista hoje chamaria de restrição da produção.”) Cf. *Ibidem*, 20–21.

¹²³ “The major virtues of White’s opinions were numerous. [...] The goal of the law was clearly defined as the maximization of consumer welfare, and a dynamic principle was built into the rule of reason so that the interpretation of the law could change and adjust in its pursuit of that goal as economic understanding advanced. Concern was shown that the statute [*Sherman Act*] not interfere with means of creating efficiency or with market structures that resulted from efficiency.” (“Eram muitas as principais virtudes das opiniões de White. [...] O objetivo da lei foi claramente definido como a maximização do bem-estar do consumidor, e um princípio dinâmico foi construído dentro da regra da razão para que a interpretação da lei pudesse mudar e se ajustar na

preocupação exclusiva com o bem-estar dos consumidores. Segundo Bork, para ambos – e, portanto, desde os primeiros anos de desenvolvimento da política antitruste – já estava claro que o único objetivo de tal política seria a proteção do bem-estar do consumidor¹²⁴.

No entanto, uma opinião divergente não demorou para surgir. Ela foi encontrada principalmente nos votos do juiz da Suprema Corte Louis D. Brandeis. Tratava-se justamente do entendimento acima mencionado de que os objetivos do antitruste abarcariam a defesa do bem-estar dos pequenos competidores¹²⁵. E é essa interpretação, problemática do ponto de vista de Bork, que teria sido progressivamente reforçada até se tornar dominante na *Warren Court Era*¹²⁶. De fato, o relacionamento dessa discussão com o caso *Brown Shoe* é claro, uma vez que lá se defendeu que “não podemos deixar de reconhecer o desejo do Congresso de promover a concorrência através da proteção de negócios viáveis, pequenos e de propriedade local.”¹²⁷

Em relação às ideias sobre a estrutura e organização empresarial, destaca-se que, segundo Bork, desde a mistura, ainda na promulgação do *Clayton Act* (1914), da teoria da incipiência com a ideia mais antiga de que algumas práticas econômicas são particularmente suspeitas por fornecerem meios às empresas de obterem ou manterem uma posição de monopólio, a teoria da incipiência se tornou um vírus anticompetitivo¹²⁸⁻¹²⁹. Segundo ele,

busca desse objetivo à medida que a compreensão econômica avançava. Foi demonstrado que a lei [*Sherman Act*] não interferia nos meios de criar eficiência ou nas estruturas de mercado que resultavam da eficiência.”) Cf. *Ibidem*, 34. Os principais votos aos quais Bork se refere foram dados ainda em 1911 no julgamento dos casos *Standard Oil Company of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911) e *United States v. American Tobacco Company*, 221 U.S. 106 (1911), dos quais o juiz Edward White foi relator.

¹²⁴ Cf. *Ibidem*, 17.

¹²⁵ “Brandeis was clearly introducing considerations of producer welfare into law as a policy competitive with consumer welfare. [...] Brandeis was not so much a believer in competition as a believer in safety and smallness in the economic world. And, apparently, he also believed in a judge’s right to force his policy views even against the tenor of a statute.” (“Brandeis estava claramente introduzindo considerações sobre o bem-estar dos produtores à lei como uma política que competiria contra o bem-estar do consumidor. [...] Brandeis não acreditava tanto na concorrência quanto acreditava em segurança e pequenez no mundo econômico. E, aparentemente, ele também acreditava no direito de um juiz de forçar suas opiniões políticas mesmo contra o teor de um estatuto.”) Cf. *Ibidem*, 46–47.

¹²⁶ Cf. *Ibidem*, 17.

¹²⁷ No original: “we cannot fail to recognize Congress’ desire to promote competition through the protection of viable, small, locally owned business.” Cf. *Brown Shoe Company, Inc. v. United States*, 370 U.S. 294 (1962):344.

¹²⁸ Cf. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, 17, 47–48.

¹²⁹ “The practices specified by the Clayton Act were price discrimination with intent to injure a competitor, exclusive dealing, and corporate stock acquisitions. Each of these was to be illegal ‘where the effect may be to substantially lessen competition or tend to create a monopoly.’ The incipency theory was embedded in the superficially innocuous word ‘may,’ which has since been said by the Supreme Court to require a ‘reasonable probability’ of a lessening of competition or tendency to monopoly. This verbal formula has proved meaningless. The fallacious economic theory employed by the courts makes the problem of forecasting the relevant economic events so intractable that there is no question of being able to estimate degrees of probability or possibility. The result has been that any imaginary threat to competition, no matter how shadowy and

“[a] dificuldade em parar uma tendência para uma condição de maior concentração em um estágio muito precoce é que a existência da tendência é, à primeira vista, evidência de que uma maior concentração naquela indústria é socialmente desejável.”¹³⁰

A relação com o caso *Brown Shoe* novamente se evidencia aqui. Como se viu acima, no caso *Brown Shoe*, definiu-se que uma das principais preocupações do Congresso para a aprovação do *Celler-Kefauver Act* teria sido justamente a intenção de garantir que as autoridades antitruste e os tribunais estadunidenses pudessem frear a onda de concentração nos mercados logo no seu início, de modo a reduzir as chances de tal movimento ganhar força. Ou seja, desde o início da obra de Bork, já se depreende indiretamente uma crítica central ao reforço da teoria da incipiência, promovido pela interpretação dada no caso *Brown Shoe* às motivações para a aprovação do *Celler-Kefauver Act*.

Enfim, também receberam destaque por Bork as ideias sobre o modo de análise ou aparato conceitual da legislação. Trata-se, basicamente, das discussões que circundaram a formulação da “regra da razão” no direito antitruste. Segundo Bork, não seria exagero dizer que a forma mais perfeita da regra da razão já tinha sido alcançada em 1911¹³¹. Com isso, ele se referia à regra da razão desenvolvida e adotada pelo juiz Edward White nos casos *Standard Oil* e *American Tobacco*¹³². Tal formulação da regra da razão consistiu basicamente em um teste de três partes¹³³: (i) “natureza inerente”, ou conceito *per se*¹³⁴; (ii)

insubstantial, is sufficient to satisfy the ‘reasonable probability’ test.” (“As práticas especificadas pelo *Clayton Act* eram discriminação de preços com a intenção de prejudicar um concorrente, exclusividade e aquisições de participação societária. Cada uma delas seria ilegal ‘onde o efeito dessa aquisição possa ser substancialmente diminuir a concorrência ou tender a criar um monopólio.’ A teoria da incipiência foi embutida na palavra superficialmente inócua ‘possa’, a qual a Suprema Corte desde então entende exigir uma ‘probabilidade razoável’ de uma diminuição da concorrência ou tendência ao monopólio. Essa fórmula verbal revelou-se sem sentido. A teoria econômica falaciosa empregada pelos tribunais torna o problema da previsão dos eventos econômicos relevantes tão intratável que não há a possibilidade de estimar graus de probabilidade ou possibilidade. O resultado tem sido que qualquer ameaça imaginária à competição, por mais sombria e sem substância que seja, é suficiente para satisfazer o teste de ‘probabilidade razoável’.” Cf. *Ibidem*, 48.

¹³⁰ No original: “[t]he difficulty with stopping a trend toward a more concentrated condition at a very early stage is that the existence of the trend is prima facie evidence that greater concentration in that industry is socially desirable.” Cf. *Ibidem*, 205.

¹³¹ Cf. *Ibidem*, 18.

¹³² Para a referência completa a ambos os casos, ver nota 123.

¹³³ Cf. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, 36–37.

¹³⁴ “When economic analysis shows that a practice can have no significant beneficial effects but is solely a means of restricting output, the ‘inherent nature’ of the practice is injuriously to restrain trade. The practice is labeled illegal *per se*, which means that there is no defense and that the court need not examine either intent or market power before pronouncing the behavior unlawful.” (“Quando a análise econômica mostra que uma prática não pode ter efeitos benéficos significativos, mas é apenas um meio de restringir a produção, a ‘natureza inerente’ da prática é prejudicialmente restringir o comércio. A prática é rotulada como ilegal *per se*, o que significa que não há defesa e que o tribunal não precisa examinar a intenção ou o poder de mercado antes de declarar o comportamento como ilegal.”) Cf. *Ibidem*, 36.

“efeito inerente”, ou poder de mercado¹³⁵; e (iii) “propósito evidente”, ou intenção específica¹³⁶.

No entanto, Bork sustentou que a partir de 1911 o conceito da regra da razão foi completamente mal entendido e se deteriorou¹³⁷. E os fundamentos iniciais de tal deterioração teriam novamente surgido nos votos do juiz Brandeis, culminando com o seu total esfacelamento também no caso *Brow Shoe*.

Nesse sentido, Bork entendeu que o voto do juiz Brandeis no caso *Chicago Board of Trade*¹³⁸ trazia um conceito de regra da razão de certa forma mais vago, no qual ele rejeitava a ideia de ilegalidade *per se*¹³⁹. A justificativa para isso, segundo Bork, seria a de que o conceito de ilegalidade *per se* presente no teste tripartite do juiz White não combinava com uma abordagem da política da concorrência que abarcasse outros objetivos diversos do bem-estar do consumidor, como seria o caso do bem-estar dos pequenos produtores¹⁴⁰. E seria justamente essa a intenção do juiz Brandeis. Conforme já se comentou acima, Brandeis teria revelado em suas decisões a sua simpatia por pequenos competidores¹⁴¹.

¹³⁵ “White did not define the ‘inherent effect’ test, but it almost certainly refers to the inference of bad effects from some fact additional to the character of the restraint. This additional fact, almost surely, is the market share of the parties. Not only this sounds economics, but White repeatedly laid stress on market share in the two cases.” (“White não definiu o teste do ‘efeito inerente’, mas ele praticamente com certeza se refere à inferência de efeitos ruins de algum fato adicional ao caráter da restrição. Este fato adicional, quase certamente, é a participação de mercado das partes. Não só isso soa econômico, mas White repetidamente enfatizou a participação de mercado nos dois casos.”) Cf. *Ibidem*, 37.

¹³⁶ “This means an intent to gain or maintain monopoly through means other than superior efficiency. Bad intent can be shown by admissions, documents, the employment of abusive or predatory practices, or by other behavior, inconsistent with efficiency.” (“Isso significa uma intenção de obter ou manter monopólio através de outros meios além da eficiência superior. Má intenção pode ser mostrada por confissões, documentos, o emprego de práticas abusivas ou predatórias, ou por outro comportamento, inconsistente com eficiência.”) Cf. *Ibidem*, 36–37.

¹³⁷ Cf. *Ibidem*, 18.

¹³⁸ *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231 (1918). Embora julgado posteriormente ao período inicialmente definido por Bork (1890 a 1914), a consideração desse caso – dentro do período de formação dos fundamentos econômicos e jurídicos da política antitruste – é justificada por Bork em virtude de ele estabelecer uma ideia já bem delineada antes de 1914. Cf. *Ibidem*, 19.

¹³⁹ Cf. *Ibidem*, 43–44.

¹⁴⁰ Cf. “Most significant, perhaps, is his entire omission of any suggestion that there exists any category of restraints illegal *per se*. Such a category follows naturally from the policy goal of consumer welfare. Restraints whose only effect can be to restrict output are *per se* illegal, as Peckham, Taft, and the White of 1911 had made clear. But the *per se* concept does not fit an approach that balances other values (e.g. welfare of small traders) against that of consumers.” (“Mais significativo, talvez, é a sua total omissão de qualquer sugestão de que exista qualquer categoria de restrições ilegais *per se*. Tal categoria segue naturalmente a partir do objetivo da política de bem-estar do consumidor. Restrições cujo único efeito possa ser restringir a produção são ilegais *per se*, como deixaram claro Peckham, Taft e o White de 1911. Mas o conceito *per se* não se encaixa em uma abordagem que equilibre outros valores (por exemplo, bem-estar dos pequenos comerciantes) contra o dos consumidores.”) Cf. *Ibidem*, 44.

¹⁴¹ “It is well known that a strong underlying policy orientation of Brandeis’ approach was sympathy for small, perhaps inefficient, traders who might go under in fully competitive markets.” (“É bem sabido que uma forte

Assim, por exemplo, o entendimento de que cartéis são considerados ilegais *per se* excluiria totalmente a possibilidade de se sopesar o objetivo de proteger os consumidores de elevações nos preços causadas pelo cartel (bem-estar do consumidor) com o eventual objetivo de se protegerem pequenas empresas (caso eventualmente as empresas participantes do cartel fossem pequenas). Ou seja, na visão de Bork, uma regra *per se* nesse sentido somente teria cabimento em uma política antitruste que tivesse como único objetivo o incremento e a manutenção do bem-estar dos consumidores.

Diante dessa conexão entre o objetivo do antitruste e a formulação da regra da razão, também já se depreende desde então a relação entre a crítica de Bork à interpretação do juiz Brandeis e o caso *Brow Shoe*. E tal relação se manifesta novamente pela simples constatação de que foram considerados, nesse caso, objetivos da política antitruste diversos do bem-estar do consumidor¹⁴².

Identificados os fundamentos econômicos e legais da política antitruste surgidos logo nos seus primeiros anos de vida, Bork partiu imediatamente para uma discussão presente em seu livro que talvez mais tenha repercutido: a definição do objetivo da política antitruste.

Ao analisar tanto as intenções subjacentes à promulgação das diversas leis antitruste estadunidenses quanto as interpretações a elas dadas pelos tribunais, Bork tentou extrair em cada detalhe possível fundamentos para duas principais proposições: (i) “o único objetivo legítimo do direito antitruste estadunidense é a maximização do bem-estar do consumidor”¹⁴³; e (ii) “‘concorrência’, para os propósitos da análise antitruste, deve ser entendido com um termo técnico significando qualquer estado de coisas em que o bem-estar do consumidor não possa ser aumentado por uma decisão judicial.”¹⁴⁴

Em relação às intenções subjacentes à legislação antitruste, Bork encontrou argumentos para sustentar suas duas proposições acima mencionadas na linguagem das

orientação política subjacente da abordagem de Brandeis era a simpatia por pequenos comerciantes, talvez ineficientes, que poderiam sumir em mercados totalmente competitivos.”) Cf. *Ibidem*, 41. No mesmo sentido, ver nota 125.

¹⁴² Ver nota 127.

¹⁴³ No original: “[t]he only legitimate goal of American antitrust law is the maximization of consumer welfare.” Cf. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, 51.

¹⁴⁴ No original: “‘[c]ompetition,’ for purposes of antitrust analysis, must be understood as a term of art signifying any state of affairs in which consumer welfare cannot be increased by judicial decree.” Cf. *Ibidem*.

leis¹⁴⁵; na sua história legislativa¹⁴⁶; nas suas principais características estruturais¹⁴⁷; e em considerações sobre o escopo, a natureza, a consistência e a facilidade de administração das leis¹⁴⁸.

Quanto às interpretações dadas pelos tribunais ao longo dos anos, Bork as entendeu como igualmente relevantes para o processo de construção e evolução da própria política antitruste¹⁴⁹. E nelas também encontrou diversos argumentos para a sustentação de suas proposições.

Nesse sentido, segundo ele, a adoção exclusiva do bem-estar do consumidor como objetivo do antitruste seria superior a outras alternativas, pois (i) permite o que chamou de “advertência justa”, no sentido de dar maior clareza e segurança para os destinatários da legislação antitruste¹⁵⁰; (ii) coloca decisões intensamente políticas e legislativas no âmbito do Congresso em vez de recorrer aos tribunais¹⁵¹; (iii) mantém a integridade do processo legislativo¹⁵²; (iv) evita distinções econômicas irreais¹⁵³; e (v) evita arbitrariedade ou regras prejudiciais ao consumidor¹⁵⁴.

Assim, a análise das intenções subjacentes à legislação antitruste e do papel dos tribunais na criação e evolução dessa legislação, dando a ela um significado que igualmente conforma a política antitruste, foi a principal ferramenta utilizada por Bork para fundamentar, da forma mais completa e detalhada possível, a sua crença no bem-estar do consumidor como o único objetivo da política antitruste. Assim, para ele,

“[q]uer se olhe para os textos das leis antitruste, a intenção legislativa por detrás deles, ou as exigências de comportamento judicial adequado, o caso é esmagadoramente tendente à adesão judicial ao objetivo único de bem-

¹⁴⁵ Cf. Ibidem, 57–61.

¹⁴⁶ Cf. Ibidem, 61–66.

¹⁴⁷ As características estruturais que fundamentariam as duas proposições defendidas foram, basicamente, (i) a regra de ilegalidade *per se* de cartéis; (ii) a distinção entre cartéis e concentrações; (iii) a distinção entre concentrações e crescimento interno; (iv) a distinção entre concorrência e predação; e (v) a possibilidade de defesa contra a acusação de discriminação de preços com base na diferença de custos. Cf. Ibidem, 66–69.

¹⁴⁸ Cf. Ibidem, 69–71.

¹⁴⁹ “The process of antitrust lawmaking has largely been confined to the judiciary. Ideas about legitimate judicial roles and legitimate processes therefore inevitably affect the law’s substance. Thus the process by which antitrust is made and applied determines its proper goal.” (“O processo de elaboração da legislação antitruste tem sido amplamente confinado ao judiciário. Ideias sobre papéis judiciais legítimos e processos legítimos, portanto, inevitavelmente afetam a substância da lei. Assim, o processo pelo qual o antitruste é feito e aplicado determina seu objetivo.”) Cf. Ibidem, 72.

¹⁵⁰ Cf. Ibidem, 81–82.

¹⁵¹ Cf. Ibidem, 82–83.

¹⁵² Cf. Ibidem, 83–84.

¹⁵³ Cf. Ibidem, 84–86.

¹⁵⁴ Cf. Ibidem, 86–88.

estar do consumidor na interpretação das leis antitruste. Apenas esse objetivo é consistente com a intenção do Congresso e, igualmente importante, apenas esse objetivo permite que os tribunais se comportem de maneira responsável e alcancem as virtudes apropriadas à lei.”¹⁵⁵

Até aqui então as forças de Bork estavam centradas, resumidamente, em demonstrar, por meio de todas as ferramentas de que ele dispunha, que o único objetivo aceitável para uma política antitruste seria a promoção e manutenção do bem-estar dos consumidores. Mas defender isso sem explicar o que é o bem-estar dos consumidores era o mesmo que nada dizer. Faltava essa explicação para que a elaboração teórica ficasse completa e Bork pudesse, então, passar a analisar tópicos antitruste mais específicos à luz da teoria desenvolvida.

O centro da explanação está na utilização dos conceitos de *eficiência produtiva* e *eficiência alocativa*¹⁵⁶. Nesse sentido, “[t]oda a tarefa do antitruste pode ser resumida como o esforço para melhorar a eficiência alocativa sem prejudicar a eficiência produtiva de modo a produzir nenhum ganho ou uma perda líquida no bem-estar do consumidor.”¹⁵⁷

Não é novidade que Bork se utilizou do modelo de *trade-off* de Oliver Williamson¹⁵⁸ para explicitar o conteúdo do que entendia por bem-estar do consumidor. O modelo, muito embora reconhecido por Williamson como “ingênuo”¹⁵⁹, foi aplicado especialmente a concentrações horizontais que resultem, ao mesmo tempo, em redução de custos e em aumento de poder de mercado, com o objetivo de demonstrar os efeitos da alocação de recursos.

¹⁵⁵ No original: “[w]hether one looks at the texts of the antitrust statutes, the legislative intent behind them, or the requirements of proper judicial behavior, therefore, the case is overwhelming for judicial adherence to the single goal of consumer welfare in the interpretation of the antitrust laws. Only that goal is consistent with the congressional intent, and, equally important, only that goal permits courts to behave responsibly and to achieve the virtues appropriate to law.” Cf. *Ibidem*, 89.

¹⁵⁶ Ver notas 346 e 347 para maiores detalhes sobre os conceitos.

¹⁵⁷ No original: “[t]he whole task of antitrust can be summed up as the effort to improve allocative efficiency without impairing productive efficiency so greatly as to produce either no gain or a net loss in consumer welfare.” Cf. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, 91.

¹⁵⁸ Cf. Oliver E. Williamson, “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, *American Economic Review* 58 (1968): 18–35. Note-se que, um ano antes da publicação de O Paradoxo Antitruste, Williamson revisitou o tema para atualizar o trabalho com a inclusão de novas considerações surgidas desde a publicação do artigo inicial e também para responder a comentários recebidos. Cf. Oliver E. Williamson, “Economies as an Antitrust Defense Revisited”, *University of Pennsylvania Law Review* 125, nº 4 (abril de 1977): 699–736.

¹⁵⁹ Cf. Williamson, “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, 20–21.

O Gráfico 2 abaixo foi utilizado para facilitar essa demonstração, refletindo os efeitos do aumento do poder de mercado (ou da redução da quantidade de produção e do aumento de preços) em A_1 e os efeitos da redução de custos em A_2 .

Gráfico 2 – Trade-off de Oliver Williamson

Fonte: elaboração própria baseada em Oliver E. Williamson, “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, *American Economic Review* 58 (1968): 21.

A_1 = peso-morto

A_2 = redução de custos

CM_1 = custo médio pré-concentração

CM_2 = custo médio pós-concentração

D = curva da demanda

P_1 = preço pré-concentração

P_2 = preço pós-concentração

Q_1 = quantidade de produção pré-concentração

Q_2 = quantidade de produção pós-concentração

No gráfico, a linha CM_1 reflete o custo médio das duas ou mais empresas participantes do ato de concentração previamente à sua ocorrência. Esse custo médio é reduzido para CM_2 após a operação, indicando que o ato de concentração levou a uma economia de custos, uma *eficiência produtiva*. A economia de custos gerada pela operação é, portanto, conforme acima adiantado, refletida pela área A_2 .

No entanto, o modelo presume também que a operação tenha gerado um aumento do poder de mercado, como consequência da concentração de mercado por ela ocasionada. Em outras palavras, o número de concorrentes no mercado diminuiu e isso, de acordo com o modelo, gera maior poder de mercado para o agente resultante da operação do que o poder anteriormente detido pelos agentes separados.

O aumento do poder de mercado, por sua vez, permitiria à empresa resultante da operação proceder à redução da quantidade de produção de Q_1 para Q_2 e à elevação dos preços de P_1 para P_2 . Em virtude disso, parte dos consumidores deixaria de adquirir o produto ou serviço fornecido, mesmo estando dispostos a comprá-lo por um valor superior ao custo de produção, equivalente à área A_1 . Uma parte do que no momento pré-concentração consistia no excedente do consumidor¹⁶⁰ se perde, pois não é nem mesmo aproveitada pelo produtor. Haveria, em outras palavras, uma distorção da alocação ótima de recursos. Seria criado, assim, o chamado peso-morto (*deadweight loss*), correspondente à área A_1 . Ou seja, decorreria uma *ineficiência alocativa*.

A comparação entre os tamanhos da área A_1 e A_2 , ou a *troca* do peso-morto gerado por uma economia de custos, definiria o *trade-off* sobre o qual Williamson falava.

A partir desse modelo, Bork afirmou que, quando a área A_2 (economia de custos) for superior à área A_1 (peso-morto), haverá um *ganho líquido para os consumidores*¹⁶¹. Isso porque, para ele, a economia de custos é *automaticamente revertida* em benefícios para os consumidores. Colocando de uma forma mais simples: embora quem realize a economia de custos seja a empresa, quem a experimentaria seriam os consumidores. Daí ele conseguiu utilizar a ilustração de Williamson – que, conforme se verá no subtópico 2.2.2.1 abaixo, é um modelo de bem-estar agregado¹⁶² – como se fosse um modelo de bem-estar do consumidor¹⁶³.

¹⁶⁰ Excedente do consumidor é a diferença entre o valor que os consumidores estão dispostos a pagar e o valor que efetivamente pagam por um produto ou serviço. No Gráfico 2, por exemplo, ele é representado, no momento pré-concentração, por toda a área relativamente triangular existente entre a curva da demanda, a linha que define o preço inicial (P_1) e o eixo vertical do gráfico que define as variações de preço (P). Nesse momento inicial, portanto, tal área engloba a área A_1 , mas deixa de englobá-la após a operação, sem também que tal área A_1 seja aproveitada pelo produtor. Ou seja, é uma perda que não se reverte automaticamente em benefício para outras partes interessadas na operação.

¹⁶¹ “We then see that consumers have lost output – for which they would have been willing to pay an amount above cost equal to the area labeled A_1 – and have gained in resource savings an amount equal to the area A_2 . Obviously, if A_2 , the cost savings, is larger than A_1 , the dead-weight loss, the merger represents a net gain to all consumers.” (“Vemos então que os consumidores perderam produção – pela qual eles estariam dispostos a pagar um valor acima do custo igual à área rotulada A_1 – e ganharam em economia de recursos um montante igual à área A_2 . Obviamente, se A_2 , a economia de custos, for maior que A_1 , o peso-morto, o ato de concentração representa um ganho líquido para todos os consumidores.”) Cf. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, 108.

¹⁶² A análise realizada nos subtópicos 2.2.2.1 e 2.2.2.2 deixará claros tanto as diferenças entre os modelos de bem-estar agregado e bem-estar do consumidor quanto os maiores problemas de cada um deles.

¹⁶³ Esse fato foi tido por alguns autores como uma estratégia de Bork para tornar a sua teoria mais palatável. Dizer que se estava defendendo o bem-estar dos consumidores era muito mais cativante para o público do que simplesmente dizer que se estaria defendendo o bem-estar agregado ou total. Cf. Albert A. Foer, “The Goals of Antitrust: Thoughts on Consumer Welfare in the US”, in *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust* (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006), 568; Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008), 31.

E Bork foi adiante para sugerir que a utilização do modelo não deveria ser restrita à análise de atos de concentração, pois ele englobaria os únicos fatores necessários – eficiência produtiva e ineficiência alocativa – para a análise antitruste em geral, inclusive de outras práticas.¹⁶⁴

Assim, Bork resume o seu entendimento sobre os objetivos do antitruste e o significado de bem-estar do consumidor:

“[b]em-estar dos consumidores é maior quando os recursos econômicos da sociedade são alocados de modo que consumidores consigam satisfazer seus desejos tão plenamente quanto as restrições tecnológicas permitirem. Bem-estar do consumidor, nesse sentido, é apenas outro termo para a riqueza da nação. Antitruste, portanto, tem uma preferência intrínseca pela prosperidade material, mas não tem nada a dizer sobre os modos como a prosperidade é distribuída ou usada. Essas são questões para outras leis. [...] O contencioso antitruste não é um processo para decidir quem deve ser rico ou pobre [...]. Ele pode apenas aumentar a riqueza coletiva ao exigir que quaisquer produtos lícitos [...] sejam produzidos e vendidos sob condições mais favoráveis aos consumidores.”¹⁶⁵

Para sustentar essa afirmação de que o antitruste não deve se preocupar com as formas de distribuição da prosperidade, Bork também teve que se esforçar para rejeitar algumas das qualificadoras do modelo de *trade-off* apresentadas por Williamson¹⁶⁶. Dentre elas, uma diretamente relacionada à discussão iniciada por Comanor e Smiley sobre o eventual relacionamento entre concentração de mercado e desigualdades econômicas: a preocupação com a transferência de renda dos consumidores para os produtores.

¹⁶⁴ “This diagram can be used to illustrate all antitrust problems, since it shows the relationship of the only two factors involved, allocative inefficiency and productive efficiency. The existence of these two elements and their respective amounts are the real issues in every properly decided antitrust case. They are what we have to estimate – whether the case is about the dissolution of a monopolistic firm, a conglomerate merger, a requirements contract, or a price-fixing agreement.” (“Este diagrama pode ser usado para ilustrar todos os problemas antitruste, uma vez que mostra a relação dos dois únicos fatores envolvidos, ineficiência alocativa e eficiência produtiva. A existência desses dois elementos e seus respectivos valores são as reais questões em cada caso antitruste propriamente decidido. Eles são o que temos que estimar – quer o caso seja sobre a dissolução de uma empresa monopolista, um ato de concentração conglomerado, um contrato de fornecimento exclusivo ou um acordo de fixação de preços.”) Cf. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, 108.

¹⁶⁵ No original: “[c]onsumer welfare is greatest when society's economic resources are allocated so that consumers are able to satisfy their wants as fully as technological constraints permit. Consumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of the nation. Antitrust thus has a built-in preference for material prosperity, but it has nothing to say about the ways prosperity is distributed or used. Those are matters for other laws. [...] Antitrust litigation is not a process for deciding who should be rich or poor [...]. It can only increase collective wealth by requiring that any lawful products [...] be produced and sold under conditions most favorable to consumers.” Cf. *Ibidem*, 90.

¹⁶⁶ Cf. Williamson, “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”, 23–32.

Nesse sentido, Bork defendeu com bastante veemência que a transferência de renda dos consumidores para os produtores, em virtude da operação, não deve ser considerada para efeitos da análise antitruste. Isso porque os produtores também são consumidores e não é objeto do antitruste diferenciar classes diferentes de consumidores¹⁶⁷. Para ele,

“[a] redistribuição de renda inteiramente devida ao aumento da eficiência pode, e frequentemente o faz, gerar descontentamento social, como quando os computadores substituem arquivistas, mas isso não seria motivo para um tribunal, em um caso antitruste, proibir o progresso da automação. O problema do descontentamento social é algo para o Congresso endereçar, e não para o judiciário federal. [...] Se a redistribuição de renda devesse ser sopesada contra os casos de criação de eficiência líquida, com base no fato de os consumidores serem geralmente mais pobres do que os produtores (o que seria um fato bastante duvidoso), então o princípio pareceria exigir que a redistribuição de renda fosse sopesada em favor de qualquer comportamento econômico quando os produtores de um produto tivessem renda, em geral, mais baixa do que os consumidores. Isso justificaria uma fixação de preços por produtores mal remunerados. [...] Há, portanto, total razão em concluir que os tribunais deveriam ignorar a distribuição de renda na decisão de casos antitruste e seguir com os critérios do modelo de bem-estar do consumidor.”¹⁶⁸

Uma vez definidos (i) os fundamentos históricos do direito da concorrência, (ii) desenvolvida a evolução da disciplina que impede a consideração de outro objetivo para a política antitruste que não o bem-estar do consumidor e, enfim, (iii) explicitado o conteúdo e a forma de cálculo do bem-estar do consumidor, Bork passou a analisar especificamente diversos tópicos específicos e práticas comerciais abarcadas pelo antitruste.

¹⁶⁷ “It may be sufficient to note that the shift in income distribution does not lessen total wealth, and a decision about it requires a choice between two groups of consumers that should be made by the legislature rather than by the judiciary. [...] This conclusion is reinforced by the recognition that disapproval of the income redistribution could only rest upon a tenuous moral ground.” (“Pode ser suficiente notar que o deslocamento na distribuição de renda não diminui a riqueza total, e uma decisão sobre ela requer uma escolha entre dois grupos de consumidores que deve ser feita pelo legislativo em vez do judiciário. [...] Essa conclusão é reforçada pelo reconhecimento de que a desaprovação da redistribuição de renda só poderia se basear em um terreno de moral tênue.”) Cf. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, 111.

¹⁶⁸ No original: “[i]ncome redistribution due entirely to increased efficiency may, and often does, produce social discontent, as when computers replace file clerks, but that would not be a reason for a court in an antitrust case to enjoin the progress of automation. The problem of social discontent is one for Congress and not the federal judiciary to address. [...] If income redistribution were to be weighed against cases of net efficiency creation on the ground that consumers are generally poorer than producers (which would be a most dubious ground), then the principle would seem to require that income redistribution be weighed in favor of any economic behavior when producers of a product had generally lower incomes than consumers. This would justify a price fixing by poorly remunerated producers. [...] There is every reason, therefore, to conclude that courts should ignore income distribution in deciding antitrust cases and stick to the criteria of consumer welfare model.” Cf. *Ibidem*, 112.

O caso *Brown Shoe* se destacou em tal análise específica, chegando até mesmo ao ponto de Bork radicalmente insinuar que a decisão tomada pela Suprema Corte poderia ser reconhecida como o pior texto relacionado ao antitruste já escrito até então¹⁶⁹. O caso teria sido um desastre para a política antitruste racional e baseada no bem-estar do consumidor. Além de a decisão do caso em si ter sido completamente errada, na concepção de Bork, ela gerou tendência. O caso teria, assim, contribuído para uma posterior onda de severidade exagerada no julgamento de concentrações verticais e horizontais, além de ter plantado as sementes para o controle de concentrações conglomeradas também.

Em síntese, Bork ataca praticamente todos os pontos utilizados pelos juízes para o bloqueio da operação, dizendo que eles empregaram:

- (i) a teoria das condutas exclusionárias para impedir uma concentração vertical que geraria menores preços aos consumidores;
- (ii) a teoria da incipiência para enxergar um perigo imaginário em uma tendência de concentração que presumivelmente era desejável e mal tinha se iniciado;
e
- (iii) a teoria do propósito social para justificar o fato de que o bloqueio da operação ocasionaria o desperdício de eficiências econômicas.¹⁷⁰

Toda a análise de Bork passou, em resumo, uma mensagem bastante clara: a política antitruste, nas décadas que antecederam a publicação de *O Paradoxo Antitruste*, atingiu um grau de intervenção extremamente alto, que deveria ser evitado. Isso aconteceu, principalmente, porque houve uma deturpação dos objetivos da política de defesa da concorrência. Portanto, havia uma urgente necessidade de redução do grau de intervenção antitruste¹⁷¹. Para que essa redução fosse efetivada, era preciso ter em mente que o único

¹⁶⁹ Cf. Ibidem, 210.

¹⁷⁰ Cf. Ibidem, 216.

¹⁷¹ “First, antitrust enforcement is a very costly procedure, and it makes no economic sense to spend resources to do as much harm as good. There is then a net economic loss. Second, private restriction of output may be less harmful to consumers than mistaken rules of law that inhibit efficiency. Efficiency that may not be gained in one way may be blocked because other ways are too expensive, but a market position that creates output restriction and higher prices will always be eroded if it is not based upon superior efficiency. Finally, when no affirmative case for intervention is shown, the general preference for freedom should bar legal coercion.” (“Primeiro, a execução do antitruste é um procedimento muito caro, e não faz sentido econômico gastar recursos para fazer tanto mal quanto bem. Existe então uma perda econômica líquida. Em segundo lugar, a restrição privada da produção pode ser menos prejudicial para os consumidores do que regras equivocadas que inibam a eficiência. A eficiência que pode não ser obtida de uma maneira pode ficar bloqueada, porque outras maneiras são muito caras, mas uma posição de mercado que cria restrição de produção e preços mais altos

objetivo possível para a política antitruste é a maximização do bem-estar dos consumidores, que, de certa forma, se confundia com o favorecimento da criação de eficiências econômicas¹⁷².

Especificamente no caso de análises de atos de concentração, isso significaria exclusivamente a limitação daquelas concentrações horizontais que criassem participações de mercado muitíssimo elevadas, como as que deixam menos do que três competidores relevantes no mercado¹⁷³.

Dois anos depois da publicação de *O Paradoxo Antitruste*, o republicano Ronald Reagan foi eleito presidente dos Estados Unidos com a defesa de uma agenda de desregulamentação. A receita de Bork para a política antitruste parecia se encaixar quase que perfeitamente no que a nova administração vislumbrava¹⁷⁴. A combinação do paradoxo de Bork com a agenda política de Reagan parece ter tido efeitos bastante duradouros para a política antitruste estadunidense e mundial.

2.1.2.4. Ronald Reagan

Além da influência de *O Paradoxo Antitruste* e, em geral, da Escola de Chicago¹⁷⁵, já no final da década de 1970, o temor em relação à competitividade das empresas

sempre será corroída se não for baseada em maior eficiência. Finalmente, quando nenhum caso afirmativo de intervenção é mostrado, a preferência geral pela liberdade deveria barrar a coerção legal.” Cf. *Ibidem*, 133.

¹⁷² “The argument of this book, of course, is that competition must be understood as the maximization of consumer welfare or, if you prefer, economic efficiency.” (“O argumento deste livro, é claro, é que a concorrência deve ser entendida como a maximização do bem-estar do consumidor ou, se preferir, da eficiência econômica.”) Cf. Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself* (New York: Free Press, 1993), 427.

¹⁷³ Cf. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978, 406.

¹⁷⁴ Cf. Kovacic, “The Antitrust Paradox Revisited”, 1445–46.

¹⁷⁵ Sobre a Escola de Chicago e críticas a ela, bem como suas diferenças e semelhanças em relação à chamada Escola de Harvard, ver Bork, *The Antitrust Paradox*, 1993; Richard A. Posner, “The Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review* 127 (1979): 925–48; Frank H. Easterbrook, “The Limits of Antitrust”, *Texas Law Review* 63, nº 1 (1984): 1–40; George L. Priest, “Limits of Antitrust and the Chicago School Tradition”, *Journal of Competition Law and Economics* 6, nº 1 (2010): 1–9; Edmund W. Kitch, “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970”, *The Journal of Law & Economics* 26, nº 1 (1983): 163–234; Herbert Hovenkamp, “Antitrust Policy After Chicago”, *Michigan Law Review* 84 (1985): 213–84; Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 61–64; Thomas A. Piraino Jr., “Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century”, *Indiana Law Journal* 82, nº 2 (2007): 345–409; Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 31–38.

estadunidenses em face de empresas europeias e japonesas criou um ambiente bastante favorável à flexibilização da repressão antitruste¹⁷⁶.

Os esforços da administração de Reagan para diminuir o grau de intervenção antitruste começaram já com a equipe de transição da FTC. Foi emitido um relatório que continha os principais objetivos e princípios que deveriam basear a atuação da FTC na nova administração. Quatro seriam os principais objetivos¹⁷⁷:

- (i) reorientação substantiva da aplicação do antitruste para se adequar a um critério básico de maximização do bem-estar do consumidor por meio de políticas centradas exclusivamente em eficiência econômica;
- (ii) melhoria do relacionamento com o Congresso, a fim de (i.a) preservar os programas em andamento, mas também (i.b) obter apoio do Congresso para limitar a atuação da FTC;
- (iii) redução do orçamento da FTC;
- (iv) redução do fardo que as atividades da FTC impunham sobre o empresariado.

Embora não seja possível dizer que a performance da FTC durante a administração de Reagan tenha atingido a integralidade dos objetivos delineados pela equipe de transição, pode-se afirmar que principalmente os objetivos “i” e “iii” acima foram essencialmente alcançados¹⁷⁸. Um dos fatores que contribuiu para isso foi o simples fato de que vários

¹⁷⁶ “The publication of The Antitrust Paradox coincided with economic changes that created within the United States a political environment hostile to some antitrust policies of the post-World War II era. The late 1970s featured the commencement of a serious national debate about the competitiveness of American industry. In particular, the success of Japanese and European companies in capturing market share from American companies had raised concerns that the United States was on the verge of losing its position as the world's foremost source of innovation and technological progress. The ascent of America's foreign economic rivals unquestionably affected the institutions responsible for antitrust policy. The ‘dominant firms’ whose ‘predatory’ conduct once elicited calls for divestiture had either lost their market leadership or were now seen as valuable sources of innovation.” (“A publicação de O Paradoxo Antitruste coincidiu com mudanças econômicas que criaram nos Estados Unidos um ambiente político hostil a algumas políticas antitruste do pós-Segunda Guerra. O final dos anos 1970 marcou o início de um sério debate nacional sobre a competitividade da indústria americana. Em particular, o sucesso de empresas japonesas e europeias em capturar participação de mercado de empresas americanas levantou preocupações de que os Estados Unidos estivessem prestes a perder sua posição como a principal fonte de inovação e progresso tecnológico do mundo. A ascensão dos rivais econômicos estrangeiros dos Estados Unidos inquestionavelmente afetou as instituições responsáveis pela política antitruste. As ‘empresas dominantes’ cuja conduta ‘predatória’ uma vez provocou pedidos de desinvestimento tinham ou perdido sua liderança de mercado ou agora eram vistas como fontes valiosas de inovação.”) Cf. Kovacic, “The Antitrust Paradox Revisited”, 1443.

¹⁷⁷ Cf. William E. Kovacic, “Public Choice and the Public Interest: Federal Trade Commission Antitrust Enforcement during the Reagan Administration”, *Antitrust Bulletin* 33 (1988): 477–80.

¹⁷⁸ Cf. *Ibidem*, 480–90.

membros da equipe de transição e de seus grupos de assessoramento foram nomeados para diversos cargos relevantes na FTC. Inclusive, o líder da equipe de transição, James C. Miller III, depois se tornou o presidente da FTC¹⁷⁹. De qualquer forma, não se pode negar que objetivos “i” e “ii” tenham bastante conexão com as recomendações de Bork.

A divisão antitruste do Departamento de Justiça também sofreu alterações relevantes. Foi apontado como seu líder o economista William F. Baxter. Tanto ele quanto o presidente nomeado para a FTC, acima referido, confiavam nas recomendações da Escola de Chicago para a política antitruste¹⁸⁰. Ou seja, nas recomendações que Bork ajudou a construir e propagar com seus estudos, principalmente com O Paradoxo Antitruste.

Além da mudança de perfil dos ocupantes de cargos elevados nas agências antitruste, houve também uma relevante redução da força de trabalho¹⁸¹. Essa medida, como se pode imaginar, estava em linha com o princípio de redução de orçamento proposto pela equipe de transição da FTC.

Para além das agências, a política antitruste adotada pela administração de Reagan conseguiu penetrar também nos tribunais. A mesma estratégia de indicação de membros alinhados à Escola de Chicago foi adotada. Assim, como reconhecidos expoentes do pensamento da Escola de Chicago, foram nomeados para tribunais federais, por exemplo, Richard A. Posner e Frank Easterbrook. Desse modo, muito embora a indicação de Bork à Suprema Corte tenha sido rejeitada pelo Senado em 1987, afirma-se que O Paradoxo Antitruste já tinha sido, em grande parte, incorporado aos tribunais¹⁸².

¹⁷⁹ Cf. *Ibidem*, 470–71.

¹⁸⁰ Cf. Willard F. Mueller, “Antitrust in the Reagan Administration”, *Revue Française D’études Américaines* 21/22 (1984): 428.

¹⁸¹ Cf. Kovacic, “Public Choice and the Public Interest”, 485. É importante levar em conta, no entanto, que parte dessa redução da força de trabalho pode ter sido causada pela adoção, ao longo dos anos, de tecnologias que tornavam mais simples a análise antitruste, e não exclusivamente pela intenção do governo de reduzir a rigidez da política antitruste.

¹⁸² “In one sense, Bork’s antitrust writings, especially *The Antitrust Paradox*, effectively put him on the Court well before the Senate refused his nomination in 1987.” (“De certa forma, o antitruste de Bork, especialmente o Paradoxo Antitruste, efetivamente o colocou dentro da Suprema Corte bem antes de o Senado recusar sua indicação em 1987.”) Cf. Kovacic, “The Antitrust Paradox Revisited”, 1417. “Within the judiciary, Bork’s influence is evident in the opinions of court of appeals judges such as Frank Easterbrook, Douglas Ginsburg, Richard Posner, and Ralph Winter. Even though the Senate rejected Bork’s nomination to the Supreme Court, his thinking is nonetheless evident in the writings of the Court.” (“Dentro do judiciário, a influência de Bork é evidente nas opiniões de juízes de tribunais de apelação como Frank Easterbrook, Douglas Ginsburg, Richard Posner e Ralph Winter. Mesmo que o Senado tenha rejeitado a indicação de Bork para a Suprema Corte, seu pensamento é evidente nas decisões da Corte.”) Cf. *Ibidem*, 1470. Uma visão um pouco diferente pode ser encontrada, por exemplo, em Ira M. Millstein e Jeffrey L. Kessler, “The Antitrust Legacy of the Reagan Administration”, *Antitrust Bulletin* 33 (1988): 505–41. Os autores reconhecem que a administração Reagan preencheu, já nos seis primeiros anos, quase 40% dos bancos dos judiciário federal, sendo que boa parte das

Diferentemente, em relação à aceitação da nova política pelo Congresso, não se pode dizer que administração Reagan tenha tido tanto sucesso¹⁸³. Embora tenha tentado aprovar leis que contribuiriam para a redução do grau de intervenção antitruste¹⁸⁴, como uma emenda ao *Federal Trade Commission Act*¹⁸⁵ que reduziria os poderes da FTC, a reação do Congresso foi negativa¹⁸⁶. E é justamente com base nisso que alguns previram que as mudanças da política antitruste implementadas por Reagan não seriam difíceis de reverter, pelo menos não dentro dos Estados Unidos¹⁸⁷. O mesmo talvez não se possa dizer das jurisdições que estavam olhando para os Estados Unidos naquele exato momento justamente para implementar ou para, de certa forma, tentar revolucionar as suas agendas antitruste.

De modo geral, afirma-se que a administração de Reagan centrou esforços em combater apenas monopólios estatais, fechando os olhos para os privados¹⁸⁸. O que se almejava, essencialmente, era uma política antitruste “pão com manteiga”¹⁸⁹, ou seja, um

nomeações foram de juízes alinhados à Escola de Chicago. No entanto, consideram que, pelo menos até a época em que escreviam, ainda seriam poucos os avanços das interpretações dos tribunais no sentido de uma aplicação do antitruste menos severa e mais baseada na teoria econômica. Os avanços verificados, segundo eles, teriam ocorrido mais em virtude da continuação de uma tendência jurisprudencial já iniciada na década de 1970 do que em virtude da política antitruste da administração Reagan. Cf. *Ibidem*, 519–31.

¹⁸³ Cf. Kovacic, “Public Choice and the Public Interest”, 482–85, 490–94.

¹⁸⁴ “[T]he Administration's 1986 antitrust reform package would have codified the basic economic principles of the Merger Guidelines into law, taken the incipency language out of Section 7 of the Clayton Act so that a merger would be illegal only if there was a ‘significant probability’ that it would cause anticompetitive effects, and empowered the President to exempt domestic industries found to be seriously injured by imports from antitrust liability for mergers and joint ventures entered into over a limited period of time. Like a previous antitrust reform package introduced by the Administration, the 1986 proposal would also have eliminated treble damages for rule of reason offenses and loosened the prohibitions of Section 8 of the Clayton Act on interlocking directorates.” (“O pacote de reforma antitruste de 1986 do governo teria transformado em lei os princípios econômicos básicos do Guia de Análise de Concentrações, removido a linguagem de incipiência do Art. 7 do *Clayton Act*, de modo que um ato de concentração seria ilegal somente se houvesse uma ‘probabilidade significativa’ de que ele causaria efeitos anticompetitivos, e autorizado o presidente a isentar, por um período limitado de tempo, as indústrias domésticas consideradas gravemente prejudicadas pelas importações da responsabilidade antitruste por atos de concentração e *joint ventures* celebrados. Assim como um pacote de reforma antitruste anterior introduzido pelo governo, a proposta de 1986 também teria eliminado as indenizações pelo triplo do prejuízo por infrações da regra da razão e afrouxado as proibições do Art. 8 do *Clayton Act* sobre diretorias interligadas.”) Cf. Millstein e Kessler, “The Antitrust Legacy of the Reagan Administration”, 532.

¹⁸⁵ 15 U.S.C. §§ 41–58.

¹⁸⁶ Cf. Millstein e Kessler, “The Antitrust Legacy of the Reagan Administration”, 532–35.

¹⁸⁷ Cf. Kovacic, “Public Choice and the Public Interest”, 500–504; Millstein e Kessler, “The Antitrust Legacy of the Reagan Administration”, 538–41.

¹⁸⁸ Cf. Robert D. Tollison, “Antitrust in the Reagan Administration: A Report from the Belly of the Beast”, *International Journal of Industrial Organization* 1, nº 2 (junho de 1983): 217; William F. Shughart II, “Antitrust Policy in the Reagan Administration: Pyrrhic Victories?”, in *Regulation and the Reagan Era: Politics, Bureaucracy, and the Public Interest*, org. Roger E. Meiners e Bruce Yandle, Independent Studies in Political Economy (New York: Holmes & Meier, 1989), 96–97.

¹⁸⁹ “By bread-and-butter antitrust I mean simply serving the policeman's role in the economy. Where there is hard legal and economic evidence of horizontal misdeeds, antitrust will follow. Antitrust will be less motivated by empirical conjectures about firm and industry behavior, and more motivated by provable violations of the antitrust laws, wherever these may take place in the economy.” (“Por antitruste pão com manteiga, quero dizer simplesmente servindo o papel do policial na economia. Onde houver provas jurídicas e econômicas sólidas

antitruste em que “teorias exóticas de restrição vertical ou ‘monopólio compartilhado’” fossem esquecidas, para que o foco se voltasse a “questões antitruste horizontais mais tradicionais (atos de concentração e acordos de fixação de preços)”¹⁹⁰.

No tocante aos atos de concentração, o foco da administração teria sido reduzir ao máximo o controle, que se centrou apenas em atos de concentração horizontais entre empresas que detinham participação de mercado muitíssimo elevada¹⁹¹, sob o entendimento de que atos de concentração raramente geravam problemas antitruste¹⁹². Fez parte dessa abordagem a adoção do Guia de Concentrações do Departamento de Justiça de 1982¹⁹³⁻¹⁹⁴, em substituição ao guia de 1968, com a elogiada adoção do HHI e o aumento dos limiares de concentração para identificação de operações potencialmente danosas à concorrência¹⁹⁵.

de malfeitos horizontais, o antitruste seguirá. O antitruste será menos motivado por conjecturas empíricas sobre o comportamento da empresa e da indústria, e mais motivado por violações das leis antitruste capazes de serem provadas, onde quer que elas ocorram na economia.”) Cf. Tollison, “Antitrust in the Reagan Administration”, 216.

¹⁹⁰ “Antitrust complaints based on exotic vertical restraint-of-trade and ‘shared monopoly’ theories came to a virtual halt as the focus of the government’s law enforcement activities shifted toward more traditional horizontal antitrust issues (mergers and price-fixing agreements).” (“Os processos antitruste baseados em teorias exóticas de restrição vertical e ‘monopólio compartilhado’ praticamente paralisaram à medida que o foco das atividades do governo de aplicação da lei se voltava para questões antitruste horizontais mais tradicionais (atos de concentração e acordos de fixação de preços).”) Cf. William F. Shughart II, “The Fleeting Reagan Antitrust”, *Antitrust Bulletin* 45, nº 2 (2000): 278.

¹⁹¹ Essa era exatamente a recomendação de Bork, conforme visto no subtópico 2.1.2.3 acima.

¹⁹² “[T]he central facts about the operative, immediate effects of antitrust merger policy during the Reagan Administration have been an unprecedented increase in corporate mergers coupled with a dramatic decrease in enforcement activity against them. [...] While mergers increased, enforcement rates declined. During the 1979-1980 period, the government agencies requested additional information for 10.8 percent of all H-S-R filings and brought enforcement actions against 2.5 percent. In the years 1982-1986, these figures dropped to a request rate of 4.4% and an enforcement action rate of .7%. For the same time periods, the rate of mergers abandoned by the parties after FTC review dropped from .95 percent to .24 percent.” (“Os fatos centrais sobre os efeitos imediatos e práticos da política de controle de concentrações durante o governo Reagan foram um aumento sem precedentes no número de atos de concentração, juntamente com uma redução drástica na atividade de fiscalização contra eles. [...] Enquanto as operações de concentração aumentaram, as taxas de controle diminuíram. Durante o período de 1979-1980, as agências do governo solicitaram informações adicionais para 10,8% de todas as notificações prévias e iniciaram procedimentos contra 2,5%. Nos anos 1982-1986, esses números caíram para uma taxa de pedidos de informação de 4,4% e uma taxa procedimentos iniciados de 0,7%. Para os mesmos períodos de tempo, a taxa de fusões abandonadas pelas partes após a revisão da FTC caiu de 0,95% para 0,24%.”) Cf. Thomas G. Krattenmaker e Robert Pitofsky, “Antitrust Merger Policy and the Reagan Administration”, *Antitrust Bulletin* 33 (1988): 212–13. No mesmo sentido, ver Mueller, “Antitrust in the Reagan Administration”, 429; Kovacic, “Public Choice and the Public Interest”, 482.

¹⁹³ Cf. U.S. Department of Justice, 1982 Merger Guidelines.

¹⁹⁴ “The numerical details of the new guidelines are interesting. Basically, they constitute a ‘looser’ screen for merger activity.” (“Os detalhes numéricos do novo guia são interessantes. Basicamente, eles constituem uma triagem “mais flexível” para a atos de concentração.”) Cf. Tollison, “Antitrust in the Reagan Administration”, 212–13. Para uma análise mais detalhada sobre possíveis contribuições e deficiências do Guia de Concentrações do Departamento de Justiça de 1982, ver Krattenmaker e Pitofsky, “Antitrust Merger Policy and the Reagan Administration”, 216–25.

¹⁹⁵ No entanto, houve quem achou que as alterações do guia poderiam ter sido mais profundas, pois ele teria mantido a raiz tradicionalmente estruturalista da análise de atos de concentração, dependente, por exemplo, da

No mesmo dia do lançamento do Guia de Concentrações do Departamento de Justiça de 1982, a FTC também lançou a sua Declaração da Comissão Federal de Comércio relativa a Atos de Concentração Horizontais¹⁹⁶, que continha os princípios (menos interventivos do que aqueles de administrações passadas) da FTC que deveriam ser adotados na análise de atos de concentração. Contudo, em virtude de não conter referências quantitativas, essa declaração foi pouco usada e rapidamente esquecida¹⁹⁷.

Em uma visão baseada na narrativa da metáfora do pêndulo, costuma-se afirmar que o pêndulo antitruste saiu de um extremo vivido especialmente na década de 1960 e foi para um outro extremo na década de 1980¹⁹⁸.

definição de mercado relevante. Cf. Shughart II, “The Fleeting Reagan Antitrust”, 279; Shughart II, “Antitrust Policy in the Reagan Administration: Pyrrhic Victories?”, 84–85.

¹⁹⁶ Cf. U.S. Federal Trade Commission, “Statement of Federal Trade Commission Concerning Horizontal Mergers” (1982).

¹⁹⁷ Cf. Kovacic, “Public Choice and the Public Interest”, 486; Shughart II, “The Fleeting Reagan Antitrust”, 280.

¹⁹⁸ “The antitrust pendulum had swung too far. Too many business practices were disallowed. Critics could show that some antitrust enforcement prevented firms from acting in the consumers' interests. Supreme Court opinions of the mid to late 1970s paved the way for change. As the American economy slumped in the late 1970s, the pressure for change increased. In basic and high-technology industries, trading partners had come into their own and were vying for United States markets.” (“O pêndulo antitruste tinha ido longe demais. Muitas práticas comerciais foram proibidas. Críticos podiam mostrar que algumas medidas antitruste impediram que as empresas agissem de acordo com os interesses dos consumidores. As opiniões da Suprema Corte do meio até o final dos anos 1970 abriram o caminho para a mudança. À medida que a economia americana despencava no final dos anos 1970, a pressão por mudanças aumentava. Nas indústrias de base e de alta tecnologia, os parceiros comerciais haviam se estabelecido e competiam pelos mercados dos Estados Unidos.”) Cf. Eleanor M. Fox e Lawrence A. Sullivan, “Antitrust - Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?”, *New York University Law Review* 62 (novembro de 1987): 944. “American antitrust policy has tried to balance possible threats to competition against merger benefits, but remarkably, has careened from one extreme to another in this balancing process. For example, the United States had by far the most stringent antimerger policy in the world in the 1960s, striking down mergers among small firms in unconcentrated markets. By the 1980s, the United States maintained an extremely lenient merger policy, regularly allowing billion-dollar mergers to go through without government challenge, even when they involved direct competitors.” (“A política antitruste estadunidense tentou equilibrar possíveis ameaças à concorrência contra os benefícios dos atos de concentração, mas, notavelmente, inclinou-se de um extremo a outro nesse processo de equilíbrio. Por exemplo, os Estados Unidos tinham, de longe, a política de controle de concentrações mais rigorosa do mundo nos anos 1960, derrubando atos de concentração entre pequenas empresas em mercados não concentrados. Na década de 1980, os Estados Unidos mantiveram uma política de controle de concentrações extremamente leniente, permitindo regularmente que concentrações de bilhões de dólares seguissem sem contestação do governo, mesmo quando envolviam concorrentes diretos.”) Cf. Robert Pitofsky, “Proposals for Revised United States Merger Enforcement in a Global Economy”, *Georgetown Law Journal* 81 (1992): 195–250. “Antitrust is often described in terms of ideological swings. During the Reagan Administration it took a strong swing towards the ‘right.’” (“O antitruste é frequentemente descrito em termos de oscilações ideológicas. Durante a administração Reagan, deu um forte passo em direção à ‘direita.’”) Cf. David A. Balto, “Antitrust Enforcement in the Clinton Administration”, *Cornell Journal of Law and Public Policy* 9, no 1 (1999): 62. “Today we are witnessing a similar swing of the pendulum within the executive and judicial branches, this time to the extreme of finding conduct per se lawful without regard for the values embodied in the antitrust laws or for the facts of particular disputes.” (“Hoje, nós estamos assistindo a uma oscilação similar do pêndulo dentro do executivo e judiciário, desta vez ao extremo de encontrar conduta lícita per se sem levar em conta os valores incorporados nas leis antitruste ou os fatos de disputas particulares.”) Cf. John J. Flynn e James F. Ponsoldt, “Legal Reasoning and the Jurisprudence of Vertical Restraints: the

Na década de 1960, o pêndulo estaria no ponto máximo da intervenção, onde o antitruste era exageradamente rígido e preocupado com as estruturas de mercado, além de abarcar a inclusão de outros valores. Na década de 1980, ele teria se movido para o lado oposto, tornando-se um antitruste totalmente flexível, pouco interventivo, preocupado exclusivamente com a maximização do bem-estar do consumidor por meio da geração de eficiências econômicas, tal qual receitavam Bork e seus colegas da Escola de Chicago.

Contudo, essa metáfora pendular é bastante criticada por alguns autores, principalmente em virtude do fato de poder gerar confusão ao focar muito nos extremos, sem demonstrar claramente o processo gradual de transição¹⁹⁹.

De qualquer maneira, é possível sustentar que, a partir da publicação do livro de Bork e da eleição de Reagan, passou a ser totalmente desinteressante para a política antitruste predominante nas agências antitruste, nos tribunais e na academia qualquer discussão sobre eventual conexão entre desigualdades econômicas e concentração de mercado. Isso porque essa discussão só abria espaço para uma política antitruste mais interventiva, ao tornar possível que se encontrasse mais uma justificativa para um maior rigor nas análises de atos de concentração: o possível incremento de desigualdades econômicas.

Nesse sentido, o trabalho de Comanor e Smiley, que foi publicado inicialmente em 1975²⁰⁰ – apenas três anos antes da publicação de *O Paradoxo Antitruste* e cinco anos antes da eleição de Ronald Reagan – e depois brevemente revisitado em 1980²⁰¹, ia totalmente na contramão da política antitruste que estava nascendo naquela mesma época. Ao mesmo

limitations of neoclassical economic analysis in the resolution of antitrust disputes”, *New York University Law Review* 62 (1987): 1129. “So the pendulum swung. With Baxter, Ginsberg and even Rill, with Scalia, Bork, Easterbrook and Posner, the Chicago ideology came to ascendancy throughout the enforcement agencies and to some extent in the courts.” (“Então o pêndulo oscilou. Com Baxter, Ginsberg e até mesmo Rill, com Scalia, Bork, Easterbrook e Posner, a ideologia de Chicago chegou à ascendência em todas as agências antitruste e, em certa medida, nos tribunais.”) Cf. Lawrence A. Sullivan e Wolfgang Fikentscher, “On the Growth of the Antitrust Idea”, *Berkeley Journal of International Law* 16 (1998): 207–8. “With the advent of the Reagan administration, a 180-degree change in merger enforcement policy occurred. [...] The pendulum swung from one extreme to another, thus encouraging a merger movement of unprecedented dimension. The test was not whether competition was seriously compromised but whether efficiency was affected. The Celler-Kefauver amendment was thus converted from an anticoncentration to a proefficiency measure, and the public was given the feeling that anything goes.” (“Com o advento da administração Reagan, ocorreu uma mudança de 180 graus na política de controle de concentrações. [...] O pêndulo balançou de um extremo a outro, encorajando assim um movimento de fusão de dimensão sem precedentes. O teste não foi se a concorrência foi seriamente comprometida, mas se a eficiência foi afetada. As alterações de Celler-Kefauver foram, assim, transformadas de uma medida anticoncentração para uma medida pró-eficiência, e o público recebeu a sensação de que vale tudo.”) Cf. Milton Handler, “Introduction”, *Antitrust Bulletin* 35 (1990): 21.

¹⁹⁹ Cf. William E. Kovacic, “The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms”, *Antitrust Law Journal* 71 (2003): 377–478.

²⁰⁰ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”.

²⁰¹ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth: Revisited”.

tempo que trazia uma nova perspectiva, poderia também ser interpretada como uma última tentativa de resistência da política antitruste que vigorava até a revolução ocasionada pela combinação da teoria de Bork e de seus colegas da Escola de Chicago com a gestão de Reagan.

Como resposta a esse período, ao qual alguns se referem como “paralisia do antitruste”²⁰², reiniciou-se, dentro do debate antitruste, a preocupação com as estruturas de mercado. De maneira progressiva, surgiram pesquisas de diversos autores preocupados com os níveis de poder e concentração de mercado encontrados em diferentes economias do mundo, em especial nos Estados Unidos. E esse ressurgimento da preocupação parece estar intimamente ligado a um movimento praticamente concomitante, adiante referido como “Fenômeno Piketty”, a partir do qual a redução das desigualdades econômicas tornou-se o mote principal de inúmeras pesquisas nos mais diversos campos de estudo.

Dessa forma, o subtópico 2.1.3 demonstrará as origens e justificativas para a retomada do debate sobre a eventual conexão entre poder e concentração de mercados e desigualdades econômicas.

2.1.3. O “Fenômeno Piketty” e o despertar do debate: descontrole de estruturas gerador de desigualdades econômicas?

Ao longo desta década, o debate sobre desigualdades econômicas tem cada vez mais crescido no mundo, inclusive na academia. Um importante impulsionador desse crescimento foi justamente o *best seller* de Thomas Piketty, denominado “O Capital no Século XXI”, em 2013²⁰³. O livro de Piketty, até dezembro de 2015, apenas dois anos e quatro meses após a publicação da versão original em francês, já tinha vendido mais de 2,1 milhões de cópias pelo mundo em mais de trinta línguas, superando em muito até mesmo as previsões mais otimistas de vendas²⁰⁴.

²⁰² Cf. Salomão Filho, “A Paralisia do Antitruste”.

²⁰³ Cf. Thomas Piketty, *Le Capital au XXIe Siècle*, Les livres du nouveau monde (Paris: Éditions du Seuil, 2013).

²⁰⁴ Para esses e outros dados sobre o livro, ver Arthur Goldhammer, “The Piketty Phenomenon”, in *After Piketty: The Agenda for Economics and Inequality*, org. Heather Boushey, J. Bradford De Long, e Marshall Steinbaum (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017), 27–47.

Dentre as soluções propostas por Piketty para conter a evolução da desigualdade, a mais saliente e à qual ele dedicou um capítulo inteiro está, sem dúvida, no campo tributário²⁰⁵. A tributação é, de fato, a resposta mais recorrente para o problema das desigualdades econômicas, inclusive entre leigos. A receita que está na boca de qualquer cidadão é simples: tributar mais o rico do que o pobre. Assim, boa parte do problema da desigualdade estaria resolvido.

É óbvio que as sugestões de Piketty não passam nem perto da superficialidade da recomendação tributária do cidadão comum. No entanto, por mais bem elaboradas que sejam as suas recomendações, o livro de Piketty ficou mais famoso pelo diagnóstico do que pela prescrição. O diagnóstico, claro, enquadra-se dentro do que diversos outros autores e movimentos já expressavam antes mesmo de Piketty: há um progressivo aumento dos níveis de desigualdade econômica no mundo.

A tese de Piketty, nesse sentido, foi a de que, sendo a taxa de remuneração do capital substancialmente maior do que a taxa de crescimento da economia ($r > g$), o resultado alcançado é a concentração de riquezas²⁰⁶. Isso porque, “pela lógica, a riqueza herdada aumenta mais rápido do que a renda e a produção”²⁰⁷.

Mas para além disso, os trabalhos de coleta, organização e análise de dados, que permitiram a defesa dessa tese, é que foram considerados ainda mais importantes que a tese em si. Para alguns de seus críticos, como Lawrence H. Summers, o trabalho seria digno de um Nobel de economia²⁰⁸. Mas talvez o preço a ser pago pelo desenvolvimento de um estudo econômico que se torna um *best seller* seja justamente a redução das chances de premiação intelectual do autor. Quanto mais vendida a obra, naturalmente mais críticos e resistência haverá.

De qualquer modo, parece que a inundação das prateleiras das livrarias pelo mundo com o livro de Piketty espontaneamente incentivou a propagação de estudos no campo das causas, consequências e profilaxias das desigualdades econômicas. As receitas para a

²⁰⁵ Cf. Thomas Piketty, *O Capital no Século XXI*, trad. Mônica B. de Bolle (Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014), 501–25.

²⁰⁶ Cf. *Ibidem*, 32–33.

²⁰⁷ Cf. *Ibidem*, 33.

²⁰⁸ Cf. Lawrence H. Summers, “The Inequality Puzzle”, *Democracy: A Journal of Ideas* 33 (2014), <https://democracyjournal.org/magazine/33/the-inequality-puzzle/>.

solução do problema, no entanto, passaram a não caber mais exclusivamente no campo dos estudos da tributação, e nem mesmo da economia²⁰⁹.

Isso era natural, pois o que se chamou de “Fenômeno Piketty” ou “Efeito Piketty” não era algo exclusivamente relacionado ao seu sucesso editorial, mas também um fenômeno social, intelectual e midiático²¹⁰. Provocando reações nos mais diversos círculos profissionais, sociais e acadêmicos, talvez deva parte do sucesso ao perfeito momento escolhido para sua publicação, ainda no contexto da recuperação da crise financeira de 2008 e pouco tempo depois do ápice do movimento *Occupy Wall Street*.

Não demorou para que leituras antigas e relativamente esquecidas fossem retomadas e, por conseguinte, se chegasse novamente ao ponto inaugurado por Comanor e Smiley²¹¹. E dessa forma, o antitruste foi novamente inserido no debate – agora contemporâneo – sobre redução de desigualdades econômicas.

Essa inserção parece ter, hoje, força e ressonância nunca antes vistas na história do debate antitruste. Embora não no contexto de estudos específicos sobre o tema, dois economistas agraciados com o prêmio Nobel se manifestaram sobre a possível conexão entre a política antitruste e desigualdades econômicas. Joseph Stiglitz recomenda uma legislação antitruste mais firme e mais efetivamente aplicada²¹², pois:

²⁰⁹ Cf. Heather Boushey, J. Bradford De Long, e Marshall Steinbaum, “Introduction: Capital in the Twenty-First Century, Three Years Later”, in *After Piketty: The Agenda for Economics and Inequality*, org. Heather Boushey, J. Bradford De Long, e Marshall Steinbaum (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017).

²¹⁰ “Piketty is a social, intellectual, and media phenomenon as well as an editorial success. [...] The ‘Piketty effect’ is greater than the familiar story of academic economists attracting an audience beyond the readers of specialized journals.” (“Piketty é um fenômeno social, intelectual e midiático, bem como um sucesso editorial. [...] O “efeito Piketty” é maior do que a conhecida história de economistas acadêmicos que atraem uma audiência além dos leitores de periódicos especializados.”) Cf. Moisés Naím, “Thomas Piketty and the End of Our Peaceful Coexistence With Inequality”, *The Atlantic*, 19 de maio de 2014, <https://www.theatlantic.com/international/archive/2014/05/thomas-piketty-and-the-end-of-our-peaceful-coexistence-with-inequality/371154/>.

²¹¹ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”.

²¹² “Monopolies and imperfectly competitive markets are a major source of rents. Banking is not the only sector in which competition is weaker than it should be. As we look across the sectors of the economy, it is striking how many are dominated by at most two, three, or four firms. At one time, it was thought that that was OK—that in the dynamic competition associated with technological change, one dominant firm would replace another. There was competition for the market rather than competition in the market. But we now know that this won’t suffice. Dominant firms have tools with which to suppress competition, and often they can even suppress innovation. The higher prices that they charge not only distort the economy but also act like a tax, the revenue from which doesn’t, however, go to public purposes, but rather enriches the coffers of the monopolists.” (“Monopólios e mercados imperfeitamente competitivos são uma importante fonte de renda. O setor bancário não é o único em que a concorrência é mais fraca do que deveria ser. Ao olharmos para os setores da economia, é impressionante a quantos são dominados por no máximo duas, três ou quatro empresas. Houve uma época em que se pensava que isso era normal – que, na competição dinâmica associada à mudança

“[p]ara os economistas, grandes fortunas representam um problema. As leis da concorrência [...] dizem que os lucros (além do retorno normal ao capital) deveriam tender a zero, e rapidamente. Mas se os lucros são zero, como podem ser construídas fortunas? Nichos em que não há concorrência, por uma razão ou outra, oferecem uma resposta. Mas isso explica apenas um pouco lucros excessivos sustentáveis (além do nível competitivo). O sucesso atrairá a entrada [de novos competidores] e os lucros desaparecerão rapidamente. A verdadeira chave para o sucesso é garantir que nunca haverá concorrência.”²¹³

Além de Stiglitz, Paul Krugman, embora em forma de opinião, também se manifestou sobre o tema:

“[a] maior parte da economia ainda não é, de fato, tecnologia nova, com custo marginal zero. A maior parte ainda é de materiais tradicionais, e o fato de que paramos de impor o bom e velho antitruste é, na verdade, um problema. É parte do problema com a nossa economia e parte do problema com a crescente desigualdade. Quão relevante é essa parte? Isso é difícil de definir, mas é algo. O bom e velho antitruste está longe de ser irrelevante.”²¹⁴

Adicionalmente, muito embora não tenha conseguido dar um passo além do favoritismo para que efetivamente ganhasse o prêmio Nobel, não se pode ignorar a recomendação de Anthony Atkinson:

“[a] proposta que está sendo feita aqui é que a política de concorrência deveria incorporar preocupações explícitas de distribuição. Ela reconhece que bem-estar do consumidor é uma agregação de interesses individuais que são diversos e que podem ser combinados apenas por algum processo

tecnológica, uma empresa dominante substituiria a outra. Havia competição pelo mercado e não no mercado. Mas agora sabemos que isso não será suficiente. As empresas dominantes têm ferramentas para suprimir a concorrência e, recorrentemente, podem até suprimir inovação. Os preços mais altos que eles cobram não apenas distorcem a economia, mas também agem como um imposto, cuja receita, no entanto, não vai para fins públicos, mas enriquece os cofres dos monopolistas.” Cf. Joseph E. Stiglitz, *The Price of Inequality: how today's divided society endangers our future* (New York: W. W. Norton & Company, 2013), 338.

²¹³ No original: “[t]o economists large fortunes pose a problem. The laws of competition [...] say that profits (beyond the normal return to capital) are supposed to be driven to zero, and quickly. But if profits are zero, how can fortunes be built? Niches in which there isn't competition, for one reason or another, offer one avenue.²⁶ But that goes only a little way to explaining sustainable excessive profits (beyond the competitive level). Success will attract entry [of new competitors], and profits will quickly disappear. The real key to success is to make sure that there won't ever be competition.” Cf. Ibidem, 53.

²¹⁴ No original: “[m]ost of the economy is still not, in fact, novel tech, zero-marginal-cost stuff. Most of it is still traditional stuff, and the fact that we largely stopped enforcing good old-fashioned antitrust is actually a problem. It is part of the problem with our economy and part of the problem with rising inequality. How big a part is something? That's hard to pin down, but it's something. Good old-fashioned antitrust is far from irrelevant.” Cf. Paul Krugman, Paul Krugman on Politics, Inequality, and Following Your Curiosity, entrevista de Tyler Cowen, 10 de outubro de 2018, <https://medium.com/conversations-with-tyler/tyler-cowen-paul-krugman-economics-bipartisanship-politics-254dcee15b98>. Adicionalmente, ver Paul Krugman, “Robots and Robber Barons”, *The New York Times*, 9 de dezembro de 2012, <https://www.nytimes.com/2012/12/10/opinion/krugman-robots-and-robber-barons.html>.

de ponderação das circunstâncias de diferentes grupos. [...] Os órgãos reguladores precisam estar cientes das implicações da política de concorrência para diferentes grupos de renda. [...] Eu entendo perfeitamente que as ações das autoridades de concorrência não podem alcançar uma redistribuição afinada. [S]e quisermos fazer uma redução significativa na desigualdade, tem de haver recurso a toda uma série de medidas que tenham um – menos do que perfeitamente direcionado – impacto equalizador. Todas as formas de intervenção distributiva são menos que ideais.”²¹⁵

Contudo, a primeira reaparição direta do debate de Comanor e Smiley²¹⁶ que realmente gerou repercussão no círculo de pesquisadores recorrentes do antitruste veio apenas em 2015 com um artigo de Jonathan B. Baker e Steven C. Salop, denominado “Antitruste, Política Concorrencial e Desigualdade”²¹⁷.

Nesse trabalho, os autores analisaram como essa crescente preocupação com o aumento dos níveis de desigualdade econômica pode incentivar o surgimento de propostas para modificar a política antitruste. Ao tratar de como o poder de mercado contribui para a desigualdade, eles sugerem diversos ajustes para a política antitruste que poderiam responder a essa relação, no sentido de possibilitar a diminuição das desigualdades econômicas.

Ao afirmarem que os retornos obtidos pelo poder de mercado tendem a ser distribuídos desproporcionalmente aos mais abastados, eles fazem referência ao estudo de Comanor e Smiley²¹⁸. Além disso, afirmam que a própria tese de Piketty – de que, no longo prazo, economias capitalistas tendem à desigualdade quando a taxa de retorno do capital excede a taxa de crescimento da economia ($r > g$)²¹⁹ – possibilita a identificação do

²¹⁵ No original: “[t]he proposition being made here is that competition policy should embody explicit distributional concerns. It recognises that consumer welfare is an aggregation of individual interests that are diverse and that can be combined only by some process of weighting the circumstances of different groups. [...] Regulatory bodies need to be aware of the implications of competition policy for different income groups. [...] I fully understand that actions by competition authorities cannot achieve fine-tuned redistribution. [I]f we wish to make a significant reduction in inequality, there has to be recourse to a whole range of measures that have a – less than perfectly targeted – equalising impact. All forms of distributional intervention are less than ideal.” Cf. Anthony B. Atkinson, *Inequality: what can be done?* (Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015), 126–27.

²¹⁶ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”.

²¹⁷ Cf. Baker e Salop, “Antitrust, Competition Policy, and Inequality”.

²¹⁸ “The returns from market power go disproportionately to the wealthy—increases in producer surplus from the exercise of market power accrue primarily to shareholders and the top executives, who are wealthier on average than the median consumer.” (“Os retornos do poder de mercado vão desproporcionalmente para os ricos – aumentos no excedente do produtor, a partir do exercício do poder de mercado, são acumulados principalmente pelos acionistas e altos executivos, que são, em média, mais ricos do que o consumidor mediano.”) Cf. *Ibidem*, 11–12.

²¹⁹ Cf. Piketty, *O Capital no Século XXI*, 32–33.

relacionamento entre poder de mercado e desigualdades econômicas²²⁰. O exercício do poder de mercado tenderia a aumentar a taxa de retorno do capital (r), aumentando a diferença entre ela e a taxa de crescimento da economia (g) e, portanto, ampliando as desigualdades econômicas²²¹.

As sugestões de Baker e Salop para adaptar a política antitruste estadunidense ao desejo de redução das desigualdades econômicas são elencadas e abordadas de acordo com o grau de controvérsia gerado por cada uma delas, do menor grau para o maior. Ou seja, as primeiras sugestões são mais pacíficas e as últimas são aquelas que gerariam mais oposição. São elas²²²:

- (i) manutenção da aplicação do modelo de bem-estar do consumidor como objetivo do antitruste, em rejeição ao modelo de bem-estar agregado²²³;
- (ii) aumento do orçamento das agências antitruste;
- (iii) no julgamento de casos concorrenciais, formatação e adoção de remédios que beneficiem os consumidores menos privilegiados²²⁴;
- (iv) reequilíbrio em direção a um padrão mais interventivo de política antitruste e regulatória;
- (v) reconhecimento de preços excessivos cobrados por agentes de mercado com posição dominante como uma violação antitruste, mesmo que o poder de mercado do agente tenha sido obtido legitimamente; e
- (vi) adoção da redução das desigualdades econômicas como um objetivo explícito da política concorrencial estabelecido pela legislação antitruste e regulatória.

Olhando para cada uma das recomendações, é fácil de identificar que a última medida proposta se choca contra a primeira das sugestões, relativa à manutenção do modelo de bem-

²²⁰ Cf. Baker e Salop, “Antitrust, Competition Policy, and Inequality”, 12.

²²¹ Cf. Ibidem, 12–13.

²²² Cf. Ibidem, 15–26.

²²³ A diferenciação dos dois modelos será feita ao longo do subtópico 2.2.2 abaixo, mas aqui basta dizer que o conceito de “bem-estar do consumidor” para os autores não se confunde com a definição de Bork. Na verdade, ele se opõe, já que, como se adiantou brevemente no subtópico 2.1.2.3 acima, o que Bork chamou de “bem-estar do consumidor” era, na verdade, um modelo de bem-estar agregado.

²²⁴ Essa recomendação passa pelo reconhecimento de que o modelo de bem-estar do consumidor não distingue entre classes de consumidores. Ou seja, pouco importa se o produto é direcionado a consumidores ricos, pobres ou ambos, bem como não importa se os produtores são mais ou menos abastados do que os consumidores.

estar do consumidor como objetivo do antitruste²²⁵. No entanto, a sua existência e inclusão como última das recomendações sugerem, com base na própria metodologia adotada para o sequenciamento das recomendações (partindo da menos controversa para mais controversa), que, na visão dos autores, a manutenção do modelo de bem-estar do consumidor é apenas uma ideia mais benéfica do que a adoção do modelo de bem-estar agregado, mas não é a política ideal.

Pouco tempo depois de Baker e Salop ressuscitarem o debate sobre a possível conexão entre as desigualdades econômicas e a política antitruste – referindo-se, como visto acima, diretamente ao trabalho de Comanor e Smiley²²⁶ –, Sean F. Ennis e Yunhee Kim aproveitaram-se da oportunidade para atualizarem e ampliarem o estudo de Comanor e Smiley.

Em 2017, como resultado de uma parceria global entre o Banco Mundial e a OCDE, foi publicado um livro cuja agenda de pesquisa centrava-se na importância da concorrência, da regulação dos mercados e da política antitruste para que fossem alcançados o desejado crescimento inclusivo e a prosperidade compartilhada em economias emergentes e em desenvolvimento²²⁷.

Em um dos capítulos desse livro, Ennis e Kim reproduziram a metodologia desenvolvida por Comanor e Smiley²²⁸ para verificar eventual conexão entre poder de mercado e desigualdade de riquezas²²⁹. Esses autores atualizaram e ampliaram o escopo do estudo de Comanor e Smiley para que fossem incluídos, além dos Estados Unidos, também Alemanha, Austrália, Canadá, Coreia do Sul, França, Japão e Reino Unido.

²²⁵ “This policy would go beyond mere adoption of a consumer (rather than just an aggregate) welfare goal. Conduct might be considered anticompetitive if it harms middle- and lower-income consumers, even while benefiting wealthier consumers and shareholders. It also might be considered permissible if it benefits middle- and lower-income consumers at the expense of wealthier consumers and shareholders.” (“Essa política iria além da mera adoção de um objetivo de bem-estar do consumidor (em vez de apenas agregado). A conduta pode ser considerada anticoncorrencial se prejudicar os consumidores de renda média e baixa, mesmo enquanto beneficia os consumidores e acionistas mais ricos. Ela também pode ser considerada admissível se beneficiar os consumidores de renda média e baixa às custas de consumidores e acionistas mais ricos.”) Cf. Baker e Salop, “Antitrust, Competition Policy, and Inequality”, 24.

²²⁶ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”.

²²⁷ Cf. World Bank Group e OECD, orgs., *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*, Trade and Development Series (Washington, DC: World Bank Group, 2017), xi.

²²⁸ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”.

²²⁹ Cf. Sean F. Ennis e Yunhee Kim, “Market Power and Wealth Distribution”, in *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*, org. World Bank Group e OECD, Trade and Development Series (Washington, DC: World Bank Group, 2017), 133–53.

Em linha com o trabalho inaugural de 1975²³⁰, o estudo é baseado no fato de que o poder de mercado tem um efeito duplo que estimula a geração de desigualdade. Em primeiro lugar, gera lucros aos produtores acima da taxa de retorno obtida em um ambiente competitivo. Além disso, impõe preços mais altos aos consumidores.²³¹

Nesse sentido, afirma-se que as margens mais altas cobradas dos consumidores como resultado do poder de mercado prejudicam desproporcionalmente os pobres, que pagam mais pelos produtos e serviços sem que, ao mesmo tempo, recebam uma parcela compensatória dos lucros majorados. Os ricos, embora também tenham que pagar mais pelos produtos e serviços, ao mesmo tempo recebem lucros mais altos advindos do poder de mercado, pois são eles, em geral, que detêm maior participação no fluxo de lucros e ganhos de capital.²³²

Os resultados encontrados para os 10% mais ricos da população dos países analisados foram resumidos de acordo com a Tabela 1 abaixo.

Tabela 1 – Impacto do poder de mercado sobre a desigualdade por país

País	Percentual real da riqueza dos 10% mais ricos (A)	Percentual da riqueza dos 10% mais ricos na ausência de poder de mercado (B)	Impacto do poder de mercado (A-B)/B
Alemanha	60,7	52,7	15,2
Austrália	50,4	42,7	17,9
Canadá	57,7	46,5	24,1
Coréia do Sul	60,7	49,4	22,8
EUA	76,0	62,7	21,2
França	62,7	57,1	9,9
Japão	46,2	37,8	22,3
Reino Unido	53,0	43,7	21,3

Fonte: elaboração própria baseada na tradução e adaptação de Sean F. Ennis e Yunhee Kim, “Market Power and Wealth Distribution”, in *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*, org. World Bank Group e OECD, Trade and Development Series (Washington, DC: World Bank Group, 2017), 150.

²³⁰ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”.

²³¹ Cf. Ennis e Kim, “Market Power and Wealth Distribution”, 134.

²³² Cf. Ibidem.

Dessa forma, com base no modelo utilizado²³³, verificou-se que, na presença do poder de mercado, a parcela da riqueza detida pelos 10% mais ricos dessas sociedades cresce de aproximadamente 10% a 24% em relação ao seu valor inicial na ausência de poder de mercado, dependendo do país e da vida útil do monopólio²³⁴.

Em mais um estudo no âmbito da OCDE, também em 2017²³⁵, o modelo de Comanor e Smiley²³⁶ foi aperfeiçoado e foram corrigidas algumas limitações desse estudo inaugural. Dentre outras características, o modelo passou a derivar medidas dos efeitos redistributivos do poder de mercado a partir de dados observados que variam entre os países analisados e a ter uma solução de estado estacionário advinda de relacionamentos dinâmicos²³⁷.

Uma das principais diferenças entre os modelos é justamente a medida do poder de mercado. Tanto no modelo de Comanor e Smiley de 1975²³⁸ quanto no modelo de Ennis e Kim de 2017²³⁹, o lucro advindo do poder de mercado é estimado com base em percentuais do PIB, que variam de 1% a 3%²⁴⁰, conforme calculados em estudos apartados de outros autores.

Diferentemente, no modelo de Ennis, Gonzaga e Pike de 2017²⁴¹, a métrica do poder de mercado está ligada diretamente às margens comerciais (*mark-ups*). Os autores compararam (i) as margens comerciais reais, efetivamente aplicadas na prática, encontradas em diversos setores comerciais de determinado país com (ii) as mínimas margens comerciais específicas verificadas entre os diversos países. A diferença entre a margem comercial efetivamente aplicada em um setor de um determinado país e a menor margem comercial verificada para o mesmo setor dentre os diversos países da amostra é considerada como uma margem excedente daquele setor naquele determinado país²⁴². Tal margem excedente denota

²³³ Para a descrição do modelo e dos dados utilizados, ver Ibidem, 135–38.

²³⁴ Cf. Ibidem, 147.

²³⁵ Cf. Sean F. Ennis, Pedro Gonzaga, e Chris Pike, “Inequality: A Hidden Cost of Market Power”, *OECD Discussion Papers*, 2017, <http://www.oecd.org/daf/competition/inequality-a-hidden-cost-of-market-power.htm>.

²³⁶ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”.

²³⁷ Cf. Ennis, Gonzaga, e Pike, “Inequality”, 15.

²³⁸ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”.

²³⁹ Cf. Ennis e Kim, “Market Power and Wealth Distribution”.

²⁴⁰ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”, 183; Ennis e Kim, “Market Power and Wealth Distribution”, 138.

²⁴¹ Cf. Ennis, Gonzaga, e Pike, “Inequality”.

²⁴² “To illustrate, in the sector of wholesale and retail trade and repairs, the mark-up observed in the UK is 16% and the minimum mark-up (found in Germany) is 12%. The UK excess mark-up for that sector is then calculated as the difference, i.e. 4.0%. Weighting across sectors by output, the average level of the excess mark-up in the UK is 3.9%.” (“Para ilustrar, no setor de atacado e varejo e reparos, a margem observada no Reino Unido é de 16% e a margem mínima (encontrada na Alemanha) é de 12%. A margem excedente do Reino

a presença e o exercício de poder de mercado. Assim, o modelo consegue simular o efeito do poder de mercado ao calcular a distribuição de riqueza que existiria se a margem excedente encontrada não existisse.²⁴³

Ou seja, os autores não compararam uma situação em que há margem comercial com uma em que não há margem comercial. Em vez disso, compararam duas situações realmente possíveis de serem verificadas na realidade, duas situações em que há margens²⁴⁴. Essa característica, em princípio, aproxima o modelo da realidade verificável.

Mesmo com esses melhoramentos, o novo modelo²⁴⁵ relevou um impacto substancial do poder de mercado sobre a desigualdade de riquezas.

Dentro dos parâmetros utilizados, verificou-se que, em geral, a redistribuição de riquezas, em virtude da eliminação de poder de mercado, ocorre principalmente dos 10% mais ricos para os 80% mais pobres nos países analisados (Alemanha, Canadá, Coreia do Sul, Espanha, Estados Unidos, França, Japão e Reino Unido)²⁴⁶.

Em um país imaginário baseado nas médias dos resultados encontrados para os países analisados, viu-se que de 11,5% a 21,1% da riqueza atualmente detida pelas famílias integrantes da parcela 10% mais rica é reflexo da presença do poder de mercado²⁴⁷. É o que se nota na Tabela 2 abaixo.

Unido para esse setor é então calculada como a diferença, ou seja, 4,0%. Ponderando entre setores por produto, o nível médio da margem excedente no Reino Unido é de 3,9%.”) Cf. Ibidem, 17–18.

²⁴³ Cf. Ibidem, 17–18, 49–50.

²⁴⁴ “[W]e do not believe that a complete eradication of mark-ups is a viable or desirable policy objective, as some sources of market power include beneficial factors, such as product differentiation and intellectual property rights.” (“Não acreditamos que a completa erradicação das margens comerciais seja um objetivo de política pública viável ou desejável, já que algumas fontes de poder de mercado incluem fatores benéficos, como diferenciação de produto e direitos de propriedade intelectual.”) Cf. Ibidem, 17.

²⁴⁵ Para a descrição do modelo e dos dados utilizados, ver Ibidem, 11–19.

²⁴⁶ Cf. Ibidem, 21.

²⁴⁷ Cf. Ibidem, 21, 34.

Tabela 2 – Impacto do poder de mercado sobre a riqueza dos 10% mais ricos

País	Percentual atual da riqueza dos 10% mais ricos	Percentual da riqueza dos 10% mais ricos na ausência do poder de mercado		Taxa de alteração na riqueza (-)	
		$s' = 1,5\bar{s}^{248}$	$s' = 2\bar{s}$	$s' = 1,5\bar{s}$	$s' = 2\bar{s}$
Alemanha	57,9	46,8	37,5	19,2	35,3
Canadá	48,2	44,1	40,4	8,5	16,3
Coréia do Sul	43,1	36,8	31,9	14,7	26,0
Espanha	42,4	37,1	32,3	12,6	23,9
EUA	76,9	69,0	62,2	10,2	19,1
França	48,5	42,3	37,6	12,7	22,5
Japão	39,7	36,0	32,6	9,3	17,8
Reino Unido	45,3	43,1	41,6	4,8	8,3
Média	50,3	44,4	39,5	11,5	21,1

Fonte: elaboração própria baseada na tradução e adaptação de Sean F. Ennis, Pedro Gonzaga, e Chris Pike, “Inequality: A Hidden Cost of Market Power”, *OECD Discussion Papers*, 2017, 34, <http://www.oecd.org/daf/competition/inequality-a-hidden-cost-of-market-power.htm>.

Por outro lado, também com base nas médias dos resultados encontrados para os países analisados, verificou-se que a renda dos domicílios pertencentes à parcela 20% mais pobre tende a crescer de 14,0% a 19,3% na ausência de poder de mercado²⁴⁹. Esse resultado é refletido na Tabela 3 abaixo.

²⁴⁸ No modelo, s' é a propensão marginal para poupar, ou seja, a proporção de um aumento marginal da renda familiar que é direcionada à poupança ou, em outras palavras, não é alocada para o consumo. $\bar{s}$, por sua vez, é a parcela do total da renda que é poupada por família, ou seja, corresponde à razão entre poupança e renda. A razão entre s' e $\bar{s}$ é um dos parâmetros utilizados pelo modelo que influenciam o tamanho do impacto do poder de mercado sobre as desigualdades econômicas. De acordo com os dados disponíveis aos autores, em relação a quatro dos países analisados, verificou-se que a média da razão entre s' e $\bar{s}$ era 1,9, mas variava entre 1,5 e 2,4. Adotaram, assim, de maneira conservadora, razões de 1,5 e 2 para rodarem o modelo, bem como o limite inferior para a razão como sendo o improvável valor de 1. Mesmo adotando o limite inferior, verifica-se relevante impacto do poder de mercado tanto sobre a riqueza dos 10% mais ricos quanto sobre a renda dos 20% mais pobres. No entanto, em virtude da improbabilidade de a razão ser 1, reproduzem-se aqui apenas os resultados advindos da adoção da razão como 1,5 e 2. Cf. Ibidem, 19.

²⁴⁹ Cf. Ibidem, 21, 36.

Tabela 3 – Impacto do poder de mercado sobre a renda dos 20% mais pobres

País	Percentual atual da renda dos 20% mais pobres	Percentual da renda dos 20% mais ricos na ausência do poder de mercado		Taxa de alteração na renda	
		$s' = 1,5\bar{s}$ ²⁵⁰	$s' = 2\bar{s}$	$s' = 1,5\bar{s}$	$s' = 2\bar{s}$
Alemanha	7,5	9,1	9,8	21,8	30,1
Canadá	4,4	5,0	5,3	14,2	20,3
Coréia do Sul	6,8	7,8	8,1	15,0	19,9
Espanha	6,0	6,9	7,2	14,5	20,6
EUA	3,7	4,2	4,4	14,1	19,9
França	9,0	10,5	11,0	16,6	22,1
Japão	10,8	11,8	12,2	9,3	13,4
Reino Unido	7,8	8,3	8,4	6,1	7,9
Média	7,0	7,9	8,3	14,0	19,3

Fonte: elaboração própria baseada na tradução e adaptação de Ibidem, 36.

Diante dos dados encontrados, os autores concluíram esse estudo afirmando que políticas que aumentam a competição nos mercados por meio da aplicação de um antitruste mais rigoroso, incluindo o bloqueio de atos de concentração que criam poder de mercado²⁵¹, podem ajudar a reduzir desigualdades econômicas²⁵².

No entanto, ressaltam que não sugerem que a política antitruste deva especificamente atacar a desigualdade. Em relação ao controle de atos de concentração, o estudo sugere apenas a conclusão de que a utilização de um modelo de bem-estar agregado poderia ser menos socialmente desejável do que de um modelo de bem-estar do consumidor. Isso porque um fator chave do modelo de bem-estar agregado (o lucro corporativo) é muito

²⁵⁰ Ver nota 248.

²⁵¹ Cf. Ennis, Gonzaga, e Pike, “Inequality”, 23.

²⁵² “[T]here are potentially significant benefits for economies that reduce inequality through proactive policies that prevent illegitimate market power from regressively redistributing income and wealth in the first place. Distortions of competitive market outcomes might for example be pre-empted by investing in vigorous competition law enforcement and by removing regulations that protect companies from competition.” (“[H]á benefícios potencialmente significativos para economias que reduzem a desigualdade por meio de políticas pró-ativas que, de maneira prévia, impedem o poder de mercado ilegítimo de redistribuir regressivamente renda e riqueza. As distorções dos resultados competitivos do mercado poderiam, por exemplo, ser prevenidas ao se investir em rigor na aplicação da lei da concorrência e remover as regulamentações que protegem as empresas da concorrência.”) Cf. Ibidem, 24.

desigualmente distribuído entre a população, fazendo com que os benefícios advindos dos atos de concentração aprovados com base em tal modelo se direcionem, em geral, apenas aos 10% (ou menos) mais ricos.²⁵³

Finalmente, ainda em 2017, foi publicado mais um estudo, também por Ennis, Gonzaga e Pike²⁵⁴. Nele, de forma mais simples e sem realizar previsões de longo prazo a respeito dos efeitos do poder de mercado sobre a distribuição de renda e riqueza, eles apenas estimaram a magnitude do efeito redistributivo do poder de mercado. Essa estimativa foi feita com base na presunção de que o poder de mercado beneficia os agentes proporcionalmente à sua participação nos monopólios e os prejudica proporcionalmente ao seu consumo²⁵⁵. Isso porque, na ausência de concorrência, o poder de mercado eleva os preços acima dos custos²⁵⁶.

Os resultados encontrados também são relevantes. Na média, a cada dólar de lucro de monopólio, estima-se que há uma transferência de US\$ 0,37 (variando de US\$ 0,32 a US\$ 0,51) dos 90% mais pobres para os 10% mais ricos nos países analisados (Alemanha, Austrália, Canadá, Coréia do Sul, Espanha, Estados Unidos, França, Grécia, Japão, México, Portugal e Reino Unido)²⁵⁷.

Além disso, os 80% mais pobres das populações analisadas são, em geral, os que são prejudicados pela presença do poder de mercado, ao passo que os mais beneficiados são aqueles integrantes da parcela 5% mais rica e, em especial, da parcela 1% mais rica²⁵⁸.

Os autores novamente ressaltam que não é preciso que a política antitruste objetive especificamente a justiça ou distribuição, pois de qualquer forma ela impactará a distribuição de riquezas, já que possui um efeito distributivo intrínseco, principalmente quando o modelo de bem-estar do consumidor é utilizado como seu referencial. Sugere-se, assim, como prioridade aos governos que desejarem reduzir desigualdade, a adoção de políticas antitruste mais rigorosas, mas sem que se fuja do padrão de bem-estar do consumidor.²⁵⁹

²⁵³ Cf. Ibidem, 23–24.

²⁵⁴ Cf. Sean F. Ennis, Pedro Gonzaga, e Chris Pike, “The Effects of Market Power on Inequality”, *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, 14 de outubro de 2017, 1–7.

²⁵⁵ Cf. Ibidem, 2.

²⁵⁶ Cf. Ibidem, 1.

²⁵⁷ Cf. Ibidem, 3–4.

²⁵⁸ Cf. Ibidem, 3.

²⁵⁹ Cf. Ibidem, 6.

Enfim, o que se pode extrair do que até então foi aqui exposto é que há uma relação muito provável entre poder de mercado e desigualdades econômicas. Essa relação pode ser extraída tanto das opiniões e recomendações de economistas como Joseph Stiglitz²⁶⁰, Paul Krugman²⁶¹ e Anthony Atkinson²⁶² quanto nos estudos mais recentes que voltaram a tratar diretamente da discussão inaugurada por Comanor e Smiley em 1975²⁶³⁻²⁶⁴, como o trabalho de Baker e Salop de 2015²⁶⁵ e as pesquisas de Ennis e Kim de 2017²⁶⁶ e de Ennis, Gonzaga e Pike também de 2017²⁶⁷.

Contudo, há uma distância – mesmo que eventualmente estreita – entre se sustentar uma relação entre *poder de mercado* e desigualdades econômicas e se defender uma relação entre *concentração de mercados* e desigualdades econômicas. O que falta aí é uma outra relação, aquela entre poder de mercado e concentração de mercados. Os críticos diriam que poder de mercado não necessariamente advém da concentração de mercado e que, nesse sentido, é possível se ter um mercado concentrado sem que nele se verifique poder de mercado²⁶⁸. Portanto, não estaria comprovado pelas pesquisas acima discutidas que um mercado concentrado contribui para a geração e perpetuação de desigualdades econômicas, apenas que a existência e o exercício do poder de mercado o fazem²⁶⁹.

²⁶⁰ Stiglitz, *The Price of Inequality: how today's divided society endangers our future*, 53, 338.

²⁶¹ Cf. Krugman, Paul Krugman on Politics, Inequality, and Following Your Curiosity; Krugman, “Robots and Robber Barons”.

²⁶² Cf. Atkinson, *Inequality*, 126–27.

²⁶³ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”.

²⁶⁴ Nesse contexto, não se pode esquecer também dos estudos mais antigos de Powell e de Creedy e Dixon. Cf. Powell, “The Effect of Reductions in Concentration on Income Distribution”; Creedy e Dixon, “The Distributional Effects of Monopoly”.

²⁶⁵ Cf. Baker e Salop, “Antitrust, Competition Policy, and Inequality”.

²⁶⁶ Cf. Ennis e Kim, “Market Power and Wealth Distribution”.

²⁶⁷ Cf. Ennis, Gonzaga, e Pike, “Inequality”; Ennis, Gonzaga, e Pike, “The Effects of Market Power on Inequality”.

²⁶⁸ Salomão Filho sumariza essa crítica do ponto de vista neoclássico, que identifica o poder de mercado na possibilidade de aumentar os preços: “[a] primeira das consequências do raciocínio marginalista decorre diretamente da própria definição (ou da forma principal de manifestação) do poder no mercado. Se esse poder se manifesta através da possibilidade de aumentar preços, não basta observar uma grande participação percentual na produção total ou comercialização total de determinado produto para concluir que o agente tem poder no mercado. Mesmo uma empresa com grande participação nas vendas de determinado produto pode não ter qualquer poder de aumentar os preços. Basta que existam (a) vários substitutos para seu produto ou, então, (b) vários concorrentes prontos a entrar no seu mercado tão logo preços mais elevados tornem maiores as possibilidades de sucesso e de lucro daquele mercado. As letras ‘a’ e ‘b’ correspondem, respectivamente, aos conceitos microeconômicos de elasticidade cruzada da demanda e elasticidade cruzada da oferta.” Cf. Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial* (São Paulo: Malheiros Editores, 2013), 146.

²⁶⁹ A única pesquisa (sobre a qual se tem conhecimento até então) que relaciona diretamente concentração de mercados com desigualdades econômicas permanece sendo a de Powell de 1987, mas na qual ele não trata da distribuição de riquezas, mas da distribuição de renda. Cf. Powell, “The Effect of Reductions in Concentration on Income Distribution”.

A essa provocação parecem responder bem as pesquisas recentes de John Kwoka Jr. e também de Bruce A. Blonigen e Justin R. Pierce.

Em seu livro intitulado “Concentrações, Controle de Concentrações e Remédios: uma análise retrospectiva da política estadunidense”²⁷⁰, Kwoka apresenta uma meta-análise²⁷¹ de 47²⁷² estudos prévios sobre atos de concentração analisados pelas autoridades concorrenciais dos Estados Unidos, seus efeitos sobre os mercados, os remédios aplicados, bem como o relacionamento dos remédios com os efeitos verificados. A análise foi dividida em duas partes, que se basearam em dois conjuntos de estudos diversos, embora tenham chegado a resultados bastante semelhantes que, portanto, serviram para confirmarem-se reciprocamente.

A primeira análise centrou-se em 28²⁷³ dos 47 estudos pretéritos, nos quais foram analisados individualmente 49 *casos isolados* de atos de concentração nos Estados Unidos. Desses casos, foram extraídos 119 apontamentos relativos aos efeitos dos casos analisados sobre os preços dos produtos. Ou seja, alguns dos 49 casos envolviam mais de um produto.²⁷⁴

A partir desses 119 apontamentos, foram extraídos os dados tanto da perspectiva do produto quanto da perspectiva das transações em si. Isso quer dizer que, da perspectiva produto, as variações de preços foram consideradas individualmente para se chegar às médias gerais de variação apresentadas pelo estudo. Por outro lado, da perspectiva das transações, o foco foi nos efeitos gerais gerados por cada transação em si, uma vez que havia transações que envolviam mais de um único mercado de produto. Ou seja, nos casos em que

²⁷⁰ Cf. John E. Kwoka, *Mergers, Merger Control, and Remedies: a retrospective analysis of U.S. policy* (Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 2015). O livro parece decorrer do aprofundamento e da expansão de outro estudo já realizado pelo autor, cf. John E. Kwoka, “Does Merger Control Work? A Retrospective on U.S. Enforcement Actions and Merger Outcomes”, *Antitrust Law Journal* 78, nº 3 (2013): 619–50. Para críticas da FTC ao livro, ver Michael Vita e David F. Osinski, “John Kwoka’s Mergers, Merger Control, and Remedies: A Critical Review”, *Antitrust Law Journal* 82, nº 1 (2018): 361–88. Para a resposta de Kwoka, ver John E. Kwoka, “Mergers, Merger Control and Remedies: A Response to the FTC Critique”, *SSRN Electronic Journal*, 31 de março de 2019, <https://ssrn.com/abstract=2947814>. Para réplica da FTC, ver Michael Vita, “Kwoka’s Mergers, Merger Control, and Remedies: Rejoinder to Kwoka”, *Research in Law and Economics* 28 (29 de agosto de 2018): 433–44.

²⁷¹ Meta-análise é uma metodologia estatística que permite extrair e agregar os resultados de dois ou mais estudos pretéritos independentes que tratam de um mesmo tema de pesquisa.

²⁷² Inicialmente, o autor identificou 200 estudos retrospectivos de fusões e aquisições. No entanto, após aplicar os diversos critérios e qualificadores de sua meta-análise, o número foi reduzido para os referidos 47 estudos. Cf. Kwoka, *Mergers, merger control, and remedies*, 84–86.

²⁷³ O autor fala em 29 estudos de *casos isolados*, mas há apenas 28 na sua Tabela 6.1 do Capítulo 6, na qual elenca tais estudos. Ele também fala em 18 estudos de *grupos de casos*, mas posteriormente, na Tabela 9.1 do Capítulo 9 e também no Apêndice II, 19 são elencados. Isso leva a crer que foram realmente 47 estudos analisados, mas dos quais, na verdade, 28 (e não 29) foram de *casos isolados* e 19 (e não 18) foram de *grupos de casos*. Cf. *Ibidem*, 86–89, 144–45, 219–37.

²⁷⁴ Cf. *Ibidem*, 86–93.

uma única transação envolvia mais de um mercado de produto, primeiramente se extraíram as médias relativas ao efeito dessa determinada operação apenas sobre o conjunto de mercados de produtos nela envolvido. Só posteriormente tais dados agregados de cada operação foram utilizados para a construção das estimações gerais de todas as transações avaliadas. Os efeitos sobre os preços, nesse caso, foram então considerados *por operação* e não individualmente por cada um dos mercados de produto.²⁷⁵

Na perspectiva do produto, foi constatada uma taxa média de aumento de preços de 4,31%. Dos 119 apontamentos, 73 indicaram aumentos de preços, contra 46 indicativos de queda de preços. 40 apontamentos revelaram aumentos de preços superiores a 5% e 23 apontamentos revelam aumentos de preços superiores a 10%. Considerando exclusivamente os 73 apontamentos de aumento de preços, a média do aumento foi de 8,90%. No caso do grupo de 46 apontamentos indicativos de redução de preços, a média da redução é bem menor, de apenas 2,98%.²⁷⁶⁻²⁷⁷

Na perspectiva das transações, foi identificada uma taxa média de aumento de preços de 5,88%. Das 49 operações analisadas, 36 resultaram em aumento de preços, contra 13 que ocasionaram reduções de preços. Considerando apenas os 36 casos em que houve aumento de preços, a média do aumento foi de 9,57%. Em relação aos 13 casos que levaram a reduções de preços, a média da redução foi de 4,34%.²⁷⁸⁻²⁷⁹

Ademais, é interessante notar que, mesmo considerando-se as transações às quais as autoridades antitruste estadunidenses se opuseram²⁸⁰ ou que foram aprovadas com restrições estruturais ou comportamentais, houve aumento de preços a uma taxa média de 6,83%.

²⁷⁵ A análise na perspectiva da transação é importante para se ter ideia do cenário enfrentado pela autoridade antitruste no momento em que é realizada a decisão de aprovar, aprovar com restrições ou rejeitar a operação. Isso porque a operação é avaliada como um todo, e não somente os efeitos sobre um determinado mercado de produto. Cf. *Ibidem*, 106.

²⁷⁶ Cf. *Ibidem*, 94–96.

²⁷⁷ Esses dados são relativos ao conjunto de casos de atos de concentração que englobou também contratos de compartilhamento de voos (*code-share*) e *joint-ventures*. O autor também apresentou os resultados separando tais contratos específicos do grupo de fusões e aquisições puras. Ao fazer essa separação, evidenciou-se que os aumentos de preços são mais comuns e intensos nas fusões e aquisições puras. Em geral, os contratos de compartilhamento de voos analisados geraram redução de preços e as *joint-ventures* consideradas geraram aumentos de preços menos significativos do que a fusões e aquisições puras. Cf. *Ibidem*, 96–98.

²⁷⁸ Cf. *Ibidem*, 110.

²⁷⁹ Esses dados são relativos ao conjunto de casos de atos de concentração que englobou também contratos de compartilhamento de voos (*code-share*) e *joint-ventures*. O autor também apresentou os resultados separando tais contratos específicos do grupo de fusões e aquisições puras. Ao fazer essa separação, evidenciou-se novamente, também da perspectiva das transações, que os aumentos de preços são mais comuns e intensos nas fusões e aquisições puras. Cf. *Ibidem*, 110–11.

²⁸⁰ Nesses casos, embora as autoridades antitruste tenham se oposto à aprovação das transações, tal oposição foi posteriormente revertida em outras instâncias de análise.

Desses casos, transações aprovadas sujeitas a remédio estrutural de desinvestimento permitiram aumentos de preços em uma taxa média de 6,11%. Em relação àquelas que receberam remédios comportamentais ou outras condicionantes, a taxa média de aumento de preços verificada foi de 12,81%.²⁸¹

Esses dados indicam que mesmo quando se aprovaram com restrições operações potencialmente danosas à concorrência – a fim de se evitar a sua rejeição integral e o consequente desperdício das eficiências geradas –, tais restrições parecem não ter sido suficientes para evitar o exercício do poder de mercado gerado pela transação. E isso se reforçou no caso de restrições comportamentais²⁸².

A segunda análise baseou-se em 19²⁸³ estudos de *grupos de casos*, e não em *casos isolados* como na primeira análise. Ou seja, os casos foram analisados de maneira coletiva, e não individual. Esses estudos, no total, contemplaram mais de 3.000 concentrações nos Estados Unidos²⁸⁴⁻²⁸⁵.

Na perspectiva do produto, foram extraídas dos 19 estudos um total de 41 estimativas dos resultados e desempenho gerados pelas transações. Dessas 41, apenas 11 estimativas indicaram no sentido de ganhos ou melhoria de desempenho (redução de preços ou custos, aumento de eficiência, qualidade ou pesquisa e desenvolvimento). As 30 estimativas restantes indicaram perda de desempenho. Nesse sentido, 17 das 41 estimativas extraídas foram relativas a variações de preço. Dessas 17, 14 estimativas indicaram aumento de preços e apenas 3 indicaram redução de preços. Tais efeitos sobre os preços forneceram uma taxa média de aumento de preço de 5,42%.²⁸⁶

²⁸¹ Cf. Kwoka, *Mergers, merger control, and remedies*, 119–20. Esses dados foram parcialmente corrigidos por Kwoka após críticas da FTC para os seguintes: aproximadamente 5,6% de aumento de preços em aprovações com restrições estruturais e 13% de aumento de preços para aprovações com restrições comportamentais. Cf. Kwoka, “Mergers, Merger Control and Remedies: A Response to the FTC Critique”, 15; John E. Kwoka, “Reviving Merger Control: A Comprehensive Plan for Reforming Policy and Practice”, *SSRN Electronic Journal*, 2018, 47.

²⁸² Para se entender a evolução do entendimento do autor sobre remédios comportamentais, ver também John E. Kwoka e Diana L. Moss, “Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement”, *The Antitrust Bulletin* 57, nº 4 (dezembro de 2012): 979–1011.

²⁸³ Ver nota 273.

²⁸⁴ Cf. Kwoka, *Mergers, merger control, and remedies*, 143–46.

²⁸⁵ Aqui, também foi realizada a análise tanto da perspectiva do produto quanto da perspectiva das transações, conforme explicitado acima. No entanto, a análise da perspectiva das transações conseguiu chegar apenas a um número muito pequeno de apontamentos. Portanto, seus resultados não parecem absolutamente seguros, de modo que não são reportados neste trabalho.

²⁸⁶ Cf. Kwoka, *Mergers, merger control, and remedies*, 147–48.

Nesse conjunto de análise de estudos de grupos de casos, a grande extensão da amostra também permitiu identificar outros efeitos gerados pelos atos de concentração, além das variações de preço. Das 4 estimativas encontradas relativas a efeitos sobre os custos, todas indicaram redução de custos, a uma média de 8,48%. Foram também reportados 11 efeitos sobre outras medidas de eficiência, dos quais apenas 4 indicaram aumento de eficiência, mas resultando em uma média total de 0,33% de aumento de eficiência. Em relação às 4 medidas de variação de qualidade encontradas, nenhuma revelou resultado positivo, do que se extraiu uma média de decréscimo de qualidade de 4%. Por fim, foram encontrados 5 indicativos relacionados a aspectos de evolução tecnológica e pesquisa e desenvolvimento, sendo que nenhum deles revelou um aumento, resultando em uma média negativa de 9,73%.²⁸⁷

Portanto, dentre outros diversos apontamentos realizados pelo extenso estudo de Kwoka, um se mostra bastante claro: em média, os preços praticados após a realização dos atos de concentração considerados sobem a taxas médias de 4,31%, 5,42% ou 5,88% (dependendo do método analítico e da amostra). Ao mesmo tempo, ironicamente, é comum se verificar a redução de custos, a uma taxa média de 8,48%. Kwoka especula que esses dois indicativos combinados poderiam indicar que os benefícios gerados pelas transações analisadas não são transferidos aos consumidores, pois, se fossem, deveria ser experimentada uma redução dos preços decorrente da redução de custos²⁸⁸.

Bruce e Blonigen e Justin Pierce também recentemente contribuíram para esse debate. Em seu artigo intitulado “Evidência dos Efeitos de Atos de Concentração sobre o Poder de Mercado e a Eficiência”²⁸⁹, eles analisaram um conjunto bastante abrangente de dados para concluir que fusões e aquisições no setor manufatureiro, em geral, levam a um aumento substancial das margens comerciais²⁹⁰. No entanto, eles não encontraram respectivos aumentos de produtividade e ou de outras medidas de eficiência²⁹¹ relevantes

²⁸⁷ Cf. Ibidem, 148.

²⁸⁸ No entanto, ele ressalta que se trata de apenas uma hipótese, já que as extrações de médias de variação de preço e de médias de variação de custos não necessariamente derivam das mesmas transações. Cf. Ibidem, 148, 247.

²⁸⁹ Cf. Bruce A. Blonigen e Justin R. Pierce, *Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency*, Finance and Economics Discussion Series 2016–082 (Washington, DC: Board of Governors of the Federal Reserve System, 2016).

²⁹⁰ Cf. Ibidem, 3, 5, 24.

²⁹¹ Duas foram as principais medidas de eficiências consideradas, além da produtividade: (i) a realocação de recursos dentro da companhia para as fábricas mais eficientes, com o fechamento das fábricas menos eficientes; (ii) aproveitamento de economias de escala em áreas não diretamente relacionadas à produção,

advindos desse tipo de transação²⁹². Isso levaria a crer que o aumento das margens comerciais advém da subida de preços possibilitada pelo aumento de poder de mercado, e não pela geração e aproveitamento de eficiências.

Especificamente, os autores consideraram, em seu mais amplo conjunto analítico, 187.000 fábricas, para cada uma das quais eles estimam variações de margens comerciais e produtividade²⁹³. Eles basicamente comparam os efeitos das fusões e aquisições sobre grupos diferentes de fábricas. O grupo de tratamento foi aquele que englobou fábricas que realmente foram adquiridas no âmbito de operações de fusão e aquisição. Como comparação a ele, foram adotados três grupos de controle. O primeiro consistiu em grupo criado a partir de correspondência de escores de propensão²⁹⁴. O segundo abarcou casos de fábricas que sabidamente fariam parte de operações de fusão e aquisição no futuro, mas que ainda não tinham sido realizadas apenas por não terem encontrado o parceiro correto para a operação²⁹⁵. O terceiro grupo englobou os casos em que fusões e aquisições foram anunciadas, mas acabaram não sendo completadas^{296, 297}.

Como consequência desse processo comparativo, evidenciou-se que plantas que foram efetivamente negociadas como parte de operações de fusões e aquisições estão, em média, associadas a aumentos de margens comerciais que variam entre 15% e 50%²⁹⁸ e variações de produtividade e de outras eficiências estatisticamente insignificantes. Verificou-se que, conforme previsto, os efeitos sobre as margens comerciais são mais relevantes quando decorrentes de atos de concentração horizontais²⁹⁹. Ademais, atos de

como por meio da remoção da duplicidade da equipe de gestão, dos serviços de marketing e comunicação e dos serviços contábeis. Cf. Ibidem, 22–24.

²⁹² Cf. Ibidem, 3, 5, 24.

²⁹³ Cf. Ibidem, 12.

²⁹⁴ Escore de propensão é uma técnica de correspondência estatística utilizada, neste caso, para lidar com a possibilidade de enviesamento de seleção da amostra analisada, de modo a tornar grupos tratados e não tratados mais corretamente comparáveis entre si. A preocupação, nesse caso, foi basicamente que o estudo estivesse desconsiderando a possibilidade de que as empresas adquirentes naturalmente tivessem como alvo empresas que já estivessem tendendo a níveis maiores ou menores de produtividade e margens comerciais. Ou seja, a intenção era reduzir a possibilidade de que aumentos ou reduções nessas variáveis, verificados após a realização da transação, fossem equivocadamente identificados como efeitos da transação em si, e não como efeitos já esperados independentemente da transação. Cf. Ibidem, 15–16.

²⁹⁵ Cf. Ibidem, 16–17.

²⁹⁶ Cf. Ibidem, 17–18.

²⁹⁷ Além dessa análise comparativa, os autores também aplicaram outros testes que apontaram para resultados qualitativamente semelhantes, como análises de robustez e teste placebo. Cf. Ibidem, 18–19, 21.

²⁹⁸ Cf. Ibidem, 3.

²⁹⁹ Cf. Ibidem, 3, 20–21.

concentração horizontais também aparentaram estar associados a quedas de produtividade³⁰⁰.

Diante desses dados, parece razoável inferir que, pelo menos no universo de observações consideradas pelo estudo de Kwoka³⁰¹ e de Bruce A. Blonigen e Justin R. Pierce³⁰², concentrações de mercado acabaram levando, sim, ao incremento e exercício de poder de mercado. Em geral, o controle de concentrações realizado pelas autoridades estadunidenses parece não ter funcionado para anular os efeitos anticompetitivos de boa parte das transações consideradas, permitindo que fosse gerado poder de mercado, identificado pelo aumento de preços, das margens comerciais e também pelos demais efeitos advindos dessas operações.

Conjugando esses resultados com os outros estudos acima mencionados que relacionam o poder de mercado com o aumento e perpetuação das desigualdades econômicas, parece possível a interpretação de que concentrações de mercado têm contribuído para geração e perpetuação de desigualdades econômicas. Isso parece verdade pelo menos quando aplicados os padrões de controle de concentração estadunidenses. Em outras palavras, de acordo com a conjugação desses estudos, o controle de estruturas aplicado nos Estados Unidos não aparenta ter funcionado ao longo das últimas décadas para impedir o acúmulo de poder de mercado e, conseqüentemente, a geração de desigualdades econômicas.

Essa possível interpretação parece ter aberto caminho até mesmo para críticas ao modelo de bem-estar do consumidor, atualmente o mais amplamente aceito e defendido nos Estados Unidos como embasamento dos objetivos da política antitruste, conforme se verá no subtópico 2.2.2.2 abaixo.

Muito embora em estudos como os de Ennis, Gonzaga e Pike³⁰³ os autores tenham expressado que seus resultados não deveriam ser utilizados como fundamento para oposição ao modelo de bem-estar do consumidor, a conjugação de seus resultados com resultados de Kwoka³⁰⁴ e de Bruce A. Blonigen e Justin R. Pierce³⁰⁵ não parece deixar alternativa. Essa

³⁰⁰ Cf. Ibidem, 21.

³⁰¹ Cf. Kwoka, *Mergers, merger control, and remedies*.

³⁰² Cf. Blonigen e Pierce, *Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency*.

³⁰³ Cf. Ennis, Gonzaga, e Pike, "Inequality"; Ennis, Gonzaga, e Pike, "The Effects of Market Power on Inequality".

³⁰⁴ Cf. Kwoka, *Mergers, merger control, and remedies*.

³⁰⁵ Cf. Blonigen e Pierce, *Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency*.

conjugação de estudos gera, sim, um embasamento razoável para a desconfiança em relação a tal modelo e seus efeitos aplicativos. Ele, nesse sentido, pode ser criticado por não conformar um objetivo do antitruste capaz de justificar o bloqueio de uma taxa crescente de concentração nos mercados estadunidenses que, por sua vez, parece levar, dentro dos limites desse modelo, ao aumento de poder nos mercados.

Assim, críticas ao modelo de bem-estar do consumidor começaram a ganhar força, principalmente daqueles que vislumbram no antitruste uma política propícia a abarcar valores não exclusivamente baseados na geração de eficiências econômicas ou na maximização do bem-estar dos consumidores.

O caminho estava aberto para o nascimento de um movimento chamado pela maioria de “Neo-Brandeisismo”, mas também, com algumas variações a depender do grau de simpatia pelo movimento, de “Antitruste Woodstock” ou “Antitruste Hipster”, sobre o qual se discorrerá no subtópico 2.2.4 abaixo. Pouco importando o nome que se dá ao movimento, é possível perceber que a discussão sempre, de uma forma ou de outra, acaba atingindo o debate sobre os objetivos do antitruste.

Por isso é que no subtópico 2.2 a seguir se discutirão os principais lados desse debate, evidenciando as principais características de cada um, mas sempre mantendo o enfoque principal no controle de concentrações. Esse exercício permitirá identificar as principais alternativas existentes ao modelo de bem-estar do consumidor, bem como de quais delas o Neo-Brandeisismo se alimenta para apresentar a sua crítica.

A delimitação do debate ao controle de atos de concentração se dá porque é geralmente nele que se refletem de maneira mais clara as consequências da adoção de um objetivo ou outro para a política antitruste. Além disso, se se está a discutir eventual relacionamento entre os níveis de concentração de mercado e as desigualdades econômicas, não há caminho mais óbvio do que centrar a discussão na política de controle de concentrações, e não no tratamento de alguma conduta anticoncorrencial específica.

2.2. Qual o Papel do Controle de Concentrações?

O que se desenvolveu até aqui permite abordar a concentração de mercados como possível combustível para a produção e perpetuação de desigualdades econômicas. No

entanto, não se pode daí simplesmente inferir que o objetivo do controle de concentrações seja a redução ou a quebra do ciclo de geração de desigualdades. Outras diversas consequências são advindas de concentrações econômicas. E muitas dessas consequências podem tanto ser vistas como positivas quanto como negativas, a depender do ferramental teórico utilizado para interpretá-las.

Essa gama de consequências e interpretações possíveis alimenta o debate sobre os objetivos do antitruste, pelo menos, desde as discussões legislativas que culminaram na promulgação do *Sherman Act* em 1890. Até hoje, entretanto, não há pacificação quanto aos objetivos primordiais. Mas não se pretende, aqui, persegui-la.

O que se vislumbra, na verdade, é checar se desse debate sobre objetivos surgiram consequências práticas relacionadas ao grau de aplicação do antitruste, especialmente no que concerne ao controle de concentrações. A partir daí, será possível identificar não só os objetivos que alimentam o Neo-Brandeisianismo, conforme mencionado ao final do subtópico 2.1.3 acima, mas também o grau de intervenção antitruste fomentado pelo movimento a partir de tais objetivos.

Por exemplo, como se viu nos subtópicos 2.1.2.3 e 2.1.2.4 acima, a política antitruste preconizada por Bork e incorporada à administração de Reagan visava primordialmente à geração de eficiências econômicas, e isso se refletiu em uma aplicação menos interventiva dessa política. Pode ser que a perseguição de outros objetivos gere outros níveis de intervenção. Em outras palavras, parece haver uma relação entre o objetivo perseguido e o grau de intervenção antitruste, relação essa que pode determinar a rigorosidade do controle de concentrações.

Os objetivos possíveis abordados pela literatura são bastante diversos³⁰⁶, o que faz com que as consequências sobre o grau de intervenção também sejam variadas. Por exemplo,

³⁰⁶ “É impressionante a miríade de ‘objetivos máximos’ que já foram atribuídos às leis antitruste: redistribuição de renda; proteção das pequenas empresas; concentração do poder político, controle regional dos negócios, proteção dos trabalhadores, eficiência econômica, bem-estar do consumidor, controle de preços, obtenção de resultados econômicos desejáveis (v.g., eficiência na utilização das riquezas, progresso, estabilidade de produção e emprego e distribuição equitativa de renda), promoção da concorrência, promoção de condutas leais, limitação da atuação e da expansão das grandes empresas, controle do poder político dos grandes conglomerados, ampliação da capacidade competitiva das empresas nacionais para assegurar participação maior no comércio internacional e assim por diante.” Cf. Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 8ª (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015), 160. “A quick survey of suggested goals of antitrust policy reveals a wide variety of alternatives: the maximization of consumer welfare, economic efficiency, the dispersion of economic and political power, the unclogging of markets, the protection of easy entry into business, and the protection of small businesses’ welfare are just a few examples.” (“Uma pesquisa rápida dos objetivos sugeridos da política antitruste revela uma ampla variedade de alternativas: a maximização do bem-estar do

um antitruste cuja principal missão seja a proteção de pequenos competidores provavelmente sustentaria um controle de concentrações mais interventivo. Assim também em relação a um antitruste centrado na repressão da acumulação de poder político por grandes empresas. Por outro lado, como se viu, um antitruste centrado no aproveitamento de eficiências econômicas caminharía em direção oposta.

Conforme já mencionado acima, essa ampla quantidade de objetivos perseguidos remonta às próprias discussões que levaram à aprovação do *Sherman Act* em 1890, o que também se verifica em relação às legislações posteriores.

Por incrível que pareça, no entanto, o objetivo primordialmente perseguido quando da aprovação dessas legislações não guarda relação com o que acabou se consolidando como o objetivo do antitruste nos Estados Unidos. Mais estranho ainda é que o objetivo que se consolidou nem mesmo poderia ter sido perseguido quando da formulação do *Sherman Act*, pois dependente de uma elaboração teórica ainda inexistente àquela época. Fatos curiosos como esses contribuíram, ao longo dos anos, para o acirramento e a propagação do debate nos Estados Unidos. É ao entendimento de alguns deles que o subtópico 2.2.1 abaixo se dedica.

2.2.1. As intenções originárias nos Estados Unidos

Uma resposta simples para a definição dos objetivos do antitruste e, conseqüentemente, do controle de atos de concentração, passa claramente pela intenção do legislador. O que pensava o legislador quando passou pela primeira³⁰⁷ vez a legislação antitruste e, mais especificamente, quando criou o controle de estruturas?

consumidor, a eficiência econômica, a dispersão do poder econômico e político, a desobstrução dos mercados, a proteção de entrada fácil aos negócios e a proteção do bem-estar das pequenas empresas são apenas alguns exemplos.”) Cf. Herbert Hovenkamp, “Distributive Justice and the Antitrust Laws”, *George Washington Law Review* 51, nº 1 (novembro de 1982): 1.

³⁰⁷ Embora o primeiro sistema de defesa da concorrência tenha surgido no Canadá, em 1889, com o *Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in Restraint of Trade*, sua criação foi devida às preocupações nascidas nos Estados Unidos em relação a um possível abuso do direito de contratar que permitia o desenvolvimento de negócios que lesavam os consumidores e a concorrência entre os agentes econômicos, em virtude da concentração da produção. Nesse sentido, entende-se que a legislação canadense só nasceu antes graças à rapidez da tramitação legislativa naquele país em relação aos Estados Unidos, de forma que o sistema canadense foi inspirado nos projetos legislativos pendentes de aprovação nos Estados Unidos. Daí pode-se entender que a legislação estudada atualmente como o primeiro grande modelo de defesa da concorrência seja o justamente *Sherman Act* estadunidense. Cf.

A resposta a esse questionamento pode parecer capaz de resolver de uma vez por todas o debate sobre objetivos. Mas se há debate, como aqui já se enfatizou, é porque nem mesmo essa resposta é pacífica³⁰⁸. Além disso, como se sabe, resumir o objetivo de uma legislação ao objetivo do legislador nem sempre é a técnica interpretativa mais adequada. Mas nem por isso o objetivo do legislador se torna insignificante. Qual era, afinal?

Como já se viu no subtópico 2.1.2.3 acima, Bork utilizou-se de todos os mecanismos que detinha para defender que o objetivo do antitruste é a maximização de bem-estar do consumidor por meio da geração de eficiências econômicas, ou seja, promover a eficiência produtiva e minimizar a ineficiência alocativa³⁰⁹. E isso incluiu até mesmo a vontade do legislador. Para ele, a própria história legislativa do antitruste nos Estados Unidos desenhava-o como uma política que objetivava a geração e aproveitamento de eficiências econômicas.³¹⁰⁻³¹¹

Uma importante visão alternativa – e talvez a mais famosa oposição à leitura de Bork – foi a de Robert H. Lande. Para ele, o Congresso teria passado a legislação antitruste nos Estados Unidos principalmente com o objetivo distributivo de impedir transferências de riqueza dos consumidores para os produtores³¹². Diferentemente de Bork, Lande entendeu

³⁰⁸ “Unfortunately, the legislative histories of the federal antitrust laws are not always that helpful either. Their ambiguous language has produced considerable scholarly dispute over Congressional intent.” (“Infelizmente, as histórias legislativas das leis antitruste federais nem sempre são úteis também. Sua linguagem ambígua produziu considerável disputa acadêmica sobre a intenção do Congresso.”) Cf. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 49. “They range across a spectrum from the view that Congress only intended to enact the values advocated after the passage of the basic antitrust laws some years later by neoclassical economic theorizing, to the view that Congress was primarily concerned with outlawing practices which resulted in unfair wealth transfers, to the view that Congress was concerned with fostering a complex of social, economic and political values. There is also the view that Congress really did not know what it was up to when it launched a federal antitrust policy in 1890, but was responding to a populist outcry against assorted real and imagined abuses of the trusts.” (“Eles variam em um espectro da visão de que o Congresso pretendia apenas promulgar os valores defendidos após a aprovação das leis antitruste básicas, alguns anos depois por meio da teorização econômica neoclássica, à visão de que o Congresso estava preocupado principalmente em proibir práticas que resultassem em transferências de riqueza injustas, à visão de que o Congresso estava preocupado em promover um complexo de valores sociais, econômicos e políticos. Há também a visão de que o Congresso realmente não sabia o que queria quando lançou uma política antitruste federal em 1890, mas estava respondendo a um clamor populista contra diversos abusos reais e imaginários dos trustes.”). Cf. John J. Flynn, “The Reagan Administration’s Antitrust Policy, Original Intent and the Legislative History of Sherman Act”, *Antitrust Bulletin* 33 (1988): 260–61.

³⁰⁹ Ver nota 157.

³¹⁰ Nesse sentido, ver notas 155 e 172. Adicionalmente, ver Bork, “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”.

³¹¹ Ressalte-se mais uma vez que o modelo de “bem-estar do consumidor” defendido por Bork era, na verdade, um modelo de “bem-estar agregado”, conforme já mencionado neste trabalho. A diferenciação entre os dois modelos será explicitada ao longo do subtópico 2.2.2.

³¹² “The view expressed in this Article is that the antitrust laws were passed primarily to further what may be called a distributive goal, the goal of preventing unfair acquisitions of consumers’ wealth by firms with market power. It should be stressed, however, that Congress did not pass the antitrust laws to secure the ‘fair’ overall distribution of wealth in our economy or even to help the poor. Congress merely wanted to prevent one transfer

que a história legislativa indica que, mesmo que determinada prática gerasse um efeito líquido positivo para a sociedade, com os ganhos superando as perdas, ela seria tida como negativa caso ocasionasse transferências injustas de riqueza dos consumidores para os produtores³¹³.

Ao mesmo tempo, no entanto, Lande também encontrou fundamento para a defesa de outros objetivos no seu estudo. Alguns deles apareciam no debate legislativo e, inclusive, serão vistos por outros autores como os objetivos primordiais. Por exemplo, a análise de Lande encontrou objetivos secundários que permearam as discussões que culminaram na aprovação do *Sherman Act* e também de algumas das legislações posteriores, como a geração de eficiência produtiva³¹⁴, a contenção do poder político e social dos trustes e monopólios³¹⁵ e a proteção dos pequenos competidores³¹⁶.

O que Lande não encontrou foram fundamentos para o entendimento de que a história legislativa indicava como objetivo primordial do antitruste a perseguição do que Bork chamou erroneamente de bem-estar do consumidor, pois isso dependeria da dominação do conceito de eficiência alocativa³¹⁷.

of wealth that it considered inequitable, and to promote the distribution of wealth that competitive markets would bring. In other words, Congress implicitly declared that ‘consumers’ surplus’ was the rightful entitlement of consumers; consumers were given the right to purchase competitively priced goods. Firms with market power were condemned because they acquired this property right without compensation to consumers.” (“A opinião expressa neste artigo é que as leis antitruste foram aprovadas principalmente para promover o que pode ser chamado de objetivo distributivo, o objetivo de impedir aquisições injustas de riqueza dos consumidores por empresas com poder de mercado. Deve-se ressaltar, no entanto, que o Congresso não aprovou as leis antitruste para garantir a distribuição global ‘justa’ da riqueza em nossa economia ou mesmo para ajudar os pobres. O Congresso queria apenas impedir uma transferência de riqueza que considerava injusta e promover a distribuição da riqueza que os mercados competitivos trariam. Em outras palavras, o Congresso declarou implicitamente que o ‘excedente do consumidor’ era o legítimo direito dos consumidores; os consumidores tinham o direito de comprar mercadorias com preços competitivos. Empresas com poder de mercado eram condenadas porque adquiriam esse direito de propriedade sem compensação aos consumidores.”) Cf. Robert H. Lande, “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged”, *Hastings Law Journal* 34, nº 1 (setembro de 1982): 69–70.

³¹³ “Congress wanted to encourage economic efficiency and to ensure that the fruits of this efficiency were passed on to consumers, but efficiency was never its primary goal. Congress attempted to accomplish its overriding redistributive aims in such a way that the benefits of modern productivity would still be substantially realized. The evidence does not suggest, however, that Congress wanted the antitrust laws to allow increases in corporate efficiency at the cost of undermining its basic redistributive goals.” (“O Congresso queria incentivar a eficiência econômica e garantir que os frutos dessa eficiência fossem repassados aos consumidores, mas a eficiência nunca foi seu objetivo principal. O Congresso tentou realizar seus objetivos redistributivos primordiais de tal forma que os benefícios da produtividade moderna ainda seriam substancialmente realizados. As evidências não sugerem, no entanto, que o Congresso desejava que as leis antitruste permitissem aumentos na eficiência corporativa ao custo de minar seus objetivos redistributivos básicos.”) Cf. *Ibidem*, 151.

³¹⁴ Cf. *Ibidem*, 89–93.

³¹⁵ Cf. *Ibidem*, 96–101.

³¹⁶ Cf. *Ibidem*, 101–5.

³¹⁷ “[T]he concept of allocative efficiency was, at best, on the verge of discovery by leading economic theorists when the Sherman Act was passed. [...] It is unlikely, then, that the legislators who passed the early antitrust

No entanto, hoje a visão aparentemente predominante é a de que, nos Estados Unidos, nenhuma das leituras mencionadas acima refletia de maneira fidedigna a *principal* preocupação do legislador originário, embora pudesse refletir preocupações paralelas e secundárias. Inclusive, tanto Bork³¹⁸ quanto Lande³¹⁹ estariam errados, principalmente se considerado o contexto histórico³²⁰. A história legislativa do antitruste nos Estados Unidos

laws were aware that monopoly pricing led to allocative inefficiency.” (“O conceito de eficiência alocativa estava, na melhor das hipóteses, à beira da descoberta pelos principais teóricos econômicos quando o *Sherman Act* foi aprovado. [...] É improvável, então, que os legisladores que aprovaram as primeiras leis antitruste estivessem cientes de que o preço de monopólio levava à ineficiência alocativa.”) Cf. Ibidem, 88–89.

³¹⁸ “Clearly, the framers of the Sherman Act did not have Pareto-efficiency in mind when they drafted the statute, for Pareto had not yet developed it at the time Sherman Act was passed. The concepts of allocative efficiency and deadweight loss from monopoly were almost certainly not known to the framers of the Sherman Act. Most of the Modern welfare economics of competition and monopoly was developed during the 1930’s and after. [...] The argument that the passage of the antitrust laws was driven by efficiency concerns has one additional problem: even as the conceptions of allocative efficiency and the social cost of monopoly became articulated in the economics literature, Congress appeared to become less and less concerned with efficiency and more and more preoccupied with protecting small businesses from larger, more efficient competitors.” (“Claramente, os formuladores do *Sherman Act* não tinham em mente a eficiência de Pareto quando redigiram o estatuto, já que Pareto ainda não a havia desenvolvido no momento em que o *Sherman Act* foi aprovado. Os conceitos de eficiência alocativa e perda de peso-morto de monopólio quase certamente não eram conhecidos pelos autores do *Sherman Act*. A maior parte da moderna economia do bem-estar da concorrência e do monopólio foi desenvolvida durante os anos 1930 e seguintes. [...] O argumento de que a aprovação das leis antitruste foi impulsionada por preocupações de eficiência tem um problema adicional: mesmo quando as concepções de eficiência alocativa e o custo social do monopólio se tornavam articuladas na literatura econômica, o Congresso parecia se tornar cada vez menos preocupado com eficiência e cada vez mais preocupado em proteger as pequenas empresas de concorrentes maiores e mais eficientes.”) Cf. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 49–50.

³¹⁹ “To characterize the concerns of the framers as ‘distributive’, however, is just as anachronistic as to believe that the framers adopted a theory of allocative efficiency that had not yet been invented. All policies, including those motivated solely by concerns for efficiency, affect the distribution of wealth. [...]. The fact that a policy has certain distributive consequences does not mean that it is ‘distributive’. A policy is purposefully distributive only if it is adopted instead of a policy believed to be more efficient, because the adopted distributes wealth in a way the policy maker finds more appealing.” (“Caracterizar as preocupações dos legisladores originários como ‘distributiva’, entretanto, é tão anacrônico quanto acreditar que eles adotaram uma teoria de eficiência alocativa que ainda não havia sido inventada. Todas as políticas, incluindo aquelas motivadas exclusivamente por preocupações de eficiência, afetam a distribuição de riqueza. [...]. O fato de uma política ter certas consequências distributivas não significa que ela seja ‘distributiva’. Uma política é propositadamente distributiva apenas se for adotada no lugar de uma política que se acredita ser mais eficiente, porque a adotada distribui a riqueza de uma forma que o formulador de política pública considera mais atraente.”) Cf. Ibidem, 50.

³²⁰ Alguns fatos históricos contradizem tanto a narrativa da busca pela eficiência quanto a da oposição às transferências de riquezas dos consumidores aos produtores. Nesse sentido, o mesmo Congresso que aprovou o *Sherman Act*, aprovou a *McKinley Tariff*, uma tarifa protecionista que aumentava os custos de importação em proteção à indústria doméstica. Ou seja, era uma medida naturalmente contrária aos interesses dos consumidores. Além disso, reporta-se que a década anterior a 1890, testemunhou, em geral, uma queda de preços, inclusive nas áreas nas quais as discussões legislativas do *Sherman Act* se centraram. Nesse sentido, caíram tanto os preços de petróleo refinado, açúcar refinado, ferro e aço quanto os preços das tarifas ferroviárias. Ao mesmo tempo, experimentava-se um elevado crescimento econômico. Não havia, portanto, motivação para a aprovação de uma lei sob a justificativa de que ela objetivava a melhor alocação de recursos no mercado (aumento de eficiência) ou a redução de preços aos consumidores. Cf. Ibidem, 51; Lande, “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust”, 96–97; Phillip E. Areeda e Herbert Hovenkamp, *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*, 4ª ed., vol. I (New York: Wolters Kluwer, 2013), 55–58.

não o desenha nem como uma política que objetivava eficiências econômicas nem como uma política avessa à transferência de riquezas de consumidores para produtores.³²¹

Ademais, quanto a Bork, especificamente, o que parece é que ele já tinha em sua mente o objetivo do antitruste que queria defender antes de iniciar sua pesquisa. Tendo seu foco definido, o que ele teria feito seria uma simples busca por justificativas, mesmo que esparsas e isoladas, dentro do debate legislativo estadunidense, para a sustentação desse objetivo já pré-definido³²². Ele, assim, nunca teria tido uma hipótese, mas apenas uma tese, a qual teria escapado da fase de testes para ser diretamente sustentada.

Hoje, a versão da história legislativa do antitruste nos Estados Unidos que parece mais predominante está mais ligada à proteção do pequeno competidor do que a outros objetivos³²³. Até mesmo Hovenkamp – atualmente o mais reconhecido defensor do modelo de bem-estar do consumidor – cede a tal entendimento, afirmando que “o *Sherman Act* foi muito provavelmente passado a mando de pequenos negócios, feridos por uma revolução tecnológica que os deixou à margem.”³²⁴

³²¹ Cf. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 40–41.

³²² “Bork collected all the sentences and phrases in the debates and reports that spoke of the evils of high prices, and that distinguished between oppressive and innovative monopolies. He believed that these all added up to a Chicago School vision of antitrust policy in which big business was not perceived as bad in and of itself, but only if it led to higher prices or reduced innovation.” (“Bork coletou todas as sentenças e frases dos debates e relatórios que falavam dos males dos altos preços, e que distinguiam entre monopólios opressivos e inovadores. Ele acreditava que tudo isso contribuía para uma visão da Escola de Chicago da política antitruste, na qual as grandes empresas não eram percebidas como ruins em si, mas apenas se levassem a preços mais altos ou a redução do grau de inovação.”) Cf. *Ibidem*, 40. A propósito, esse entendimento coaduna-se com a seguinte observação de Eleanor M. Fox: “[t]he typical framing of the debate on the goals of U.S. antitrust law is misleading. The answer to the question, ‘What are the goals?’ is typically given in terms of what the respondent-invariably an inside player who has already formed a normative view-believes the operational guiding principle should be. Typically, respondents to the question are not trying to *derive* the goals as disinterested students of history and political science but to argue for their view of good policy.” (O enquadramento típico do debate sobre os objetivos da legislação antitruste dos Estados Unidos é enganoso. A resposta à pergunta ‘Quais são os objetivos?’ é tipicamente dada em termos do que o respondente – invariavelmente, um agente interno com uma visão normativa já formada – acredita que o princípio orientador operacional deveria ser. Normalmente, os respondentes da questão não estão tentando *derivar* os objetivos como estudantes da história e da ciência política sem interesses pré-definidos, mas defendendo sua visão de boa política. Cf. Fox, “Against Goals”, 2159. No mesmo sentido, ver Flynn, “The Reagan Administration’s Antitrust Policy, Original Intent and the Legislative History of Sherman Act”, 289; Herbert Hovenkamp, “Antitrust’s Protected Classes”, *Michigan Law Review* 88, nº 1 (1989): 22.

³²³ Cf. Areeda e Hovenkamp, *Antitrust Law*, 2013, I:50–61.

³²⁴ No original: “the Sherman Act was very likely passed at the behest of small businesses, injured by a technological revolution that left them on the sidelines.” Cf. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 42. No mesmo sentido, Hovenkamp afirma: “[the small businesses] was one group of people who were injured, were well organized, and had long been effective in making their case to legislative bodies.” (“[os pequenos empresários] eram um grupo de pessoas que foram feridas, eram bem organizadas e há muito tempo eram eficazes em apresentar seus argumentos aos órgãos legislativos.”) Cf. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 51. Ainda nesse sentido, ele diz: “[t]he principal victims of the trust movement of the 1880s [...] were inefficient small firms, rather than consumers. Competitors were the principal protected class of the Sherman

Além disso, embora o objetivo de proteção dos pequenos empresários já se demonstrasse claro quando da promulgação do *Sherman Act*, ele se revelou mais transparente nas legislações posteriores³²⁵. Isso é verdade inclusive em relação às legislações e reformas que estruturaram o controle de concentrações, como o *Clayton Act* de 1914 e o *Celler-Kefauver Act* de 1950, sobre os quais já se tratou brevemente nos subtópicos 2.1.2.1 e 2.1.2.2 acima.

Mas uma coisa é entender que a história legislativa do antitruste aponta para o objetivo primordial de proteção do pequeno empresário frente aos grandes competidores. Outra é entender que esse deve ser e permanecer como o objetivo primordial da política antitruste.

Hovenkamp, por exemplo, sustenta que a consideração da história legislativa do antitruste não é o melhor caminho para a definição do objetivo do antitruste. Nesse sentido, argumenta como possível o afastamento da concepção de que o objetivo primordial do antitruste seja a defesa dos pequenos competidores. Ele dá três razões principais para essa interpretação:

- (i) a maleável e generalista linguagem utilizada ao longo do texto da legislação estadunidense, que não limita o seu objeto à preocupação com os pequenos competidores;
- (ii) a construção jurisprudencial; e

Act. [...] The principal constituencies of some of the Sherman Act's congressional supporters were owners of small businesses. [...] Senator Sherman was not speaking for consumers of refined petroleum products, but rather for the small producers and refiners whom Standard Oil had driven to ruin." ("As principais vítimas do movimento dos trustes dos anos 1880 [...] eram pequenas empresas ineficientes, e não consumidores. Concorrentes eram a principal classe protegida do *Sherman Act*. [...] Os principais eleitorados de alguns dos apoiadores do *Sherman Act* no Congresso eram donos de pequenos negócios. [...] O senador Sherman não estava falando para os consumidores de produtos de petróleo refinados, mas sim para os pequenos produtores e refinadores que a *Standard Oil* havia levado à ruína.") Cf. Hovenkamp, "Antitrust's Protected Classes", 28–30.

³²⁵ "Although writers heaped scorn upon Warren Court antitrust policy in the 1960s for its protection of small business, that policy was probably the most faithful to Congress's goals in passing the Sherman Act. To one degree or another, all of the antitrust laws passed from 1890 through 1950 – virtually every substantive antitrust provision—were special interest legislation. Furthermore, the special interest that most members of Congress had in mind was small business. Consumers did not fare particularly well under any of these statutes." ("Embora escritores tenham menosprezado a política antitruste da *Warren Court* nos anos 1960 por sua proteção aos pequenos negócios, aquela política foi provavelmente a mais fiel aos objetivos do Congresso ao aprovar o *Sherman Act*. De uma forma ou de outra, todas as leis antitruste aprovadas de 1890 a 1950 – virtualmente todas as normas antitruste substantivas – eram legislação de interesse especial. Além disso, o interesse especial que a maioria dos membros do Congresso tinha em mente era a pequena empresa. Os consumidores não se deram particularmente bem sob nenhuma dessas leis.") Cf. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 41.

- (iii) a necessidade de se adotar um objetivo efetivamente passível de ser praticado.³²⁶

Somando-se essa possibilidade de afastamento do mais provável intuito originário à ausência de concordância da literatura quanto ao próprio intuito originário, o resultado é o que já se insinuou ao final do tópico 2.2 acima: um farto e desorganizado cardápio de objetivos do antitruste, alguns dos quais utilizam-se dos mesmos ingredientes.

Apesar dessa aparente confusão, algumas divisões podem ainda ser feitas. A separação mais clara é aquela entre objetivos baseados em critérios de eficiência – geralmente referidos como “objetivos econômicos” –, e objetivos não-baseados em critérios de eficiência – comumente referidos como “objetivos não-econômicos”.

O que se percebe, entretanto, é que ambos os grupos incluem objetivos cuja aplicação claramente gera consequências econômicas, de modo que não faria sentido falar em “objetivos não-econômicos”³²⁷. Para evitar essa confusão, serão utilizadas adiante terminologias muito menos simpáticas, mas aparentemente mais prudentes: “objetivos baseados em eficiência” e “objetivos não-baseados em eficiência”³²⁸.

Essa divisão não é utilizada nos subtópicos a seguir sem propósito ou apenas para permitir uma melhor visualização do debate. Na verdade, ela está em linha com os objetivos delineados para esta parte do trabalho. Como se notará, em geral, a perseguição de objetivos baseados em eficiência tende a gerar um controle de concentrações mais permissivo. Contrariamente, o enfoque em objetivos não-baseados em eficiência, de maneira geral, tende à maior rigidez do controle de estruturas.

Essa diferenciação se refletirá no âmbito do contemporâneo movimento Neo-Brandeisianista, que aparenta se simpatizar por esse segundo grupo de objetivos, abordado no subtópico 2.2.3 abaixo. Antes disso, para que seja possível a comparação, o subtópico 2.2.2 tratará do primeiro grupo.

³²⁶ Cf. *Ibidem*, 42–45. No mesmo sentido, com a inclusão de outros argumentos, ver Areeda e Hovenkamp, *Antitrust Law*, 2013, I:61–62.

³²⁷ Uma explicação possível para a utilização dessa nomenclatura é a de que os assim chamados “objetivos econômicos” não apenas gerariam consequências econômicas, como também dependeriam de conceitos e modelos desenvolvidos pela teoria econômica para serem aplicados.

³²⁸ Foi essa a terminologia utilizada, por exemplo, em Dina I. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices”, *Seattle University Law Review* 38, nº 3 (2015): 945–1006. Com algumas alterações, dentre supressões e incrementos, a organização do debate realizada por Waked inspirou o delineamento dos próximos subtópicos.

2.2.2. Objetivos baseados em eficiência

Na literatura, a forma mais recorrente de tratamento dos objetivos baseados em eficiência os divide em três principais subgrupos³²⁹. O primeiro deles, que se traduz num modelo de bem-estar agregado, baseia-se no sopesamento entre ineficiência alocativa e eficiência produtiva. O segundo, por sua vez, está mais centrado na proteção do bem-estar exclusivo do consumidor, que é entendida de maneiras diversas. Enfim, o terceiro subgrupo centra-se na geração de eficiência dinâmica. Cada um deles será tratado, respectivamente, nos subtópicos 2.2.2.1, 2.2.2.2 e 2.2.2.3 abaixo.

2.2.2.1. *Bem-estar agregado*

Como já se afirmou ao longo deste trabalho, especialmente no subtópico 2.1.2.3 acima, o objetivo do antitruste vislumbrado por Bork e, em geral, a Escola de Chicago, era baseado num modelo de bem-estar agregado³³⁰. Essa ligação da Escola de Chicago ao objetivo de maximização de bem-estar agregado é extremamente recorrente na literatura, de modo que o leitor pode até ser inconscientemente levado a pensar que tal escola teria

³²⁹ Apesar da diferenciação, há quem encontre espaço na política antitruste para a consideração relativamente mista de todos os subgrupos de objetivos baseados em eficiência. Nesse sentido, Joseph F. Brodley afirma: “antitrust policy enunciates a distinct economic objective – a blending of efficiency and consumer welfare – to be achieved by a particular social instrumentality – interfirm rivalry. Because the economic goal of antitrust is neither economic efficiency nor consumer welfare standing alone, it is best described by a distinctive term – *antitrust welfare*.” (“[A] política antitruste enuncia um objetivo econômico distinto – uma mistura de eficiência e bem-estar do consumidor – a ser alcançada por uma instrumentalidade social particular – a rivalidade interfirmas. Como o objetivo econômico do antitruste não é nem a eficiência econômica nem o bem-estar do consumidor sozinhos, ele é melhor descrito por um termo distinto – o *bem-estar antitruste*.”) Cf. Joseph F. Brodley, “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress”, *New York University Law Review* 62 (1987): 1023. Mas, para ele, a preocupação com eficiências produtiva e dinâmica deve se sobrepor ao enfoque na eficiência alocativa, pois assim também é consequentemente perseguido o aprimoramento do bem-estar social: “[p]ursuit of the economic goals of antitrust requires a blending of efficiency and consumer welfare. While antitrust law seeks to realize all types of efficiencies, production and innovation efficiencies, which lead to technological progress, contribute the most to social wealth enhancement, and, therefore, should be the key objectives of antitrust policy. It follows that the immediate interest of consumers should sometimes be deferred to the achievement of production or innovation advances.” (“A busca dos objetivos econômicos do antitruste requer uma combinação de eficiência e bem-estar do consumidor. Embora a lei antitruste busque a realização de todos os tipos de eficiência, as eficiências de produção e inovação, que levam ao progresso tecnológico, contribuem mais para o aumento da riqueza social e, portanto, devem ser os principais objetivos da política antitruste. Isso implica que o interesse imediato dos consumidores deve, por vezes, ser adiado para a obtenção de avanços na produção ou inovação.”) Cf. *Ibidem*, 1053.

³³⁰ Para literatura sobre a Escola de Chicago e críticas a ela, bem como suas diferenças e semelhanças em relação à Escola de Harvard, ver nota 175.

efetivamente desenvolvido o modelo. O que uma análise mais cuidadosa revela, no entanto, é uma versão diferente da história.

Sim, a Escola de Chicago, foi responsável pela enorme propagação do modelo de bem-estar agregado no âmbito do antitruste, especialmente por meio da obra de Bork³³¹. Aliás, como se mencionou no subtópico 2.1.2.3, isso se deu, dentre outros motivos, por uma artimanha dificilmente accidental de Bork, que sempre se referiu ao modelo de *bem-estar agregado* como um modelo de *bem-estar do consumidor*³³². De fato, o apelo ao termo “consumidor” tornava a teoria muito mais palatável e defensável³³³. Afinal, quem seria contra o bem-estar dos consumidores³³⁴?

Entretanto, claramente há uma grande diferença entre a simples propagação do modelo e o seu desenvolvimento.

Ao se ligar a Escola de Chicago ao modelo de bem-estar agregado, pode-se imaginar que a Escola de Harvard, comumente tratada em oposição à Escola de Chicago em diversos tópicos da teoria antitruste, refutava o referido modelo. Essa possível impressão, no entanto, é atacada por alguns autores, como se verá nos próximos parágrafos.

Baseada na teoria do oligopólio de Augustin Cournot³³⁵, a Escola de Harvard é largamente reconhecida pela propagação de uma teoria antitruste muito preocupada com as

³³¹ Cf. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978; Bork, “Antitrust in Dubious Battle”; Bork, “The Goals of Antitrust Policy”; Bork, “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”; Bork e Bowman Jr., “The Crisis in Antitrust”.

³³² “[T]he ambiguity arose as a result of Bork’s use of the term “consumer welfare” when he meant total welfare.” ([A]mbiguidade surgiu como resultado da utilização, por Bork, do termo ‘bem-estar do consumidor’ quando ele queria dizer ‘bem-estar agregado’.) Cf. Roger D. Blair e D. Daniel Sokol, “The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach”, *Antitrust Law Journal* 78, nº 2 (2012): 473. No mesmo sentido, ver Areeda e Hovenkamp, *Antitrust Law*, 2013, I:149; Brodley, “The Economic Goals of Antitrust”, 1032–33; Foer, “The Goals of Antitrust”, 568; Eleanor M. Fox, “The Battle for the Soul of Antitrust”, *California Law Review* 75, nº 3 (1987): 918–19; Herbert Hovenkamp, “Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust”, *SSRN Electronic Journal*, agosto de 2011, 7–8; Maurice E. Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, *Boston College Law Review* 53 (2012): 571–73.

³³³ Ver nota 163.

³³⁴ Cf. Robert H. Lande, “Chicago’s False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust”, *Antitrust Law Journal* 58, nº 3 (1989): 638.

³³⁵ Cf. A. Augustin Cournot, *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*, trad. Nathaniel T. Bacon (London: The Macmillan Company, 1897). “Harvard School structuralism developed out of a strong commitment to Cournot oligopoly theory. A French economist of the mid-nineteenth century, Augustin Cournot’s principal contribution to economics, which formed the basis of both neoclassical industrial organization theory as well as modern game theory, was the idea that each firm in a market maximizes its own profits by accepting the output of all other firms as given and computing its profit-maximizing price based on that assumption. The orthodox Cournot theory is mathematically elegant but it is also perfectly “structural” in the sense that its conclusions about market performance are a strict function of such factors as the number of firms in the market, their relative costs or size differentials, and the degree of product differentiation. [...] The result of the Harvard School’s strong commitment to Cournot theory was that it was much more concerned

estruturas de mercado. Mercados concentrados, por si só, eram vistos como problemáticos por autores alinhados à Escola de Harvard, pois seriam tendentes à prática de atos anticompetitivos.

Esse entendimento harvardiano era baseado em um paradigma que se convencionou chamar de “estrutura-conduta-desempenho” (E-C-D), o qual foi desenvolvido especialmente por Joe S. Bain³³⁶. Para os autores de Harvard, a *estrutura* do mercado era determinante para a *conduta* dos agentes daquele mercado, a qual, por sua vez, implicava no *desempenho* econômico³³⁷.

Portanto, seria possível remover a própria *conduta* dessa equação, de modo que a *estrutura*, por implicar na *conduta*, poderia ser entendida como igualmente determinante do

with structural manifestations of oligopoly, such as fewness of firms or product differentiation, and tended to see structure as problematic at lower concentration levels than the Chicago School did. Harvard School merger policy was historically more aggressive, condemning mergers on lower market shares and in less concentrated markets.” (“O estruturalismo da Escola de Harvard se desenvolveu a partir de um forte compromisso com a teoria do oligopólio de Cournot. A principal contribuição de Augustin Cournot, um economista francês de meados do século XIX, para a economia, a qual constituiu a base tanto da teoria da organização industrial neoclássica quanto da moderna teoria dos jogos, foi a ideia de que cada empresa em um mercado maximiza seus próprios lucros aceitando produção de todas as outras empresas como dada e computando seu preço de maximização de lucro com base nessa assunção. A teoria ortodoxa de Cournot é matematicamente elegante, mas é também perfeitamente “estrutural” no sentido de que suas conclusões sobre o desempenho do mercado são uma função estrita de fatores como o número de empresas no mercado, seus custos relativos ou diferenciais de tamanho, e o grau de diferenciação de produto. [...] O resultado do forte compromisso da Escola de Harvard com a teoria de Cournot foi que ela estava muito mais preocupada com manifestações estruturais de oligopólio, como a escassez de empresas ou diferenciação de produto, e tendia a ver a estrutura como problemática em níveis de concentração mais baixos do que a Escola de Chicago via. O controle de concentrações da Escola de Harvard foi historicamente mais agressivo, condenando concentrações de pequenas participações e em mercados menos concentrados.”) Cf. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 35–36.

³³⁶ Cf. Joe S. Bain, *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries* (Cambridge: Harvard University Press, 1956); Joe S. Bain, *Industrial Organization*, 2ª (New York: Wiley, 1968); Joe S. Bain, “Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936–1940”, *The Quarterly Journal of Economics* 65, nº 3 (agosto de 1951): 293–324; Leonard W. Weiss, “The Structure-Conduct-Performance Paradigm and Antitrust”, *University of Pennsylvania Law Review* 127, nº 4 (1979): 1104–23. No entanto, Hovenkamp ressalta que o relacionamento entre estrutura e conduta era ainda mais antigo na literatura. Cf. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 42; Herbert Hovenkamp, *Enterprise and American Law, 1836–1937* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991), 296–307; Edward S. Mason, *Economic Concentration and the Monopoly Problem* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1957); Edward Chamberlin, *The Theory of Monopolistic Competition: A Re-Orientation of the Theory of Value*, 8ª (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1962). Ainda sobre os posicionamentos da Escola de Harvard, ver Carl Kaysen e Donald F. Turner, *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1959); Carl Kaysen, *United States v. United Shoe Machinery Corporation An Economic Analysis of an Anti-Trust Case* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1959); Donald F. Turner, “The Validity of Tying Arrangements under the Antitrust Laws”, *Harvard Law Review* 72, nº 1 (1958): 50–75.

³³⁷ Sobre as características gerais e também críticas à Escola de Harvard, ver Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 42–47; Herbert Hovenkamp, “United States Competition Policy in Crisis: 1890–1955”, *Minnesota Law Review* 94 (2009): 346–66.

*desempenho*³³⁸. Então uma estrutura de mercado concentrada e com altas barreiras à entrada levaria a um desempenho econômico fraco³³⁹.

Foi essa teoria, aliás, que dominou boa parte do desenvolvimento antitruste nos Estados Unidos, até que, no final da década de 1970, a Escola de Chicago passou a cada vez ganhar mais força³⁴⁰. Alguns dos mais famosos exemplos de como a Escola de Harvard penetrava até mesmo ao sistema judiciário estadunidense são os casos *Alcoa*³⁴¹ e *Philadelphia National Bank*³⁴².

Assim, tanto a grande fama da Escola de Harvard em se preocupar primordialmente com as estruturas de mercado quanto a forte ligação da Escola de Chicago com o modelo de

³³⁸ Cf. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 36–37. “In the S-C-P theory, conduct analysis became relatively unimportant as an independent basis for understanding anticompetitive threats. A certain structure made certain types of conduct inevitable, so antitrust should be directed mainly toward anticompetitive industry structures. This led to an aggressive merger policy, which placed a premium on preventing markets from becoming too concentrated, and which simply assumed that most of the consequences that flowed from mergers in concentrated markets were anticompetitive.” (“Na teoria E-C-D, a análise de condutas tornou-se relativamente sem importância como uma base independente para entender as ameaças anticoncorrenciais. Uma certa estrutura tornava certos tipos de conduta inevitáveis, de modo que o antitruste deveria ser direcionado principalmente para estruturas industriais anticompetitivas. Isso levou a uma agressiva política de controle de concentrações, que premiava a prevenção de que os mercados se tornassem muito concentrados e que simplesmente supunha que a maioria das consequências advindas de atos de concentração em mercados concentrados era anticoncorrencial.”) Cf. *Ibidem*, 37.

³³⁹ “An important corollary of the S-C-P paradigm was that one could improve performance by regulating structure. Trying to regulate conduct directly is fruitless, because the underlying structure dictates the conduct. But regulating structure directly makes regulation of the conduct unnecessary.” (“Um importante corolário do paradigma E-C-D era que se poderia melhorar o desempenho regulando a estrutura. Tentar regular diretamente a conduta é infrutífero, porque a estrutura subjacente determina a conduta. Mas regular a estrutura diretamente torna a regulação da conduta desnecessária.”) Cf. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 43.

³⁴⁰ É importante ter em mente que, conforme ressalta Hovenkamp, a expressão “Escola de Harvard” é geralmente utilizada para se referir a trabalhos desenvolvidos entre 1930 e 1960. A abordagem de Harvard característica das últimas quatro décadas mudou bastante, especialmente após o contato com a Escola de Chicago. É possível falar em uma “Nova Escola de Harvard”, e isso é bem simbolizado pela mudança de posicionamento de Donald F. Turner. Seus trabalhos anteriores ao famoso tratado chamado *Antitrust Law: an analysis of antitrust principles and their application*, que começou a publicar ao final de década de 1970 em conjunto com Phillip E. Areeda, apresentavam uma teoria muito mais próxima do que se refere como a Escola de Harvard do que ele apresentou no tratado em si. Aliás, o referido tratado, que é citado em diversas oportunidades ao longo deste trabalho, é a base dessa Nova Escola de Harvard. Os seus primeiros 5 volumes foram escritos em conjunto por Turner e Areeda, sendo Turner posteriormente substituído por Hovenkamp. Areeda trabalhou no tratado até o seu volume 10, e Hovenkamp trabalha até hoje na sua reedição e ampliação, tendo o tratado já atingido 20 volumes, além de um volume suplementar aditado anualmente. A Escola de Chicago, diferentemente, não se baseia em um tratado único, mas especialmente em artigos publicados em revistas acadêmicas, bem como em algumas obras emblemáticas de alguns de seus expoentes, como Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978; Richard A. Posner, *Antitrust Law: An Economic Perspective* (Chicago: University of Chicago Press, 1976). Cf. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 37.

³⁴¹ *United States v. Aluminum Co. of America*, 377 U.S. 271 (1964).

³⁴² Ver nota 100.

bem-estar agregado acabam por esconder que tal modelo possivelmente foi introduzido ao antitruste por economistas de Harvard, e não de Chicago³⁴³.

De todo modo, independente da identificação dos responsáveis pelo seu desenvolvimento, fato é que o modelo de bem-estar agregado é defendido até hoje por parte da literatura como o mecanismo ideal para a perseguição do objetivo do antitruste³⁴⁴.

Como se sabe, a mais clara maneira de se entender esse modelo é olhar para a ilustração do *trade-off* de Oliver Williamson³⁴⁵, conforme já se demonstrou no subtópico 2.1.2.3, por meio do Gráfico 2.

Em síntese, é simples observar que o modelo é baseado no balanceamento entre a *eficiência produtiva*³⁴⁶ (área A₂ do Gráfico 2) e a *ineficiência alocativa*³⁴⁷ (área A₁ do

³⁴³ “[B]efore there was a recognized Chicago School of antitrust analysis, the so-called Harvard School was generating doctrinal prescriptions premised upon a normative total welfare account of section 2 of the Sherman Act. These prescriptions influenced the seminal United Shoe decision and, ironically, presaged the Chicago School’s own commitment to a total welfare standard. Support for the total welfare standard is more widespread and deeply rooted than generally supposed.” (“Antes que houvesse uma reconhecida Escola de Chicago de análise antitruste, a chamada Escola de Harvard estava gerando prescrições doutrinárias baseadas em uma medida normativa de bem-estar agregado do Art. 2 do *Sherman Act*. Essas prescrições influenciaram a seminal decisão do caso *United Shoe* e, ironicamente, pressagiaram o compromisso da Escola de Chicago com um padrão de bem-estar agregado. O apoio ao padrão bem-estar agregado é mais difundido e profundamente enraizado do que geralmente se supõe.”) Cf. Alan J. Meese, “Debunking the Purchaser Welfare Account of Section 2 of the Sherman Act: How Harvard Brought Us a Total Welfare Standard and Why We Should Keep It”, *New York University Law Review* 85, nº 3 (junho de 2010): 702. Para toda a argumentação do autor nesse sentido, ver *Ibidem*, 690–702. “[T]he economic analysis from the dominant Harvard and Chicago Schools of antitrust is consistently concerned with general welfare, although the schools may entertain different assumptions about the robustness of markets and the merits of intervention. Harvard School antitrust economists began to look at total welfare consequences at least as early as the 1930s. The Chicago School has also consistently followed a total welfare approach, focusing on the extent to which an assortment of practices are likely to impose net welfare losses.” (“[A] análise econômica das escolas dominantes de antitruste de Harvard e Chicago está consistentemente preocupada com o bem-estar agregado, embora as escolas possam considerar diferentes pressupostos sobre a robustez dos mercados e os méritos da intervenção. Os economistas antitruste da Escola de Harvard começaram a olhar para as consequências do bem-estar agregado pelo menos já na década de 1930. A Escola de Chicago também tem seguido consistentemente uma abordagem de bem-estar agregado, concentrando-se na extensão em que uma variedade de práticas tende a impor perdas líquidas de bem-estar.”) Cf. Areeda e Hovenkamp, *Antitrust Law*, 2013, I:151.

³⁴⁴ Ver, por exemplo, Meese, “Debunking the Purchaser Welfare Account of Section 2 of the Sherman Act”; Dennis W. Carlton, “Does Antitrust Need to Be Modernized?”, *The Journal of Economic Perspectives* 21, nº 3 (2007): 156–59; Joseph Farrell e Michael L. Katz, “The Economics of Welfare Standards in Antitrust”, *Competition Policy International* 2, nº 2 (2006): 3–28.

³⁴⁵ Cf. Williamson, “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”; Williamson, “Economies as an Antitrust Defense Revisited”.

³⁴⁶ O conceito de eficiência produtiva refere-se à produção ao menor custo possível. Os agentes de mercado podem perseguir a eficiência produtiva, por exemplo, por meio da construção de fábricas que necessitem de menos insumos para gerar a mesma quantidade de produtos, do desenvolvimento de processos mais econômicos e da utilização de empregados de maneira mais efetiva. Cf. Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy*, 74–75. Sob essa perspectiva, um ato de concentração que leve à diminuição do número de empregados, sem que isso afete a quantidade produzida ou aumente os custos de produção com outros recursos, pode ser entendido como gerador de eficiência produtiva.

³⁴⁷ O conceito de eficiência alocativa é mais teórico e controverso do que o de eficiência produtiva. Ele está ligado ao bem-estar da sociedade, e não isoladamente ao bem-estar dos consumidores ou dos produtores.

Gráfico 2) decorrentes de determinada prática. Em um ato de concentração, por exemplo, se a ineficiência alocativa gerada é menor que a eficiência produtiva também dele decorrente, então a referida operação é entendida, de maneira agregada, como benéfica para a sociedade.

Isso seria verdade independentemente de o produtor, que experimenta diretamente o aumento da eficiência produtiva, por meio da sua redução de custos, repassar os benefícios alcançados aos consumidores. Ou seja, mesmo que os consumidores sejam prejudicados em virtude da redução da produção e do aumento de preços, se as eficiências produtivas alcançadas pela operação forem superiores à ineficiência alocativa, então a ela não se devem criar óbices, pois benéfica à sociedade de maneira geral.

Nessa situação, o peso-morto gerado, ou, em outras palavras, a má alocação de recursos decorrente da redução da produção – uma vez que parte dos consumidores são levados a alocar seus recursos em outros produtos que não aquele que inicialmente pretendiam consumir –, é quantitativamente inferior à redução de custos de produção experimentada.

Para os seus defensores, a utilização repetida do modelo de bem-estar agregado para perseguição do objetivo do antitruste poderia levar a alocações de recursos próximas às originadas por um critério Pareto-superior³⁴⁸, uma vez que todos seriam beneficiados e

Basicamente, a questão enfrentada pelo conceito é a seguinte: considerando um dado número de recursos e insumos, qual seria a melhor maneira (economicamente mensurável) de usá-los e direcioná-los em benefício da sociedade? O modelo mais famoso que procura responder a essa questão é aquele apresentado por Vilfredo Pareto no começo do século XX. Segundo ele, um certo direcionamento de recursos é considerado o mais eficiente (“Ótimo de Pareto”) se nenhum direcionamento alternativo melhorar a situação de pelo menos uma pessoa sem, ao mesmo tempo, deixar pelo menos uma outra pessoa em pior situação. Assim, qualquer alteração que se tome em relação a um estado de coisas pode ser considerada “Pareto-superior” se levar à melhoria da situação de uma pessoa e, ao mesmo tempo, não prejudicar ninguém. Como se pode perceber, trata-se de um conceito extremamente rígido, ao qual quase nenhuma medida consegue atender. A maioria das alterações de políticas econômicas, sociais ou até mesmo legais prejudicam pelo menos uma pessoa. A proibição da prática de cartéis, por exemplo, prejudica aqueles que formam os cartéis. O mesmo em relação à proibição do roubo, que prejudica os ladrões. Em virtude disso, dentro do antitruste, geralmente se usa uma adaptação do modelo de Pareto, segundo a qual uma alteração é considerada eficiente se os beneficiados pela medida tenham a sua situação melhorada a ponto de hipoteticamente compensarem integralmente os prejudicados. Ou seja, se os ganhos superarem as perdas. Essa adaptação é chamada de “Pareto Potencial” ou “Eficiência de Kaldor-Hicks”, em referência aos seus idealizadores. Mas deve se ter em mente que, segundo esse modelo, não é preciso que os prejudicados sejam efetivamente compensados, apenas que os ganhos sejam realmente maiores que as perdas a ponto de a compensação efetiva ser possível. É, portanto, o modelo de Pareto Potencial ou Eficiência de Kaldor-Hicks que permeia a análise antitruste baseada no que se chama de “bem-estar agregado” ou, na versão equivocada de Bork, de “bem-estar do consumidor”. Cf. Ibidem, 75–77; Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 962–63; Vilfredo Pareto, *Manuel D’économie Politique*, trad. Alfred Bonnet (Paris: V. Giard & E. Brière, 1909); Nicholas Kaldor, “Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility”, *The Economic Journal* 49, n° 195 (1939): 549; John R. Hicks, “The Foundations of Welfare Economics”, *The Economic Journal* 49, n° 196 (1939): 696.

³⁴⁸ Ver nota 347 sobre o conceito.

prejudicados em situações diversas³⁴⁹ e que muitos consumidores também são, além de consumidores, acionistas das empresas eventualmente beneficiadas³⁵⁰.

Além disso, defende-se que a economia de custos resultante da eficiência produtiva também beneficiaria os consumidores, mesmo caso decorra um aumento de preços em virtude do aumento do poder de mercado. Isso porque os recursos economizados seriam naturalmente redirecionados à produção de outros itens em outros mercados também valorizados pelos consumidores³⁵¹.

Todavia, como se viu no subtópico 2.2.1 acima, embora conceito de eficiência produtiva já existisse à época do *Sherman Act*, o conceito de eficiência alocativa estava, na melhor das situações, ainda em vias de ser descoberto, de modo que os legisladores não teriam como conhecê-lo. Assim, não daria para construir um conceito de bem-estar agregado àquela época, uma vez que ele é dependente da quantificação da (in)eficiência alocativa.

Mas uma análise do modelo de bem-estar agregado deve ir além dessa crítica baseada na história legislativa. Conforme já mencionado, a definição do objetivo mais adequado ao antitruste não depende necessariamente da fidelidade absoluta aos objetivos dos legisladores originários. Sob essa perspectiva, pouco importa se o conceito de eficiência alocativa era ou não de conhecimento dos legisladores.

Nesse sentido, o que falta analisar são os problemas desse modelo que vão além da questão da vontade do legislador, já que é possível interpretar que ela não seria tão relevante assim. Até porque não se pode esquecer que toda a discussão desenvolvida ao longo deste capítulo 2 do trabalho desembocará, mais adiante, em outra jurisdição, baseada em outra história legislativa. No Brasil, o legislador originário e o contexto de desenvolvimento da legislação antitruste não obrigatoriamente guardam relação com as preocupações dos legisladores estadunidenses.

³⁴⁹ Cf. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 964; Richard A. Posner, “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”, *Hofstra Law Review* 8, n° 3 (1980): 495.

³⁵⁰ Cf. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 964; Kai Hüschelrath e Jürgen Weigand, “A Framework to Enforce Anti-Predation Rules”, *ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Papers*, 2009, 5, <http://www.ssrn.com/abstract=1547088>.

³⁵¹ Cf. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 964; Blair e Sokol, “The Rule of Reason and the Goals of Antitrust”, 490.

A utilização do modelo de *trade-off* de Williamson é geralmente criticada por diversos motivos, alguns dos quais serão destacados a seguir³⁵².

Em primeiro lugar, o modelo presume um mercado de concorrência perfeita anteriormente à operação e monopolizado após a operação. Essa combinação de presunções é extremamente improvável de ser verificada na realidade. Na grande parte dos casos nos quais atos de concentração tendem a gerar aumento de poder de mercado, o mercado já apresenta altas margens comerciais previamente à operação. Ou seja, o custo médio antes da operação (CM_1) não é igual ao preço (P_1), como presumido no modelo de Williamson, mas inferior a ele ($CM_1 < P_1$).³⁵³

Essas presunções levam à minimização dos prejuízos causados aos consumidores, porque quem deixa de adquirir o produto ou serviço são consumidores marginais que, justamente por serem marginais, pouco valorizam o produto ou serviço. Nesse sentido, se as margens comerciais fossem consideradas mais relevantes antes da operação – ou seja, se o custo médio não fosse igual ao preço –, os prejuízos aos consumidores decorrentes da operação seriam maiores e os ganhos experimentados pelos produtores seriam menores. Isso porque as quantidades produzidas tanto antes quanto depois da operação seriam reduzidas em relação àquelas adotadas no modelo de Williamson, como consequência das maiores margens comerciais. De forma mais objetiva, Q_1 e Q_2 seriam menores. Isso pode ser mais facilmente visualizado pelo Gráfico 3 abaixo.³⁵⁴

³⁵² As críticas aqui expostas foram ressaltadas por serem as mais recorrentes na literatura antitruste. Para críticas externas, por exemplo a partir de teóricos dos Estudos Críticos do Direito, ver Duncan Kennedy, “Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique”, *Stanford Law Review* 33, nº 3 (1981): 387–445; Dina I. Waked, “Development Studies through the Lens of Critical Law and Economics: Efficiency and Redistribution Revisited in Market Structure Analyses in the South”, *Transnational Legal Theory* 5, nº 4 (2014): 652–56.

³⁵³ Cf. Herbert Hovenkamp, “Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled?”, *University of Pennsylvania Law and Economics Research Paper Series* 18–15 (junho de 2018): 6–7.

³⁵⁴ Cf. *Ibidem*, 6.

Gráfico 3 – Trade-off de Oliver Williamson na Ausência de Concorrência Perfeita

Fonte: elaboração própria baseada em *Herbert Hovenkamp, "Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?", University of Pennsylvania Law and Economics Research Paper Series 18-15 (junho de 2018): n. 11.*

A_1 = peso-morto

A_2 = redução de custos

A_3 = perda por redução da produção

CM_1 = custo médio pré-concentração

CM_2 = custo médio pós-concentração

D = curva da demanda

P_1 = preço pré-concentração

P_2 = preço pós-concentração

Q_1 = quantidade de produção pré-concentração

Q_2 = quantidade de produção pós-concentração

No Gráfico 3, diferentemente do modelo de Williamson, a quantidade produzida é retirada de consumidores que valorizam mais o produto ou serviço, uma vez que já pagavam um preço (P_1) acima do custo médio (CM_1). Como o mercado não estava em concorrência perfeita antes da operação, a quantidade produzida inicial (Q_1) corresponde a um preço (P_1) já superior ao custo médio de produção (CM_1). Em decorrência disso, a redução da quantidade produzida de Q_1 , anteriormente à operação, para Q_2 , após a operação, faz surgir a área A_3 , que representa perda de lucro dos produtores. Ou seja, nesse caso, além da geração do peso-morto identificado pela área A_1 , também é identificado um novo prejuízo refletido pela área A_3 , também relevante.³⁵⁵

Ademais, a operação, assim como no modelo de Williamson, continua gerando eficiência produtiva, ao reduzir custo médio de produção de CM_1 para CM_2 , o que beneficia diretamente o produtor e é expresso pela área A_2 do Gráfico 3. No entanto, em razão de a quantidade produzida ser inferior àquela pressuposta no modelo de Williamson, a eficiência

³⁵⁵ Cf. *Ibidem*, n. 11.

produtiva resultante da operação também se torna menos relevante, o que pode ser observado pela menor largura da área A_2 . Em outras palavras, a eficiência produtiva gerada é efetivada em uma menor quantidade de itens produzidos (Q_2) do que no modelo original de Williamson.³⁵⁶

Diante desse novo cenário mais realista, não fica mais tão claro que os ganhos de eficiência representados pela área A_2 superam as perdas gerais. Isso porque, dentro das perdas, além do peso-morto representado pela área A_1 , agora também se soma a perda de lucro do produtor refletido pela área A_3 . Ou seja, para que a operação analisada possa gerar um efeito positivo sobre o bem-estar agregado, A_2 precisaria ser maior que a soma de A_1 e A_3 ($A_2 > A_1 + A_3$). Em geral, quanto maiores as margens comerciais (diferença entre P_1 e CM_1) antes da transação, tanto maior será a quantidade de eficiência produtiva (A_2) necessária para compensar as perdas ($A_1 + A_3$).³⁵⁷

Em segundo lugar, a eficiência produtiva identificada no modelo de Williamson pela área A_2 aparece somente quando a quantidade produzida se torna inferior àquela que prevalecia antes da transação (por isso, a variação de Q_1 , antes da operação, para Q_2 , após a operação). No entanto, talvez a maior fonte de geração de eficiência produtiva em atos de concentração seja o ganho de escala³⁵⁸, que é alcançado quando a quantidade produzida cresce, e não quando ela diminui.³⁵⁹

O terceiro problema seria o fato de que o modelo de Williamson presume que a operação geraria um monopólio, com uma única empresa dominando toda a produção. Em muitos casos, no entanto, isso não acontece. Muitas vezes, o maior problema gerado está na facilitação da possibilidade de colusão, propiciada pela formação de uma empresa dominante decorrente da operação.

Os concorrentes da empresa resultante da operação, como resposta ao seu eventual aumento de preços e redução da quantidade produzida, também se veriam incentivados a adotar tais medidas. Assim, esses competidores também aumentariam seus preços e reduziriam sua produção. A consequência natural é que, muito embora a eficiência produtiva

³⁵⁶ Cf. Ibidem.

³⁵⁷ Cf. Ibidem.

³⁵⁸ Economias de escala consistem na redução dos custos médios de produção. Elas são derivadas da expansão da quantidade produzida desacompanhada de um aumento proporcional dos custos de produção. Quanto mais se produz, menos se gasta, em média, por unidade.

³⁵⁹ Cf. Hovenkamp, "Is Antitrust's Consumer Welfare Principle Imperiled?", 6.

(A₂) seja experimentada apenas pelo agente de mercado oriundo da operação, os aumentos de preços são repercutidos em todo o mercado.³⁶⁰

Uma outra crítica que se faz ao modelo tenta combater uma ideia defendida por alguns membros da Escola de Chicago, que afirmam que a eficiência produtiva representada pela área A₂ beneficiaria os consumidores. Essa afirmação contraria o fato de que o benefício é diretamente experimentado pelos produtores e se baseia na crença de que haveria um repasse automático aos consumidores dos benefícios experimentados, conforme já comentado no subtópico 2.1.2.3 acima³⁶¹. No entanto, alguns vão além dessa crítica para dizer que, na verdade, parte desses benefícios é gasta diretamente pelos próprios produtores para manter e proteger a sua posição dominante³⁶².

Por fim, muito recorrente na literatura é a crítica relacionada à enorme dificuldade da aplicação de um modelo de bem-estar agregado, especialmente em virtude da quantidade de informações demandada. As estimativas requeridas para a aplicação desse modelo são diversas e muito difíceis de serem alcançadas. Ainda considerando a ilustração de Williamson, é preciso saber a extensão das áreas A₁ e A₂ para se calcular o *trade-off*. Para o cálculo da área A₁, é necessário prever tanto o tamanho do aumento de preços ($P_2 - P_1$) quanto da redução da quantidade produzida ($Q_2 - Q_1$). Além disso, considerando que a demanda não é representada por uma reta, mas por uma curva, a área A₁ não forma um triângulo, de modo que o cálculo se torna ainda mais complexo. Para o cálculo da área A₂, é necessário prever tanto o tamanho da redução de custos ($CM_2 - CM_1$) quanto a quantidade

³⁶⁰ Cf. Ibidem, 8.

³⁶¹ Ver nota 161.

³⁶² “Consumers might, of course, receive some of these benefits indirectly, or in the long run, but it is also possible that part or all of these benefits will be wasted by the monopolist in an effort to obtain or protect its monopoly. The direct effect of the merger, however, is to give the cost savings, shown as A₂, to the monopolist as part of its monopoly profits.” (“Os consumidores podem, é claro, receber alguns desses benefícios indiretamente, ou a longo prazo, mas também é possível que parte ou todos esses benefícios sejam desperdiçados pelo monopolista em um esforço para obter ou proteger seu monopólio. O efeito direto do ato de concentração, no entanto, é dar a economia de custos, mostrada como A₂, ao monopolista, como parte de seus lucros de monopólio.”) Cf. Lande, “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust”, 144. “The expected profits of the merger [...] will generate an equivalent amount of costs as the firms vie to make such mergers or, after they are made, to engross the profits generated by the higher postmerger price through service competition or whatever.” (“Os lucros esperados do ato de concentração [...] gerarão uma quantia equivalente de custos, uma vez que as empresas rivalizam para realizar esses atos de concentração ou, depois de realizados, para absorver os lucros gerados pelo preço mais alto pós-operação por meio da concorrência de serviços ou qualquer outra coisa.”) Cf. Richard A. Posner, “The Social Costs of Monopoly and Regulation”, *The Journal of Political Economy* 83, n° 4 (1975): 821.

a ser produzida após a operação (Q_2). Tais exigências afetam grandemente a aplicabilidade do modelo.³⁶³

É principalmente a partir dessas críticas acima apresentadas que muitos passam a defender a aplicação de um modelo de bem-estar do *consumidor*, e não *agregado*. É a ele que o subtópico 2.2.2.2 abaixo se dedica.

2.2.2.2. *Bem-estar do consumidor*

O critério atualmente mais defendido para a perseguição do objetivo do antitruste visa à maximização do bem-estar do consumidor³⁶⁴. É esse o modelo mais recorrente em países desenvolvidos³⁶⁵ e replicado para os países em desenvolvimento³⁶⁶, muito embora,

³⁶³ Cf. Hovenkamp, “Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled?”, 8–9. “[B]ecause monopolies also create allocative inefficiency and affect society’s distribution of wealth, an overall welfare-analysis of the desirability in various instances of permitting firms to obtain or retain monopoly power becomes extremely complex and involves subjective judgments that transcend conventional economic analysis.” (“[C]omo os monopólios também criam ineficiência alocativa e afetam a distribuição da riqueza na sociedade, uma análise geral de bem-estar da disposição em permitir que as empresas obtenham ou mantenham o poder de monopólio se torna extremamente complexa e envolve julgamentos subjetivos que transcendem a análise econômica convencional.”) Cf. Lande, “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust”, 79. Ver também Areeda e Hovenkamp, *Antitrust Law*, 2013, I:153–55.

³⁶⁴ “In mainstream antitrust law, there is only one goal in addition to protecting buyers. When small suppliers are threatened by anticompetitive behavior, Congress wanted to protect them from exploitation as well, so long as this could be accomplished without causing purchasers to pay supracompetitive prices. In both sell-side and buy-side cases, in short, the ultimate goal is the same-competitive prices [...] for all.” (“Na corrente principal do antitruste, há apenas um objetivo, além de proteger os compradores. Quando pequenos fornecedores são ameaçados por comportamentos anticoncorrenciais, o Congresso também queria protegê-los da exploração, desde que isso pudesse ser feito sem que os compradores pagassem preços supracompetitivos. Em ambos os casos, do comprador e do vendedor, em suma, o objetivo final são os mesmos preços competitivos [...] para todos.”) Cf. John B. Kirkwood e Robert H. Lande, “The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency”, *Notre Dame Law Review* 84, nº 1 (2008): 242. “All antitrust lawyers and economists know that the stated instrumental goal of antitrust laws is “consumer welfare,” which is a defined term in economics.” (“Todos os advogados e economistas antitruste sabem que o objetivo instrumental declarado das leis antitruste é o ‘bem-estar do consumidor’, que é um termo definido em economia.”) Cf. Orbach, “The Antitrust Consumer Welfare Paradox”, 133–34.

³⁶⁵ “In recent years, the [U.S.] case law has largely adopted the view that the ultimate goal of the antitrust laws is to protect consumers, not to increase efficiency.” (“Nos últimos anos, a jurisprudência [estadunidense] adotou amplamente a visão de que o objetivo final das leis antitruste é proteger os consumidores, e não aumentar a eficiência.”) Cf. John B. Kirkwood e Robert H. Lande, “The Chicago School’s Foundation Is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency”, in *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, org. Robert Pitofsky (Oxford: Oxford University Press, 2008), 92.

³⁶⁶ Cf. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 952. Por exemplo, em estudo apresentado pela *International Competition Network* em 2007, de 33 países questionados, 30 identificaram a promoção do bem-estar dos consumidores como objetivo de suas regras antitruste relacionadas a condutas unilaterais. Cf. International Competition Network, “Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies” (Moscou, maio de 2007), 9, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/report-on-the-objectives-of-unilateral-conduct-laws/>.

em alguns casos, o que se reporta como um modelo de bem-estar do consumidor não seja propriamente condizente com tal modelo e suas características³⁶⁷.

Como já se viu exemplificado na própria confusão de Bork entre os termos *bem-estar do consumidor* e *bem-estar agregado*, a definição do conteúdo desse modelo nem sempre é clara entre os diversos autores. É isso, aliás, que ressalta Barak Y. Orbach ao identificar o que, em clara referência ao livro de Bork, chama de “o paradoxo do bem-estar do consumidor”³⁶⁸. Segundo ele, “sob todas atuais interpretações da expressão ‘bem-estar do consumidor’, há diversos conjuntos de circunstâncias nas quais a aplicação das leis antitruste pode prejudicar os consumidores e reduzir o bem-estar social total”³⁶⁹.

³⁶⁷ No mesmo relatório da *International Competition Network* de 2007, citado acima na nota 366, afirma-se o seguinte: “[a] maioria dos entrevistados não define especificamente o bem-estar do consumidor e parece ter diferentes entendimentos econômicos do termo. Assim, algumas agências concentram-se no excedente do consumidor a curto prazo, enquanto outras aplicam um conceito de bem-estar a longo prazo que também considera produtividade e inovação.” No original: “[m]ost respondents do not specifically define consumer welfare and appear to have different economic understandings of the term. Thus, some agencies focus on short-term consumer surplus, while others apply a longer-term welfare concept that also accounts for productivity and innovation.” Cf. International Competition Network, “2007 ICN Report”, 9. Um estudo mais recente também da *International Competition Network* mostrou que, em 2011, embora parecesse haver concordância quanto aos principais elementos que definem o conceito de bem-estar do consumidor, as 57 agências antitruste consultadas não concordavam com uma definição formal única de bem-estar do consumidor. Cf. International Competition Network, “Competition Enforcement and Consumer Welfare: Setting the Agenda” (Haia, maio de 2011), 4–8, <http://eulawenforcement.com/wp-content/uploads/2019/01/Competition-Enforcement-and-Consumer-Welfare-Setting-the-Agenda.pdf>. No mesmo sentido, ver Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, 571–73.

³⁶⁸ Cf. Orbach, “The Antitrust Consumer Welfare Paradox”.

³⁶⁹ No original: “under all present interpretations of the term ‘consumer welfare,’ there are several sets of circumstances in which the application of antitrust laws may hurt consumers and reduce total social welfare.” Cf. *Ibidem*, 134. Orbach explica que a utilização do termo “bem-estar” é equivocada do ponto de vista da definição econômica sobre tal conceito, uma vez que a metodologia antitruste que conhecemos hoje é baseada no conceito de *excedente* (*surplus*), e não de *bem-estar*. Por exemplo, em vez de se falar sobre o embate entre os defensores do modelo de “bem-estar agregado” e os defensores do modelo de “bem-estar do consumidor”, seria mais prudente adotar as expressões “excedente total” e “excedente do consumidor”, respectivamente. “The methodology of antitrust law cannot maximize consumer welfare. It may maximize consumer surplus or total surplus. [...] The phrase ‘consumer welfare’ is confusing when the goal is all about surplus.” (“A metodologia da legislação antitruste não pode maximizar o bem-estar do consumidor. Pode maximizar o excedente do consumidor ou o excedente total. [...] A frase ‘bem-estar do consumidor’ é confusa quando o objetivo é inteiramente sobre excedente.”) Cf. *Ibidem*, 164. Além disso, ele dá três exemplos em que a aplicação do modelo antitruste de bem-estar do consumidor leva, na verdade, a perdas de bem-estar, independentemente da interpretação dada ao conceito de “bem-estar do consumidor”: (i) situações em que a redução de preços esperada a partir da aplicação de um modelo de bem-estar do consumidor é prejudicial aos consumidores, pois, consumindo mais, eles estão se autoflagelando, como no caso do mercado de cigarros; (ii) situações em que a redução de preços esperada a partir da aplicação de um modelo de bem-estar do consumidor é indesejada pelos próprios consumidores, pois eles estão dispostos a pagar preços superiores que sejam capazes de lhes garantir status e exclusividade; e (iii) situações em que, em virtude da valorização que é dada pelo modelo de bem-estar do consumidor à inovação, mercados de bens duráveis e de moda, por exemplo, acabam convencendo consumidores a gastarem mais dinheiro e adquirirem “inovações” que, na realidade, são apenas atualizações de estilo de produtos que tais consumidores já tinham e desempenhavam as mesmas funções que o “novo” produto. Cf. *Ibidem*, 151–58.

De todo modo, é possível dizer, basicamente, que o interesse dos consumidores é o mais relevante para o antitruste guiado por esse tipo de modelo³⁷⁰. Mas essa relevância é expressada sob dois principais vieses diferentes³⁷¹. Um extremamente preocupado com a transferência de riquezas dos consumidores para os produtores e as consequências distributivas daí advindas, e outro mais preocupado com a ineficiência alocativa decorrente da redução da quantidade produzida e do aumento de preços nas hipóteses em que há aumento de poder de mercado³⁷². Novamente, isso fica mais fácil de se enxergar olhando para o Gráfico 4 abaixo.

Gráfico 4 – Transferência de recursos e ineficiência alocativa

Fonte: elaboração própria.

A_1 = peso-morto

A_2 = transferência de recursos

CM_1 = custo médio pré-concentração

CM_2 = custo médio pós-concentração

D = curva da demanda

P_1 = preço pré-concentração

P_2 = preço pós-concentração

Q_1 = quantidade de produção pré-concentração

Q_2 = quantidade de produção pós-concentração

O Gráfico 4 ressalta duas áreas diferentes. Uma já abordada nos subtópicos 2.1.2.3 e 2.2.2.1 acima, a área A_1 , que expressa a ineficiência alocativa decorrente de uma

³⁷⁰ “The only articulated goal of antitrust laws is to benefit consumers.” (“O único objetivo articulado das leis antitruste é beneficiar os consumidores.”) Cf. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 2.

³⁷¹ Cf. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 953–56.

³⁷² O resultado aplicativo dos modelos advindos de ambas as formas de argumentação é, em geral, o mesmo. No entanto, o discurso é bastante diferente, como já se pode notar e será aprofundado adiante.

concentração que gera aumento de poder de mercado, também denominada de peso-morto. A novidade é a área A_2 , que identifica uma transferência de recursos dos consumidores para os produtores, também decorrente do acúmulo de poder de mercado.

Como há o aumento dos preços após o ato analisado (de P_1 para P_2), toda a área A_2 representa uma perda do excedente dos consumidores que beneficia diretamente os produtores³⁷³. O excedente dos consumidores, inicialmente, era representado pela área relativamente triangular localizada entre o eixo dos preços (P), a curva da demanda (D) e a reta do preço anterior à operação (P_1). Essa área é reduzida após a operação, passando a ser representada pela área relativamente triangular localizada entre o eixo dos preços (P), a curva da demanda (D) e a reta do preço posterior à operação (P_2).

Para aqueles que defendem que o objetivo do antitruste é a maximização da eficiência e a busca do bem-estar agregado e que, portanto, deve ser aplicado o *trade-off* de Williamson, a área A_2 não tem relevância alguma. Ela não representa nenhum prejuízo para a sociedade em geral, apenas uma movimentação de recursos natural. Portanto, deve ser desconsiderada ao se avaliar qualquer concentração ou conduta com consequências concorrenciais. Nesses termos, como o objetivo do antitruste não é regular a distribuição de recursos na sociedade, então não faria sentido que a análise antitruste levasse em consideração a área A_2 .

Por outro lado, para uma parte dos que defendem que o antitruste deve se preocupar com o bem-estar dos consumidores, a área A_2 representa uma transferência ilegítima de recursos. O maior expoente desse viés dentro dos defensores do modelo de bem-estar do consumidor é Lande. Ele afirma que a preocupação com essa transferência de recursos era grande desde a aprovação do *Sherman Act*, já que alguns congressistas se referiam a ela como “furto”, “roubo” ou “extorsão”³⁷⁴.

³⁷³ Ver nota 160.

³⁷⁴ “Congress’ use of terms like ‘robbery’ to describe monopolistic overcharges is no accident. To illustrate how appropriate the term is, assume that I walked over to Mr. Rule and stole his wallet. Why would this be bad? The Chicagoist answer is that it would be inefficient for me to steal his wallet. I certainly agree that this would be inefficient, but inefficiency is not the reason we prohibit theft. We prohibit theft for a simpler, more fundamental reason. After we define a property right – in this case, after we determine that the wallet belongs to Mr. Rule – we attempt to prevent others from unfairly taking this property. Our goal is to prevent this transfer as an end in itself, not because it causes inefficiency.” (“O uso pelo Congresso de termos como ‘roubo’ para descrever sobrepreço monopolista não é acidental. Para ilustrar o quão apropriado é o termo, suponho que fui até o Sr. Rule e furtei sua carteira. Por que isso seria ruim? A resposta da Escola de Chicago é que seria ineficiente furtar sua carteira. Eu certamente concordo que seria ineficiente, mas a ineficiência não é a razão pela qual proibimos o furto. Proibimos o furto por uma razão mais simples e mais fundamental. Depois de definirmos um direito de propriedade – nesse caso, depois de determinarmos que a carteira pertence ao Sr. Rule –, tentamos evitar que outros tomem injustamente essa propriedade. Nosso objetivo é evitar essa

No entanto, embora continue reconhecendo essa como a preocupação primordial do Congresso estadunidense quando da aprovação das leis antitruste, a teoria de Lande evoluiu³⁷⁵ para a defesa de um novo objetivo para o antitruste, que chamou de “escolha do consumidor” ou “soberania do consumidor”³⁷⁶. Segundo essa nova interpretação, uma prática anticompetitiva, que deve, portanto, receber a atenção da política antitruste, é aquela que distorce ou restringe de maneira desarrazoada opções do consumidor³⁷⁷. Ausente a prática, tais opções estariam disponíveis para os consumidores escolherem de maneira soberana – incluindo opções de preço competitivo, mas não só³⁷⁸.

Esse novo entendimento passou a ser defendido por Lande e também por Neil W. Averitt essencialmente porque, para eles, os modelos fundamentados em eficiência ou preço são difíceis de entender totalmente, não têm uma aplicação transparente e, em um grande

transferência como um fim em si mesmo, não porque causa ineficiência.”) Cf. Lande, “Chicago’s False Foundation”, 636–37.

³⁷⁵ Para uma boa demonstração desse processo de evolução, principalmente por tratar de ambos os objetivos ao longo do texto, ver Robert H. Lande, “A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice”, *Fordham Law Review* 81, n° 5 (2013): 2349–2403.

³⁷⁶ “The essence of consumer sovereignty is the exercise of choice. It is by choosing some goods or some options over others that consumers satisfy their own wants and send their signals to the economy. It is, therefore, critical that the exercise of consumer choice be protected.” (“A essência da soberania do consumidor é o exercício da escolha. É escolhendo alguns bens ou algumas opções dentre outras que consumidores satisfazem seus próprios desejos e enviam seus sinais para a economia. É, portanto, fundamental que o exercício da escolha do consumidor seja protegido.”) Cf. Neil W. Averitt e Robert H. Lande, “Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law”, *Antitrust Law Journal* 65 (1997): 716. “This general consumer choice theory suggests that antitrust and consumer protection laws perform different but complementary tasks. Operating together, these two bodies of law ensure that consumers have the two ingredients needed to exercise effective consumer choice – options, and the ability to choose among them. Antitrust law protects a competitive array of options in the marketplace, undiminished by artificial restrictions, such as price fixing or anticompetitive mergers. Consumer protection law then guards against other market failures by ensuring that consumers are able to make a reasonably free and rational selection from among those options.” (“Essa teoria geral da escolha do consumidor sugere que as leis antitruste e de defesa do consumidor desempenham tarefas diferentes, mas complementares. Operando em conjunto, esses dois corpos de lei garantem que os consumidores tenham os dois ingredientes necessários para exercitar a escolha efetiva do consumidor – as opções e a capacidade de escolher entre elas. As leis antitruste protegem um leque competitivo de opções no mercado, sem restrições artificiais, como fixação de preços ou concentrações anticompetitivas. A lei de defesa do consumidor, em seguida, protege contra outras falhas do mercado, garantindo que os consumidores sejam capazes de fazer uma seleção razoavelmente livre e racional entre essas opções.” Cf. Neil W. Averitt e Robert H. Lande, “Using the ‘Consumer Choice’ Approach to Antitrust Law”, *Antitrust Law Journal* 74, n° 1 (2007): 181.

³⁷⁷ Cf. Averitt e Lande, “Consumer Sovereignty”, 755–56; Robert H. Lande, “Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust”, *University of Pittsburgh Law Review* 62, n° 3 (2001): 525; Averitt e Lande, “Using the ‘Consumer Choice’ Approach to Antitrust Law”, 182.

³⁷⁸ “Competitive prices will then become just one of the choices that are relevant to consumers – the controlling choice and the focus of analysis in the vast majority of cases, to be sure, but conceptually still a subset of choice.” (“Preços competitivos tornar-se-ão então apenas uma das escolhas relevantes para os consumidores – a escolha controladora e o foco da análise na grande maioria dos casos, de fato, mas conceitualmente ainda um subconjunto de escolha.”) Cf. Averitt e Lande, “Using the ‘Consumer Choice’ Approach to Antitrust Law”, 178.

número de casos, são incapazes de lidar com questões de concorrência não baseadas em preço³⁷⁹.

Mesmo com essa evolução, a antiga e a nova interpretação de Lande, embora muito respeitadas, não são as que representam o viés mais recorrente dentro dos defensores do modelo de bem-estar do consumidor. O grupo cuja interpretação tem mais aceitação dentro desse debate, embora não ignore a transferência de riquezas representada pela área A_2 do Gráfico 4, não se esforça para retratá-la como algo tão absurdo como furto, roubo ou extorsão. Tal transferência não é central em sua argumentação, embora os efeitos gerados pela aplicação do modelo sejam os mesmos.

O enfoque dessa parcela dos defensores do modelo de bem-estar do consumidor é dizer apenas que a adoção de tal modelo revela uma preocupação em se manter alta a quantidade produzida e, em consequência, baixos os preços. Pode-se interpretar esse viés, portanto, como também bastante preocupado com a ineficiência alocativa (ou seja, a área A_1 do Gráfico 4), já que ela tende a sumir na medida em que há aumento da quantidade produzida³⁸⁰.

É dentro desse segundo viés que se encontra Hovenkamp, talvez o mais ferrenho e respeitado defensor do modelo de bem-estar do consumidor vivo. Para ele, a maior preocupação deve realmente ser com a produção³⁸¹. Mas ele chega a definir o modelo de uma maneira ainda mais simples: se os consumidores são prejudicados, então a prática em questão é anticompetitiva³⁸².

Sempre quando explica o modelo em seus trabalhos, Hovenkamp utiliza-se da clássica diferença entre as avaliações de um ato de concentração por um modelo de bem-

³⁷⁹ Cf. Ibidem, 175. “The consumer choice approach is fundamentally superior to the price and efficiency paradigms because it asks the right question. It recognizes that consumers do not just want competitive prices – they want options.” (“A abordagem de escolha do consumidor é fundamentalmente superior aos paradigmas de preço e eficiência, porque faz a pergunta certa. Ela reconhece que os consumidores não querem apenas preços competitivos – eles querem opções.”) Cf. Ibidem, 178.

³⁸⁰ Lande, diferentemente desse subgrupo de defensores do modelo de bem-estar do consumidor, afirma que a ineficiência alocativa gerada pelo acúmulo de poder de mercado é muito pequena se comparada à transferência ilegítima de recursos. Além disso, ela seria muito difícil de ser demonstrada e comprovada. Por isso, ele afirma que uma política antitruste focada na prevenção de ineficiência alocativa seria extremamente fraca, de modo que as leis antitruste poderiam simplesmente não funcionar de forma eficaz. Cf. Lande, “A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust”, 2385–91.

³⁸¹ “While we often think of antitrust as troubled by high prices, it is better to think of antitrust’s main concern in terms of restrictions on output.” (“Embora muitas vezes pensemos em antitruste como incomodado com preços altos, é melhor pensar na principal preocupação do antitruste em termos de restrições à produção.”) Cf. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 13.

³⁸² Cf. Hovenkamp, “Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled?”, 4.

estar agregado e por um modelo de bem-estar do consumidor para ilustrar a forma pela qual o segundo beneficia os consumidores³⁸³. Seguindo essa estratégia, deve-se supor, por exemplo, que um ato de concentração em análise gere acúmulo de poder de mercado, aumentando os preços em mil reais. A mesma operação, no entanto, gera economia de custos de produção (eficiência produtiva) de mil e quinhentos reais. Os ganhos dos produtores, portanto, são superiores às perdas dos consumidores. Sob o modelo de bem-estar agregado, essa operação seria aprovada, uma vez que produz ganhos líquidos para a sociedade. Diferentemente, sob o modelo de bem-estar do consumidor, a mesma operação seria bloqueada, pois prejudica os consumidores.

Além de evidenciar a diferença do resultado da análise de cada modelo, essa exemplificação permite perceber de maneira bastante clara o efeito distributivo do modelo de bem-estar do consumidor, em comparação com o modelo de bem-estar agregado. Os consumidores são evidentemente privilegiados na avaliação. Ausente o modelo, os recursos tomariam outro caminho que não os bolsos dos consumidores³⁸⁴. No entanto, essa distribuição não é necessariamente uma redistribuição de riquezas de ricos para pobres. É, sim, uma redistribuição de riquezas essencialmente dos produtores para os consumidores³⁸⁵. Isso porque não é possível presumir de antemão que consumidores são mais pobres que produtores. Tal afirmação dependeria do mercado analisado e, caso feita de maneira genérica, esbarraria na constatação básica de que produtores também são consumidores em outros mercados.

Contudo, já foram abordados neste trabalho diversos estudos que apontaram para possíveis conexões entre a geração de desigualdades econômicas e a baixa eficácia da

³⁸³ Cf. Ibidem; Herbert Hovenkamp, “Antitrust Policy and Inequality of Wealth”, *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, outubro de 2017, 2–3; Herbert Hovenkamp, “Implementing Antitrust’s Welfare Goals”, *Fordham Law Review* 81, nº 5 (2013): 2472; Hovenkamp, “Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust”, 6–7.

³⁸⁴ “The consumer welfare principle must be counted as ‘distributive’ to the extent that it mandates outcomes that shift wealth or resources in favor of consumers even though an alternative outcome would produce greater total wealth.” (“O princípio do bem-estar do consumidor deve ser considerado como ‘distributivo’ na medida em que exige resultados que revertam a riqueza ou os recursos em favor dos consumidores, muito embora um resultado alternativo produzisse maior riqueza total.”) Cf. Hovenkamp, “Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust”, 6.

³⁸⁵ “[The] application of the CW principle redistributes a certain amount of wealth away from producers and toward consumers. However, it does not overtly distribute wealth from wealthy to poor, from employed to unemployed, from capital to labor, or along some other axis that we traditionally associate with redistributive policies.” (“[A] aplicação do princípio de bem-estar do consumidor redistribui uma certa quantidade de riqueza dos produtores e para os consumidores. No entanto, não distribui abertamente riqueza do rico para o pobre, do empregado para o desempregado, do capital para o trabalho, ou ao longo de algum outro eixo que tradicionalmente associamos a políticas redistributivas.”) Cf. Hovenkamp, “Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled?”, 3.

aplicação de determinados modelos antitruste³⁸⁶. A maioria dos estudos foi realizada incluindo dados dos Estados Unidos, onde o antitruste é, hoje, majoritariamente reconhecido como um exemplo de adoção do modelo de bem-estar do consumidor.

A partir desse tipo de verificação, surgem alguns questionamentos sobre as consequências da aplicação até mesmo desse modelo. Seria essa desatenção para efeitos redistributivos verdadeiros (de ricos para pobres) realmente algo a ser ignorado pela política antitruste? É em reação a essa característica que parte das críticas ao modelo de bem-estar do consumidor se desenvolveu e tem ganhado força nos últimos cinco anos. Como não se encontram saídas para essa preocupação redistributiva dentro dos objetivos baseados em eficiência – nem mesmo do modelo de bem-estar do consumidor, já afeito à redistribuição de produtores para consumidores –, outros objetivos passaram a ser defendidos ou, quando já existentes na literatura, revisitados com maior frequência.

Mas antes de falar sobre tais objetivos, o que será feito diretamente no subtópico 2.2.3 e, indiretamente, no subtópico 2.2.4 abaixo, resta abordar o terceiro dos mais recorrentes objetivos baseados em eficiência, aquele fundamentado no progresso tecnológico.

2.2.2.3. *Progresso tecnológico*

O último dos objetivos do antitruste baseados em critérios de eficiência traduz-se na busca pela inovação, pelo progresso tecnológico com o desenvolvimento de novos produtos e processos produtivos que aumentem o bem-estar social³⁸⁷. Geralmente, a expressão utilizada para referir-se a tal objetivo é “eficiência dinâmica”³⁸⁸.

³⁸⁶ Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”; Powell, “The Effect of Reductions in Concentration on Income Distribution”; Ennis e Kim, “Market Power and Wealth Distribution”; Ennis, Gonzaga, e Pike, “Inequality”; Ennis, Gonzaga, e Pike, “The Effects of Market Power on Inequality”.

³⁸⁷ “Innovation efficiency is achieved through the invention, development, and diffusion of new products and production processes that increase social wealth.” (“A eficiência de inovação é alcançada através da invenção, do desenvolvimento e da difusão de novos produtos e processos de produção que aumentam a riqueza social.”) Cf. Brodley, “The Economic Goals of Antitrust”, 1025. “A product innovation can shift the demand curve to the right, while a process innovation can lower the marginal cost curve, resulting in an outward shift of the supply curve.” (“Uma inovação de produto pode movimentar a curva de demanda para a direita, enquanto uma inovação de processo pode abaixar a curva de custo marginal, resultando em um deslocamento para fora da curva de oferta.”) Cf. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 966.

³⁸⁸ “Since it is an undisputed empirical fact that technological progress is the most important determinant for long-term economic growth, there is also a wide-spread consensus that innovation and diffusion of new products and technologies is one of the important results effective competition should bring about. This

Para alguns autores, seria esse, na verdade, o objetivo a ser perseguido pela política antitruste, em oposição àqueles que defendem a aplicação dos objetivos focados na geração de eficiência estática, ou seja, eficiência produtiva ou alocativa³⁸⁹. Tal entendimento liga-se à teoria de Joseph A. Schumpeter, que, ao descrever o processo de destruição criativa, contestou os modelos estáticos de análise, como aqueles baseados no conceito de concorrência perfeita em que se baseiam os modelos até aqui analisados, tentando integrar o processo de inovação à noção de concorrência³⁹⁰.

innovation dimension of competition is often linked to the term ‘dynamic efficiency’.” (“Como é um fato empírico indiscutível que o progresso tecnológico é o determinante mais importante para o crescimento econômico de longo prazo, há também um amplo consenso de que a inovação e difusão de novos produtos e tecnologias é um dos resultados importantes que a concorrência efetiva deve trazer. Essa dimensão de inovação da concorrência está frequentemente ligada ao termo ‘eficiência dinâmica’.) Cf. Wolfgang Kerber, “Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law”, in *Economic Theory and Competition Law* (Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2009), 5, <https://ssrn.com/abstract=1075265>.

³⁸⁹ Como visto, a busca por eficiência produtiva e alocativa é, em maior ou menor grau, presente nos modelos de bem-estar agregado e bem-estar do consumidor.

³⁹⁰ “The essential point to grasp is that in dealing with capitalism we are dealing with an evolutionary process. [...] Capitalism, then, is by nature a form or method of economic change and not only never is but never can be stationary. [...] The fundamental impulse that sets and keeps the capitalist engine in motion comes from the new consumers’ goods, the new methods of production or transportation, the new markets, the new forms of industrial organization that capitalist enterprise creates. [...] [T]here is no point in appraising the performance of that process *ex visu* of a given point of time; we must judge its performance over time, as it unfolds through decades or centuries. [...] Every piece of business strategy acquires its true significance only against the background of that process and within the situation created by it. It must be seen in its role in the perennial gale of creative destruction. [...] Economists are at long last emerging from the stage in which price competition was all they saw. As soon as quality competition and sales effort are admitted into the sacred precincts of theory, the price variable is ousted from its dominant position. However, it is still competition within a rigid pattern of invariant conditions, methods of production and forms of industrial organization in particular, that practically monopolizes attention. But in capitalist reality as distinguished from its textbook picture, it is not that kind of competition which counts but the competition from the new commodity, the new technology, the new source of supply, the new type of organization (the largest-scale unit of control for instance) – competition which commands a decisive cost or quality advantage and which strikes not at the margins of the profits and the outputs of the existing firms but at their foundations and their very lives.” (“O ponto essencial a compreender é que, ao lidar com o capitalismo, estamos lidando com um processo evolucionário. [...] O capitalismo então é, por natureza, uma forma ou método de transformação econômica e não só nunca é, como não pode ser, estacionário. [...] O impulso fundamental que estabelece e mantém o motor capitalista em movimento vem dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados, das novas formas de organização industrial que a empresa capitalista cria. [...] [N]ão faz sentido avaliar o desempenho desse processo sem vê-lo num determinado ponto no tempo; devemos julgar seu desempenho ao longo do tempo, conforme se desdobra por décadas ou séculos. [...] Cada parte da estratégia comercial adquire seu verdadeiro significado apenas no contexto desse processo e dentro da situação criada por ele. Ele deve ser visto em seu papel no perene vendaval de destruição criativa. [...] Os economistas estão finalmente emergindo do estágio em que a concorrência de preços era tudo o que viam. Assim que a concorrência de qualidade e o esforço de vendas são admitidos nos recintos sagrados da teoria, a variável preço é removida de sua posição dominante. No entanto, ainda é a concorrência dentro de um padrão rígido de condições invariantes, métodos de produção e formas de organização industrial em particular, que praticamente monopoliza a atenção. Mas na realidade capitalista, diferentemente de sua figura estampada nos manuais, não é esse tipo de competição que conta, mas a competição da nova mercadoria, da nova tecnologia, da nova fonte de suprimento, do novo tipo de organização (a unidade de controle em enorme escala, por exemplo) – concorrência que impõe uma vantagem decisiva de custo ou de qualidade e que ataca não nas margens de lucro e de produção das empresas existentes, mas nos seus alicerces e na sua própria existência.”) Cf. Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy* (London: Routledge, 1994), 82–84.

Essa defesa da eficiência dinâmica vem sempre atrelada à afirmação de que a inovação e o progresso tecnológico são as maiores fontes de crescimento econômico a longo prazo, de modo que deveriam ser priorizadas pelo antitruste³⁹¹. Assim, as regras concorrenciais deveriam permitir e incentivar a inovação pelos concorrentes.

No entanto, não há uma concordância em relação à estrutura competitiva que mais incentiva as empresas a inovarem³⁹². Alguns economistas defendem estruturas mais concentradas, principalmente em virtude da necessidade de grandes investimentos em pesquisa e desenvolvimento para que a inovação de fato ocorra³⁹³.

³⁹¹ “Innovation efficiency or technological progress is the single most important factor in the growth of real output in the United States and the rest of the industrialized world.” (“A eficiência de inovação ou o progresso tecnológico é o fator mais importante no crescimento da produção real nos Estados Unidos e no resto do mundo industrializado.”) Cf. Brodley, “The Economic Goals of Antitrust”, 1026. Ver também, nesse sentido, Zvi Griliches, “R&D and Productivity: Measurement Issues and Econometric Results”, *Science* 237, nº 4810 (3 de julho de 1987): 31–35; Lester C. Thurow, “A Weakness in Process Technology”, *Science* 238, nº 4834 (18 de dezembro de 1987): 1659–63; Robert M. Solow, “Technical Change and the Aggregate Production Function”, *The Review of Economics and Statistics* 38, nº 3 (agosto de 1957): 312–20.

³⁹² Esse debate ficou conhecido como “Debate Arrow-Schumpeter”, tendo em vista as visões opostas e centrais de Schumpeter e Kenneth J. Arrow. Entretanto, é interessante que tal debate nunca ocorreu na prática, pois Schumpeter morreu antes mesmo de Arrow publicar o seu entendimento contrário. Erik Hovenkamp sintetiza bem o debate: “[o]n one hand, perfect competition creates a very strong incentive to innovate, because its acute competitive pressures ensure that even a small advantage can provide a significant improvement in market position. But firms in a highly competitive market earn meager profits, and would therefore seem to lack the means to innovate effectively. On the other hand, a monopolist has the wealth required to support extensive research and development, but it lacks a strong incentive to do so, for it already dominates the market. [...] Schumpeter focused on how competition erodes the ability to invent by limiting the rents that can be diverted to research and development. Arrow focused on how the absence of competition leaves a monopolist with a diminished incentive to innovate. This led the authors to reach opposite conclusions on the market structure needed to maximize innovative activity, with the former suggesting monopoly and the latter suggesting perfect competition. (“Por um lado, a concorrência perfeita cria um incentivo muito forte para inovar, porque suas pressões competitivas agudas garantem que mesmo uma pequena vantagem possa proporcionar uma melhoria significativa na posição de mercado. Mas as empresas em um mercado altamente competitivo ganham lucros escassos e, portanto, parecem carecer de meios para inovar efetivamente. Por outro lado, um monopolista tem a riqueza necessária para apoiar pesquisa e desenvolvimento extensivos, mas falta um forte incentivo para fazê-lo, pois já domina o mercado. [...] Schumpeter se concentrou em como a concorrência corrói a capacidade de inventar ao limitar as rendas que podem ser direcionadas para pesquisa e desenvolvimento. Arrow se concentrou em como a ausência de concorrência deixa um monopolista com um incentivo reduzido para inovar. Isso levou os autores a chegarem a conclusões opostas sobre a estrutura de mercado necessária para maximizar a atividade inovadora, com o primeiro sugerindo monopólio e o segundo sugerindo concorrência perfeita.”) Cf. Erik Hovenkamp, “Patent Prospect Theory and Competitive Innovation”, *SSRN Electronic Journal*, 2016, 9–11, <https://www.ssrn.com/abstract=2765478>. Ver também Carl Shapiro, “Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull’s Eye?”, in *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, National Bureau of Economic Research Conference Report (Chicago: The University of Chicago Press, 2012), 361–404.

³⁹³ “As soon as we go into details and inquire into the individual items in which progress was most conspicuous, the trail leads not to the doors of those firms that work under conditions of comparatively free competition but precisely to the doors of the large concerns – which, as in the case of agricultural machinery, also account for much of the progress in the competitive sector – and a shocking suspicion dawns upon us that big business may have had more to do with creating that standard of life than with keeping it down.” (“Assim que entramos em detalhes e investigamos os itens individuais em que o progresso foi mais visível, a trilha não leva às portas das empresas que trabalham sob condições de concorrência comparativamente livre, mas precisamente às portas das grandes companhias – que, como no caso do maquinário agrícola, também são responsáveis por grande parte do progresso no setor competitivo – e uma suspeita chocante nos faz perceber que as grandes

Outros, diferentemente, sustentam que estruturas de mercado menos concentradas, em geral, traduzem-se em maior intensidade competitiva, o que, naturalmente, obrigaria os competidores a inovarem para se manterem no mercado³⁹⁴.

Por fim, um entendimento mais recente de economistas contemporâneos, baseado em verificações empíricas, tem indicado para a hipótese do U-invertido, na qual a quantidade total de inovação seria maximizada em algum local mais ou menos intermediário entre a estrutura de mercado monopolista e a concorrência perfeita³⁹⁵. Esse entendimento, como se percebe pelo nome da própria hipótese, é representado pela curva em formato de um U invertido, como no Gráfico 5 abaixo:

empresas podem ter tido mais a ver com a criação daquele padrão de vida do que com a manutenção do patamar.”) Cf. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, 82. Ver também nota 392.

³⁹⁴ “The only ground for arguing that monopoly may create superior incentives to invent is that appropriability may be greater under monopoly than under competition. Whatever differences may exist in this direction must, of course, still be offset against the monopolist's disincentive created by his preinvention monopoly profits.” (“O único fundamento para argumentar que o monopólio pode criar incentivos superiores para a atividade inventiva é que a apropriabilidade pode ser maior sob monopólio do que sob competição. Quaisquer que sejam as diferenças que possam existir nessa direção devem, obviamente, ainda ser compensadas contra o desincentivo do monopolista criado por seus lucros de monopólio antes da invenção.”) Cf. Kenneth J. Arrow, “Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention”, in *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors* (Princeton University Press, 1962), 622. Ver também Mark A. Lemley, “A New Balance between IP and Antitrust”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 13, n° 2 (2007): 237–56; Mark A. Lemley, “Industry-Specific Antitrust Policy for Innovation”, *Columbia Business Law Review* 2011, n° 3 (2011): 637–53.

³⁹⁵ Cf. Philippe Aghion et al., “Competition and Innovation: An Inverted U Relationship”, *The Quarterly Journal of Economics* 120, n° 2 (maio de 2005): 701–28; Patrik G. Tingvall e Andreas Poldahl, “Is There Really an Inverted U-Shaped Relation Between Competition and R&D?”, *Economics of Innovation and New Technology* 15, n° 2 (março de 2006): 101–18; Ronald L. Goettler e Brett R. Gordon, “Does AMD Spur Intel to Innovate More?”, *Journal of Political Economy* 119, n° 6 (dezembro de 2011): 1141–1200; Michael Peneder, “Competition and Innovation: Revisiting the Inverted-U Relationship”, *Journal of Industry, Competition and Trade* 12, n° 1 (março de 2012): 1–5; Hovenkamp, “Patent Prospect Theory and Competitive Innovation”, 11–16.

Gráfico 5 – U-invertido (concorrência e inovação)

Fonte: elaboração própria.

I = Quantidade de inovação

C = Intensidade da concorrência

O = Nível ótimo

A defesa da eficiência dinâmica como objetivo do antitruste, no entanto, também enfrenta críticas. A principal delas é baseada na dificuldade de mensuração³⁹⁶. Isso decorre de duas principais características.

A primeira é que nem sempre um projeto de uma inovação se traduz em uma inovação propriamente dita e efetivamente funcional. Assim, é difícil prever a probabilidade de sucesso de um projeto inovador e, portanto, os seus benefícios, antes que ele seja implementado. Caso um órgão antitruste tenha de decidir sobre aprovar ou não uma concentração justificada por um projeto inovador que, em tese, geraria eficiência dinâmica caso efetivado com a realização da operação, difícil seria precisar qual a chance de tal projeto realmente se traduzir em um progresso tecnológico bem-sucedido. Além disso, mais difícil ainda seria medir se tal projeto, caso realmente efetivado e bem-sucedido, beneficiaria ou prejudicaria a sociedade³⁹⁷.

A segunda característica, talvez ainda mais relevante, é que também é complicado medir a eficiência dinâmica em si. Considerar a quantidade de investimento em pesquisa e

³⁹⁶ Cf. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 968; Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, 583–84; OECD, “Mergers and Dynamic Efficiencies”, Policy Brief, setembro de 2008, <http://www.oecd.org/competition/mergers/41359037.pdf>; Brodley, “The Economic Goals of Antitrust”, 1029.

³⁹⁷ Cf. Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, 583; Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 968.

desenvolvimento como uma medida da quantidade de inovação a ser gerada seria medir o produto a partir do insumo. Nesse caso, considerados os inúmeros eventos possíveis entre o investimento e a efetivação da inovação, talvez essa não seja uma medida propriamente adequada. Por outro lado, considerar diretamente a extensão da inovação efetivamente gerada, medindo a quantidade de propriedade intelectual registrada, também pode ser problemático. Isso porque nem sempre a propriedade intelectual registrada realmente se traduz em uma inovação bem-sucedida e levada à prática, bem como porque nem todos os produtos e processos advindos de esforços inovativos podem ser levados a registro.³⁹⁸

Além disso, a utilização da eficiência dinâmica como objetivo do antitruste, assim como todos os outros modelos baseados em eficiência discutidos ao longo deste subtópico 2.2.2., sofre também com críticas advindas daqueles que defendem modelos de política antitruste que têm como objetivo outros valores. Esses valores alternativos, em geral, não estão ligados à ideia de eficiência. O enfoque neles, muitas vezes, vai até mesmo no caminho contrário à geração de eficiências, sejam elas estáticas ou dinâmicas. Ou seja, o privilégio de tais valores pela política antitruste tende, em alguns casos, a gerar ineficiências. É sobre eles que se discorrerá ao longo do subtópico 2.2.3 abaixo.

2.2.3. Objetivos não-baseados em eficiência

Já se mencionou, no subtópico 2.2. acima, que a gama de objetivos recomendados pela literatura para a política antitruste é imensa³⁹⁹. Em relação aos objetivos baseados em eficiência, já se verificou que são três os principais modelos propagados. À primeira vista, esse número pode parecer, na verdade, uma variedade não tão extensa quanto se havia sugerido.

Entretanto, a diversidade aumenta exponencialmente quando são incluídos na conta os objetivos não-baseados em eficiência, que, em geral, refletem preocupações valorativas. Justamente em virtude de tal característica e da enorme quantidade de valores⁴⁰⁰ que podem

³⁹⁸ Cf. Stucke, “Reconsidering Antitrust’s Goals”, 583–84; Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 968.

³⁹⁹ Ver nota 306.

⁴⁰⁰ Por exemplo, valores políticos: “[i]t is bad history, bad policy, and bad law to exclude certain political values in interpreting the antitrust laws.” (“É má história, má política e mau direito excluir certos valores políticos na interpretação das leis antitruste.”) Cf. Robert Pitofsky, “The Political Content of Antitrust”, *University of Pennsylvania Law Review* 127 (1979): 1051.

ser considerados, é possível encontrar na literatura defesa para os mais diversos objetivos antitruste não-baseados em eficiência.

Tendo tal ampla diversidade em mente, a construção dos subtópicos 2.2.3.1, 2.2.3.2 e 2.2.3.3 foi baseada na abordagem apenas dos objetivos não-baseados em eficiência mais recorrentes na literatura internacional e, portanto, possivelmente os mais importantes para o desenvolvimento da política antitruste de vários países ao longo dos anos.

Ademais, em alguns dos subtópicos, houve agrupamento de objetivos semelhantes, embora não propriamente idênticos. Tal agrupamento decorreu do fato de que os valores abarcados por tais objetivos agrupados são os mesmos ou, pelo menos, bastante próximos e diretamente inter-relacionados. Assim, por exemplo, há autores que defendem a utilização do antitruste para a redução da pobreza, enquanto outros acreditam que o objetivo deve ser a redução das desigualdades econômicas. Embora obviamente não idênticas, não há como negar que tais pautas guardam próxima relação entre si e, muitas vezes, são tratadas de maneira conexa.

Como se verá, o grau de intervenção potencialmente alcançável por meio da aplicação de objetivos antitruste não-baseados em eficiência, em geral, supera bastante o dos objetivos abordados ao longo do subtópico 2.2.2 acima. Aliás, é por isso que o Neo-Brandeisianismo, sobre o que se tratará no subtópico 2.2.4 abaixo, apresenta maior afinidade com as teorias que defendem a perseguição de objetivos não-baseados em eficiência pela política antitruste.

2.2.3.1. *Proteção dos pequenos negócios*

Por óbvio, o primeiro dos objetivos não-baseados em eficiência não poderia deixar de ser a proteção dos pequenos negócios. Esse objetivo já foi abordado ao longo do subtópico 2.2.1, quando se discutiram as intenções do legislador originário do antitruste estadunidense. Lá, demonstrou-se que, atualmente, a leitura da história legislativa mais predominante é justamente aquela que aponta para a proteção do pequeno competidor como o seu objetivo primordial⁴⁰¹. Viu-se que essa visão se torna ainda mais clara quando se olha para legislações

⁴⁰¹ Ver notas 324 e 325.

antitruste posteriores ao *Sherman Act*, inclusive aquelas centradas na estruturação do controle de concentrações⁴⁰².

Além disso, já se viu igualmente que a defesa de tal objetivo ganhou ressonância, principalmente na década de 1960, durante a *Warren Court Era*, em virtude de alguns dos casos mais relevantes e discutidos da história do antitruste nos Estados Unidos⁴⁰³. Dentre eles, destacou-se o caso *Brown Shoe*⁴⁰⁴, no qual se defendeu expressamente que o antitruste deveria ser preocupar com a tutela dos pequenos empresários em face das grandes corporações⁴⁰⁵. Mas o interessante é que essa ideia já tinha sido expressada antes mesmo do caso *Brown Shoe* pelo juiz Learned Hand, no caso *Alcoa*⁴⁰⁶.

Por fim, viu-se que, embora parte da literatura reconheça a proteção dos competidores como o principal objetivo perseguido pelos legisladores originários, tal visão não seria a mais recomendável para a formulação e manutenção da política antitruste, que deveria então fugir das intenções iniciais do Congresso⁴⁰⁷.

As críticas à tutela dos competidores como objetivo central do antitruste são também muito vastas. A mais conhecida delas veio, obviamente, de Bork. Como se demonstrou ao longo dos subtópicos 2.1.2.2 e 2.1.2.3 acima, a aversão de Bork ao caso *Brown Shoe* foi tão grande que ele dedicou um capítulo inteiro de seu mais importante livro exclusivamente para tecer críticas ao caso.

De modo geral, as críticas vão no sentido de notar o conflito entre a proteção dos pequenos concorrentes e outros objetivos do antitruste baseados em eficiência. Por exemplo, rejeitar uma concentração para proteger os concorrentes menores poderia, em tese, levar ao não aproveitamento de eficiências estáticas e dinâmicas potencialmente advindas da

⁴⁰² Ver nota 325.

⁴⁰³ Cf. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 1.

⁴⁰⁴ Ver nota 72 e subtópico 2.1.2.2.

⁴⁰⁵ Ver notas 98 e 127.

⁴⁰⁶ “Throughout the history of these statutes it has been constantly assumed that one of their purposes was to perpetuate and preserve, for its own sake and in spite of possible cost, an organization of industry in small units which can effectively compete with each other.” (“Ao longo da história dessas leis, tem sido constantemente assumido que um de seus propósitos era perpetuar e preservar, para o seu próprio bem e apesar de possível custo, uma organização da indústria em pequenas unidades que podem efetivamente competir umas com as outras.”) Cf. *United States v. Aluminum Co. of America*, 377 U.S. 271 (1964):429. Essa passagem, aliás, foi posteriormente citada na fundamentação da decisão de outro famoso caso também relacionado ao enfoque na proteção dos pequenos concorrentes: *United States v. Von's Grocery Company*, 384 U.S. 270 (1966):174, n. 7.

⁴⁰⁷ Ver nota 326.

transação que, por sua vez, poderiam levar à redução de preços e ao aumento de qualidade aos consumidores.

Contudo, ainda hoje, há quem defenda que a proteção dos pequenos concorrentes deve se manter como o objetivo primordial do antitruste, sendo ele abarcado por diversas legislações de defesa da concorrência internacionais⁴⁰⁸. Na literatura, parte dos autores que insistem na defesa desse objetivo estão ligados ao movimento Neo-Bradeisianista, sobre o qual se tratará de maneira específica no subtópico 2.2.4.

Embora a proteção dos pequenos concorrentes seja reconhecida por parte relevante da literatura como primordialmente buscado pelos legisladores originários, não somente a ela se resumem os objetivos não-baseados em eficiência. A seguir, no subtópico 2.2.3.2 abaixo, serão abordados aqueles objetivos centrados no receio em relação à concentração de poder por grandes conglomerados, seja ele poder econômico ou político.

2.2.3.2. *Dispersão de poder*

A preocupação exclusiva com o acúmulo de poder e suas consequências já está presente no debate sobre os objetivos do antitruste há décadas. Já se chegou até mesmo a afirmar, de maneira categórica, que “a desconfiança em relação ao poder é o único ponto central e comum que, com o tempo, unificou o apoio às leis antitruste.”⁴⁰⁹

⁴⁰⁸ Cf. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 970–71.

⁴⁰⁹ No original: “[d]istrust of power is the one central and common ground that over time has unified support for antitrust statutes. Interests of consumers have been a recurrent concern because consumers.” Cf. Eleanor M. Fox, “The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium”, *Cornell Law Review* 66 (1981): 1153. E ela seguiu para explicar a forma pela qual se dá essa unificação do apoio: “[i]nterests of consumers have been a recurrent concern because consumers have been perceived as victims of the abuse of too much power. Interests of entrepreneurs and small business have been a recurrent concern because independent entrepreneurs have been seen as the heart and lifeblood of American free enterprise, and freedom of economic activity and opportunity has been thought central to the preservation of the American free enterprise system.” (“Os interesses dos consumidores têm sido uma preocupação recorrente, porque os consumidores têm sido vistos como vítimas do abuso de poder excessivo. Interesses de empreendedores e pequenas empresas têm sido uma preocupação recorrente porque os empreendedores independentes têm sido vistos como o coração e a força vital da livre iniciativa estadunidense, e a liberdade de atividade econômica e oportunidade tem sido considerada central para a preservação do sistema estadunidense de livre iniciativa.”) Cf. Ibidem. No mesmo sentido, o historiador Richard Hofstadter: “[w]hat makes it possible to institutionalize antitrust activities [...] is not a consensus among economists as to its utility in enhancing economic efficiency, but a rough consensus in society at large as to its value in curbing the dangers of excessive market power. As in the beginning, it is based on a political and moral judgment rather than the outcome of economic measurement or even distinctively economic criteria.” (“O que possibilita institucionalizar as atividades antitruste [...] não é um consenso entre os economistas quanto à sua utilidade no aumento da eficiência econômica, mas um consenso grosseiro na sociedade em geral quanto ao seu valor em conter os perigos do poder de mercado excessivo. Como no começo, é baseado em um julgamento político e moral, e não no resultado de uma medida econômica

Essa preocupação decorre de dois objetivos, um econômico e outro político. Por isso, fala-se, na verdade, em duas preocupações relacionadas ao acúmulo de poder, as quais, de todo modo, relacionam-se intrinsecamente. Uma delas consiste na preocupação em relação às consequências econômicas do acúmulo de poder. A outra, por sua vez, resume-se à preocupação em relação às consequências políticas do acúmulo de poder.

Do ponto de vista da preocupação econômica, a dispersão tenderia a garantir a flexibilidade necessária para as empresas responderem adequadamente às constantes alterações e evoluções das necessidades dos consumidores⁴¹⁰. Na verdade, como se percebe, tal preocupação confunde-se com o debate sobre qual a estrutura de mercado mais adequada à geração de eficiência dinâmica, o qual já foi detalhado no subtópico 2.2.2.3 acima. Aqui, aparecem, portanto, aqueles que defendem que estruturas mais dispersas tendem à promoção do progresso tecnológico.

Do ponto de vista da preocupação política, a dispersão do poder tenderia a evitar que empresas tenham acesso indevido ao sistema político⁴¹¹, mas não só. E é aqui que as novidades se encontram.

A mais famosa e discutida abordagem sobre a consideração de valores políticos pelo antitruste foi escrita por Robert Pitofsky em 1979⁴¹². Em sua crítica a uma década em que se via no antitruste espaço somente para considerações econômicas, Pitofsky elencou três principais valores políticos que não poderiam ser esquecidos ao se implementar uma política de defesa da concorrência.

Em primeiro lugar, apareceria um receio geral de que a concentração exagerada de poder possa produzir pressões políticas antidemocráticas, que caminhariam no sentido do totalitarismo⁴¹³.

Em seguida, seria notório um desejo de aumentar a liberdade individual e empresarial por meio da redução do alcance no qual a discricionariedade dos poucos detentores de poder acaba por controlar o bem-estar de toda a população. Ou seja, haveria um anseio pela

ou mesmo de critérios distintamente econômicos.”) Cf. Richard Hofstadter, “What Happened to the Antitrust Movement?”, in *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, 1st Harvard University Press paperback edition (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996), 233.

⁴¹⁰ Cf. Fox, “The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium”, n. 72.

⁴¹¹ Cf. Ibidem.

⁴¹² Cf. Pitofsky, “The Political Content of Antitrust”.

⁴¹³ Cf. Ibidem, 1051, 1053–55.

diminuição de poder concentrado em benefício da liberdade individual. A concentração excessiva levaria a barreiras à entrada de novos competidores e práticas tendentes a eliminar os potenciais pequenos concorrentes que almejassem ousar contestar os já grandes detentores de poder econômico. Seria, em síntese, uma proteção da liberdade individual, que seria paradoxalmente ferida em consequência do acúmulo desenfreado de poder econômico.⁴¹⁴

Por último, surgiria uma preocupação em evitar um papel mais intrusivo do estado, em forma de regulação direta, como resposta a um aumento desenfreado do poder econômico concentrado em poucos agentes. O medo seria que, em virtude de um acúmulo muito grande do poder econômico, o estado seria obrigado a intervir também de maneira extrema.⁴¹⁵

Como se sabe, os valores políticos ressaltados por Pitofsky, assim como todos aqueles que, de uma forma ou de outra, se opuseram à aplicação de um antitruste exclusivamente baseado em discussões econômicas, permaneceram carecendo de aplicação nos anos que se seguiram à publicação de seu famoso artigo.

Entretanto, como se perceberá no subtópico 2.2.4 abaixo, ao falecer em 2018, durante o processo de escrita deste trabalho, Pitofsky muito provavelmente ainda teve a oportunidade de presenciar o surgimento de movimentos antitruste extremamente recentes, como o Neo-Brandeisianismo, incorporarem alguns dos valores políticos por ele delineados. Por outro lado, tais movimentos também incorporaram outros valores não-econômicos que, na visão de Pitofsky, deveriam, ao contrário, ser ignorados pelo antitruste⁴¹⁶. É a um deles que o subtópico 2.2.3.3 abaixo se dedicará.

⁴¹⁴ Cf. Ibidem, 1051, 1056–57.

⁴¹⁵ Cf. Ibidem, 1051, 1057–58.

⁴¹⁶ “[T]here is no obvious theme in the legislative history of any of the antitrust laws that Congress’ purpose was to create procedural protection for distributors or, even more farfetched, to achieve income redistribution. Looking beyond legislative history, these non-economic concerns play no useful role because it is not possible to achieve those goals to any significant extent through antitrust interpretation. Inefficient small businesses will suffer losses regardless of how the antitrust laws are interpreted, and the income redistribution that can be achieved through antitrust channels is trivial. Moreover, even if Congress were viewed as truly committed to some or all of those goals, they could be achieved more efficiently and with fewer adverse effects through direct subsidy, taxation, and welfare programs.” (“Não há tema óbvio na história legislativa de qualquer lei antitruste em que o objetivo do Congresso era criar proteção processual para distribuidores ou, ainda mais improvável, obter redistribuição de renda. Olhando para além da história legislativa, essas preocupações não econômicas não desempenham nenhum papel útil, porque não é possível alcançar essas metas de forma significativa através da interpretação antitruste. Pequenas empresas ineficientes sofrerão perdas independentemente de como as leis antitruste sejam interpretadas, e a redistribuição de renda que pode ser obtida por meio de canais antitruste é pouco relevante. Além disso, mesmo se o Congresso fosse visto como realmente comprometido com alguns ou com todos esses objetivos, eles poderiam ser alcançados de forma mais eficiente e com menos efeitos adversos através de subsídios diretos, impostos e programas de bem-estar social.”) Cf. Ibidem, 1059–60.

2.2.3.3. *Justiça, equidade, redução das desigualdades e da pobreza*

Há quem separe os objetivos abarcados neste subtópico em abordagens diversas⁴¹⁷, o que faz sentido, uma vez que é possível ressaltar suas diferenças. Mas também faz sentido tratá-los de maneira conjunta, já que a sua interação é, em geral, muito evidente e, em alguma medida, está presente na mesma literatura.

Em pronta resposta ao artigo de Pitofsky comentado no subtópico 2.2.3.2 acima, Louis B. Schwartz, sustentou, diferentemente, que não via os objetivos não-econômicos apenas como “desempataadores” no caso de impossibilidade de solução dos casos com base exclusivamente em objetivos econômicos⁴¹⁸. Para ele, o poder dado aos valores deveria ser ainda maior do que aquele atribuído por Pitofsky, o qual teria cedido ao dogma de que a legislação antitruste protege a concorrência, e não os concorrentes⁴¹⁹. Nesse sentido, o antitruste deveria abarcar não somente valores políticos, mas principalmente a noção de “justiça, no sentido do tratamento justo e igualitário de pessoas em situações semelhantes”⁴²⁰.

Anos depois, quem parece ter aprofundado esse entendimento de Schwartz foi Eleanor M. Fox, embora sem se referir diretamente a ele. Ao analisar a legislação antitruste de países em desenvolvimento, como a África do Sul e a Indonésia, ela identificou características intimamente ligadas à ideia de justiça e equidade⁴²¹.

⁴¹⁷ Cf. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 975–79.

⁴¹⁸ Cf. Louis B. Schwartz, “‘Justice’ and Other Non-Economic Goals of Antitrust”, *University of Pennsylvania Law Review* 127 (1979): 1076.

⁴¹⁹ “I would not yield as freely as [Pitofsky] does to the dogma that the antitrust laws protect ‘competition not competitors,’ because the goals of justice and the antitrust laws sometimes demand protection of competitors. [...] The dogma that ‘antitrust laws protect competition not competitors’ overstates the case and ignores considerations of justice. One must amend that declaration by adding at least the following qualification: ‘unless individual competitors must be protected in the interests of preserving competition.’” (“Eu não cederia tão livremente quanto [Pitofsky] ao dogma que as leis antimonopólio protegem a ‘concorrência, e não os concorrentes’, porque os objetivos da justiça e das leis antitruste às vezes exigem proteção dos concorrentes. [...] O dogma de que ‘as leis antimonopólio protegem a concorrência, e não os concorrentes’, é exagerado e ignora considerações de justiça. É necessário alterar essa declaração acrescentando, pelo menos, a seguinte qualificação: ‘a menos que os concorrentes individuais devam ser protegidos no interesse de preservar a concorrência.’”) Cf. *Ibidem*, 1076, 1078.

⁴²⁰ No original: “‘justice,’ in the sense of fair and equal treatment of persons in like situations.” Cf. *Ibidem*, 1078.

⁴²¹ Cf. Eleanor M. Fox, “Equality, Discrimination, and Competition Law: Lessons from and for South Africa and Indonesia”, *Harvard International Law Journal* 41, n° 2 (2000): 579–94.

No caso da África do Sul, como consequência do Apartheid, a minoria branca detinha e controlava todos os empreendimentos de tamanho significativo, alguns deles em mercados que se tornaram muito concentrados⁴²². Havia, e ainda há⁴²³, muita desigualdade de riqueza entre a minoria branca e a maioria negra.

Em face disso, a agenda de reforma econômica do Pós-Apartheid já incluía a elaboração de uma nova legislação antitruste, por meio da qual se buscava, além de promover a concorrência e a eficiência, também garantir, para aqueles que anteriormente não tinham, igualdade de oportunidade de participação na economia⁴²⁴. Em 1992, a ideia do partido de Nelson R. Mandela já era coibir os monopólios e a contínua dominação da economia por uma minoria branca e promover maior eficiência no setor privado⁴²⁵.

Nessa linha, a exposição de motivos da lei antitruste de 1998 inseriu entre os objetivos da política de concorrência o “acesso ao mercado [por pequenos e médias empresas], a diversificação da participação em favor de membros de comunidades historicamente desfavorecidas, bem como a criação de novas oportunidades de trabalho”⁴²⁶.

Esse sentimento foi diretamente refletido em diversas partes da lei antitruste sul-africana de 1998⁴²⁷. Logo no seu Art. 2, itens “e” e “f”, estabeleceu-se que “[o] objetivo desta Lei é promover e manter concorrência na [África do Sul] a fim de [...] garantir que pequenas e médias empresas tenham uma oportunidade equitativa de participar na economia; e provocar uma maior dispersão da propriedade, em particular aumentando a participação societária de pessoas historicamente desfavorecidas.”⁴²⁸ Nesse sentido, o Art. 3, parágrafo 2, item “a” explicava que uma pessoa poderia ser considerada “historicamente desfavorecida” se pertencesse “a uma categoria de indivíduos que, anteriormente à entrada em vigor da

⁴²² Cf. *Ibidem*, 583.

⁴²³ Cf. Statistics South Africa, “Living Conditions of Households in South Africa: An Analysis of Household Expenditure and Income Data Using the LCS 2014/2015” (Pretoria, 27 de janeiro de 2017), 5–6, 14–15.

⁴²⁴ Cf. South African Department of Trade and Industry, “Proposed Guidelines for Competition Policy: A Framework for Competition, Competitiveness, and Development” (1997), parag. 4 (Executive Summary).

⁴²⁵ Cf. African National Congress, *Ready to Govern: ANC Policy Guidelines [Sic] for a Democratic South Africa Adopted at the National Conference 28-31 May 1992* (Johannesburg: Policy Unit of the African National Congress, 1992), 21.

⁴²⁶ No original: “market access of [small- and middle-sized enterprises], diversification of ownership in favour of members of historically disadvantaged communities, and the creation of new employment opportunities.” Cf. Fox, “Equality, Discrimination, and Competition Law”, 584–85.

⁴²⁷ Cf. Republic of South Africa, “Competition Act”, Pub. L. No. 89 (1998).

⁴²⁸ No original: “[t]he purpose of this Act is to promote and maintain competition in [South Africa] in order to [...] ensure that small and medium-sized enterprises have an equitable opportunity to participate in the economy; and to promote a greater spread of ownership, in particular to increase the ownership stakes of historically disadvantaged persons.”

Constituição da República da África do Sul de 1993 [...], era desfavorecida por discriminação injusta baseada em raça.”⁴²⁹

Tais objetivos foram refletidos tanto no controle de condutas quanto no controle de estruturas.

No primeiro caso, nos termos do Art. 10, parágrafo 3, item “b.ii”, a “Comissão da Concorrência”⁴³⁰ podia conceder isenção da aplicação das regras contra condutas anticompetitivas a um acordo ou uma prática que contribuísse para a “promoção da capacidade de as pequenas empresas, ou empresas controladas ou pertencentes a pessoas historicamente desfavorecidas, se tornarem competitivas.”⁴³¹

No segundo caso, nos termos do antigo Art. 16, parágrafo 3, item “b.iii”, quando estivesse decidindo se um ato de concentração poderia ou não ser justificado com base no interesse público, a Comissão da Concorrência ou o “Tribunal da Concorrência”⁴³² deveria considerar o efeito que a operação teria sobre “a capacidade de as pequenas empresas ou empresas controladas ou pertencentes a pessoas historicamente desfavorecidas tornarem-se competitivas.”⁴³³

Na Indonésia, a legislação antitruste foi adotada para atender a uma determinação do Fundo Monetário Internacional, mas também em resposta a um período marcado por nepotismo e corrupção, em que houve concentração de poder econômico em grupos específicos de fortes empresários, formados principalmente por aliados ao governo e também por uma minoria bem-sucedida de etnia chinesa⁴³⁴. Essa concentração teria sido uma

⁴²⁹ No original: “a category of individuals who, before the Constitution of the Republic of South Africa, 1993 [...], came into operation, were disadvantaged by unfair discrimination on the basis of race.”

⁴³⁰ No original: “Competition Commission.”

⁴³¹ No original: “promotion of the ability of small businesses, or firms controlled or owned by historically disadvantaged persons, to become competitive.”

⁴³² No original: “Competition Tribunal.”

⁴³³ No original: “the ability of small businesses or firms controlled or owned by historically disadvantaged persons, to become competitive.”

⁴³⁴ Cf. Fox, “Equality, Discrimination, and Competition Law”, 588–89.

das causas da vulnerabilidade e da falta de competitividade daquele país, conforme se afirmou em espécie de exposição de motivos⁴³⁵ da lei antitruste aprovada em 1999⁴³⁶.

O resultado foi uma lei antitruste inspirada nos princípios filosóficos da Pancasila⁴³⁷, dentre os quais a ideia de justiça social, conforme se depreende de alguns de seus dispositivos⁴³⁸.

Essa preocupação com justiça e equidade ganha mais corpo quando inserida no debate relacionado aos possíveis efeitos da política antitruste sobre a pobreza e as desigualdades econômicas de países em desenvolvimento. Pode-se dizer que, dentro desse debate, a utilização de política antitruste com objetivo de gerar justiça e equidade ganha um grau maior de especificação e detalhamento.

⁴³⁵ “Businessmen close to the elite of power have obtained excessive facilities resulting in the creation of a social gap. The emergence of conglomerates and a group of strong businessmen not supported by the spirit of real entrepreneurship has been one of the factors which have caused the economic resilience to become extremely vulnerable and uncompetitive. In view of the above situation and conditions, there is a need for us to study and reorganize business activities in Indonesia, enabling businesses to grow and develop in a fair and appropriate way, leading to the creation of a fair business competition climate, and to avoid the concentration of economic power around certain individuals or groups, among other things, in the form of monopolistic practices and unfair business competition harmful to society, which are contradictory to the ideals of social justice.” (“Empresários próximos à elite do poder obtiveram facilidades excessivas, resultando na criação de uma lacuna social. O surgimento de conglomerados e de um grupo de homens de negócios fortes, não apoiados pelo espírito do empreendedorismo real, foi um dos fatores que fizeram com que a resiliência econômica se tornasse extremamente vulnerável e pouco competitiva. Tendo em vista a situação e as condições acima, há uma necessidade de estudar e reorganizar as atividades de negócios na Indonésia, permitindo que as empresas cresçam e se desenvolvam de maneira justa e apropriada, levando à criação de um clima justo de concorrência nos negócios, e que evitem a concentração do poder econômico em torno de certos indivíduos ou grupos, entre outras coisas, na forma de práticas monopolistas e concorrência desleal prejudicial à sociedade, que são contraditórias aos ideais de justiça social.”) Cf. Republic of Indonesia, “Elucidation on the Law of the Republic of Indonesia Number 5 Year 1999 concerning the Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition” (1999).

⁴³⁶ Cf. Republic of Indonesia, “Law of the Republic of Indonesia Number 5 Year 1999 Concerning the Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition”, Pub. L. No. 5 (1999).

⁴³⁷ São cinco os pilares da Pancasila, os quais estão refletidos no preâmbulo da Constituição de 1945: (i) crença em um único deus; (ii) humanidade justa e civilizada; (iii) unidade da Indonésia; (iv) democracia guiada pela sabedoria da deliberação entre os representantes; e (v) justiça social para todas as pessoas da Indonésia. Cf. Sjafruddin Prawiranegara, “Pancasila as the Sole Foundation”, *Indonesia*, Southeast Asia Program Publications at Cornell University, 38 (outubro de 1984): 75–78.

⁴³⁸ Nesse sentido, por exemplo, os itens “a” e “b” dos “considerandos” da referida lei antitruste de 1999: “(a) whereas development in the field of economy must be directed towards the achievement of the people’s welfare based on Pancasila and the 1945 Constitution; (b) whereas democracy in the field of economy calls for equal opportunity for every citizen to participate in the process of production and marketing of goods and or services, in a fair, effective and efficient business environment, so as to be able to promote economic growth and the functioning of a reasonable market economy.” (“(a) considerando que o desenvolvimento no domínio da economia deve orientar-se para a consecução do bem-estar das pessoas baseado na Pancasila e na Constituição de 1945; (b) considerando que a democracia no domínio da economia exige igualdade de oportunidades para todos os cidadãos participarem no processo de produção e comercialização de bens e ou serviços, num ambiente empresarial justo, eficaz e eficiente, de modo a conseguir promover crescimento econômico e o funcionamento de uma economia de mercado razoável.”)

O objetivo, embora continue revestido de conceitos mais abertos do que aqueles encontrados nos objetivos baseados em critérios de eficiência, passa a dialogar com as discussões sobre a redução das desigualdades econômicas e da pobreza em países em desenvolvimento. Tal contribuição parece menos abstrata do que aquela direcionada ao atingimento de justiça e equidade.

Novamente, quem bem trabalhou essa ideia foi Fox. Ao propor um caminho diverso para o antitruste aplicado em países em desenvolvimento, ela, inspirada pelo *The Other Path* de Hernando de Soto⁴³⁹, sustentou que a legislação antitruste de países em desenvolvimento deve atender às suas condições e necessidades específicas, as quais se afastariam de políticas neoliberais e se aproximariam do que chamou de “escada da ascensão” ou “escada da mobilidade”⁴⁴⁰.

⁴³⁹ Cf. Hernando de Soto, *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*, 1ª (New York: Harper & Row, 1989). A inspiração de Eleanor Fox no trabalho de Hernando de Soto merece uma crítica. Ela sugere que a teoria de Hernando de Soto é um modelo adequado para promover a mobilidade, pois visualiza uma sociedade que valoriza a mobilidade e que abre as portas para a inclusão dos mais pobres. Desse modo, ela afirma que o antitruste poderia ser um complemento ao *The Other Path*, uma vez que o antitruste tem também aptidão para promover a mobilidade dentro de uma sociedade. Cf. Eleanor M. Fox, “Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 13, nº 2 (2007): 222, 235. Parece um tanto precipitada tal inspiração, principalmente quando se considera que as sugestões de Hernando de Soto, relacionadas à formalização de direitos de propriedade como caminho para o desenvolvimento, têm sido bastante criticadas. Para os efeitos da formalização de direitos de propriedade sobre a formação de capital, ver Hernando de Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (London: Black Swan, 2001), 36–68. Em sentido oposto, para críticas às teorias reduzem o desenvolvimento à formalização de direitos de propriedade, ver Carlos. P. B. Portugal Gouvêa, “Regulação da Propriedade Privada: inovações na política agrária e a redução dos custos de equidade”, in *Regulação e Desenvolvimento: novos temas*, org. Calixto Salomão Filho (São Paulo: Malheiros Editores, 2012), 166–77; David Kennedy, “Some Caution about Property Rights as a Recipe for Economic Development”, *Accounting, Economics, and Law: A Convivium* 1, nº 1 (2011): vi–vii.

⁴⁴⁰ “[I]f policy is to be friendly to economic development, it must look dire poverty in the eye. This means not only harnessing market forces to keep prices competitive; it also means building a ladder of mobility from the lowest rung up to enable mobility, incentivize entrepreneurship, and stimulate invention. It implies a consciousness about not expanding the moat between rich and poor, the enabled and the powerless. The mobility imperative applies to economic policy. In particular, it applies to competition law and policy.” (“[S]e a política pública é para ser amigável ao desenvolvimento econômico, ela deve olhar para a pobreza extrema nos olhos. Isso significa não apenas aproveitar as forças do mercado para manter os preços competitivos; também significa construir uma escada de mobilidade a partir do nível mais baixo para permitir a mobilidade, incentivar o empreendedorismo e estimular a invenção. Implica uma consciência de não expandir o fosso entre ricos e pobres, os habilitados e os sem poder. O imperativo da mobilidade aplica-se à política econômica. Em particular, aplica-se à lei e política da concorrência.”) Cf. Fox, “Economic Development, Poverty, and Antitrust”, 220. “Developing countries deserve an antitrust law that fits the facts of their markets and responds to their condition and needs. They deserve a law so designed and so characterized that their peoples will embrace it as sympathetic and legitimate rather than reject it as foreign. 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. Antitrust can be seen as the complement to Hernando de Soto’s *The Other Path*.” (“Os países em desenvolvimento merecem uma lei antitruste que se ajuste às características de seus mercados e responda às suas condições e necessidades. Eles merecem uma lei assim concebida e caracterizada para que seus povos a adotem como simpática e legítima, em vez de rejeitá-la como estrangeira. Se existe um símbolo apropriado para o antitruste de um país em desenvolvimento, não é o neoliberalismo, o que pode implicar um fosso

Nesse sentido, o antitruste de países em desenvolvimento deveria ser diverso daquele presente em países desenvolvidos⁴⁴¹. Embora os países desenvolvidos insistam, em geral, em um antitruste focado principalmente em objetivos baseados em critérios de eficiência, o antitruste aplicado em países em desenvolvimento deveria também levar em consideração questões de distribuição e poder, valorizando a mobilidade, o acesso e o desenvolvimento eficiente⁴⁴².

Assim, seria natural questionar se a política antitruste de países em desenvolvimento, nos quais muitas vezes existem níveis elevados de desigualdade e pobreza, deveria seguir padrões internacionais pouco contestados, elaborados com base na experiência antitruste dos países desenvolvidos, geralmente propagada como bem-sucedida⁴⁴³. Para Fox, aparentemente essa dinâmica de transplante só tenderia a ampliar o abismo existente entre ricos e pobres⁴⁴⁴, visto que desconsideraria a existência de tal distanciamento.

crescente. É a escada da ascensão. O antitruste pode ser visto como o complemento ao *The Other Path* de Hernando de Soto.”) Cf. *Ibidem*, 235.

⁴⁴¹ “Developing countries often see free-market rhetoric and aggregate wealth or welfare goals as inappropriate to their context because of the tendency of free-market policies to disproportionately advantage the already advantaged in every game played. This does not imply that antitrust for developing countries would or should look dramatically different from a developed country’s antitrust. There are reasons why it might look much the same, [...] but there are also reasons why the perspective might differ from the neoliberal one that currently informs many antitrust laws of developed countries – a perspective that has ‘relatively little resonance for the great majority of the population that is poor.’” (“Os países em desenvolvimento frequentemente veem a retórica do livre mercado e da riqueza agregada ou dos objetivos de bem-estar como inadequados ao seu contexto, devido à tendência das políticas de livre mercado de beneficiar desproporcionalmente os já favorecidos em todos os jogos. Isso não implica que o antitruste para os países em desenvolvimento seria ou deveria parecer drasticamente diferente do antitruste de um país desenvolvido. Existem razões pelas quais ele pode parecer o mesmo, [...] mas também há razões pelas quais a perspectiva pode diferir da neoliberal que atualmente influencia muitas leis antitruste de países desenvolvidos – uma perspectiva que tem “relativamente pouca ressonância para a grande maioria da população que é pobre.”) Cf. Fox, “Economic Development, Poverty, and Antitrust”, 215. A citação feita por Fox nesse trecho é a Francis Fukuyama, “Keeping Up With the Chávezes”, *The Wall Street Journal*, 1º de fevereiro de 2007, <https://www.wsj.com/articles/SB117030161530694662>.

⁴⁴² Cf. Fox, “Economic Development, Poverty, and Antitrust”, 211–14.

⁴⁴³ Para outras análises das necessidades e também da experiência de países em desenvolvimento relacionadas à adoção de políticas antitruste, ver Dina I. Waked, “Adoption of Antitrust Laws in Developing Countries: Reasons and Challenges”, *Journal of Law, Economics and Policy* 12, nº 2 (2016): 193–230; Dina I. Waked, “Do Developing Countries Enforce Their Antitrust Laws? A Statistical Study of Public Antitrust Enforcement in Developing Countries”, *SSRN Electronic Journal*, 2011, 1–98; Dina I. Waked, “Antitrust Enforcement in Developing Countries: reasons for enforcement & non-enforcement using resource-based evidence” (5th Annual Conference on Empirical Legal Studies, New Haven: SSRN, 2010), 1–23, <https://ssrn.com/abstract=1638874>; Ajit Singh, “Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and Developmental Dimensions”, in *Growth and Economic Development: Essays in Honour of A. P. Thirlwall*, org. Philip Arestis, John S.L. McCombie, e Roger Vickerman (Cheltenham: Edward Elgar, 2007).

⁴⁴⁴ Ver notas 440 e 439.

Em outro texto mais recente, Fox e Michal S. Gal, ao desenvolverem uma análise centrada nas principais características a serem englobadas em políticas antitruste de países em desenvolvimento, concluíram o seguinte:

“[o] desenvolvimento afeta os objetivos. Economias desenvolvidas com mercados já em funcionamento podem se concentrar apenas na eficiência e desconsiderar os efeitos distributivos, com base na suposição de que os mercados são geralmente livres e abertos e que a própria concorrência criará efeitos distributivos positivos. Essa suposição está tão longe da realidade em jurisdições em desenvolvimento que não pode ser aplicada com sabedoria. Um foco mais produtivo está no eficiente desenvolvimento inclusivo dos mercados, dando peso às preocupações distributivas como parte do desenvolvimento de longo prazo da economia. Em virtude de razões econômicas, políticas e sociais, as jurisdições em desenvolvimento não podem ignorar as preocupações distributivas.”⁴⁴⁵

É inegável que essa eventual inclusão, na política antitruste de países em desenvolvimento, da preocupação com a redução da pobreza e das desigualdades econômicas se relaciona intimamente com o contemporâneo debate sobre o qual já se aprofundou no subtópico 2.1.3 acima.

Todavia, também é certo que o enfoque dos estudos analisados no presente subtópico 2.2.3.3 foi, na verdade, estudar modelos e características de políticas antitruste que se adaptassem aos países em desenvolvimento. Era essa, pura e simplesmente, a intenção de tais pesquisas. A ideia não era propriamente desenvolver uma teoria por meio da qual se poderia considerar a redução da pobreza e das desigualdades econômicas como objetivos primordiais da política antitruste. Muito embora a tenha tangenciado, a hipótese de pesquisa não era a possibilidade da consideração da melhoria dessas duas específicas condições econômicas (pobreza e desigualdade) como objetivo da política antitruste.

No entanto, parece ter sido inevitável reconhecer que, em geral, duas das mais marcantes características de países em desenvolvimento são justamente os relevantes níveis

⁴⁴⁵ “[d]evelopment affect goals. Developed economies with already functioning markets can afford to focus solely on efficiency and disregard distributive effects, based on the assumption that the markets are generally free and open and that competition itself will create positive distributive effects. This assumption is so far from reality in developing jurisdictions that it cannot wisely be applied. A more productive focus is on the efficient inclusive development of markets, giving weight to distributive concerns as part of the long-term development of the economy. Developing jurisdictions cannot afford to disregard distributive concerns for economic, political and social reasons.” Cf. Eleanor M. Fox e Michal S. Gal, “Drafting Competition Law for Developing Jurisdictions: Learning from Experience”, *New Work University Law and Economics Research Papers Series* 14–11 (abril de 2014): 66. Algumas das ideias apresentadas nesse artigo já haviam aparecido em Eleanor M. Fox, “Imagine: Pro-Poor(Er) Competition Law” (Global Forum on Competition, OCDE, 2013).

pobreza, pelo menos em determinadas faixas da população, e as altas taxas de desigualdade de renda e riqueza. Assim, como o objetivo dos estudos analisados neste subtópico era construir caminhos para a criação de política antitruste que se acoplassem a tais sociedades, respondendo às necessidades e anseios da população, foi imprescindível considerar tais preocupações na construção das recomendações e modelos criados.

Entretanto, tendo em vista o que se discutiu no subtópico 2.1.3 acima, o debate que se desenvolve contemporaneamente sobre o possível relacionamento entre política antitruste, concentração de mercados e desigualdades econômicas é, de uma só vez, mais objetivo e mais abrangente que o desenvolvido nos estudos apreciados neste subtópico 2.2.3.3.

É mais objetivo porque uma das hipóteses de pesquisa busca, de maneira bem direta, justamente responder se a redução de desigualdades econômicas deve ser considerada um objetivo do antitruste.

Por outro lado, é também mais abrangente, pois não se restringe à busca de uma política antitruste ideal apenas para países em desenvolvimento. Busca-se, de certa maneira, desvendar parte da essência do antitruste, respondendo se seria a preocupação com a redução das desigualdades algo intrínseco a qualquer política antitruste ou, pelo menos, a qualquer controle de concentrações.

Esse maior grau de objetividade e abrangência, no entanto, não implica em eventual conclusão de que o debate contemporâneo não se alimenta do trabalho de Fox ou dos demais autores que, assim como ela, preocuparam-se em estudar os caminhos adequados para a política antitruste de países em desenvolvimento. Ele se alimenta, sim, bem como se alimenta também, de uma maneira talvez um pouco caótica, dos demais objetivos não-baseados em eficiência estudados ao longo deste subtópico 2.2.3. Isso se reflete, principalmente, no movimento Neo-Brandeisiano, que será analisado no subtópico 2.2.4 abaixo.

2.2.4. O Neo-Brandeisismo e seus objetivos

A expressão “Antitruste Hipster” foi cunhada em 19 de junho de 2017 pelo advogado Konstantin Medvedovsky, associado do escritório Dechert LLP, por meio de uma postagem

na rede social Twitter⁴⁴⁶. Na mensagem postada, ele respondia a um *tweet* de Joshua D. Wright⁴⁴⁷, reconhecido ex-conselheiro da FTC e professor da *George Mason University Antonin Scalia Law School*. A mensagem de Wright, por sua vez, era um compartilhamento comentado (*retweet*) de um *tweet* de Lina Khan⁴⁴⁸, que publicava uma entrevista do congressista estadunidense Ro Khanna⁴⁴⁹.

Khan ressaltou que, na entrevista dada ao repórter do *The Atlantic* Alexis Madrigal, Khanna havia instado as autoridades antitruste a olharem para além dos preços ao consumidor.⁴⁵⁰

No comentário de Wright, em tom possivelmente irônico, ele afirmou que a referida entrevista significava um pedido insensato de retorno do antitruste aplicado na época em que foram decididos os casos *Brown Shoe*⁴⁵¹ e *Von's Grocery*⁴⁵², ou seja, à *Warren Court Era*, tratada no subtópico 2.1.2.2 acima.⁴⁵³

Enfim, na resposta de Medvedovsky a Wright, ele disse, também de forma irônica, que aquele tipo de discurso presente na entrevista se tratava de um “[h]ipsterismo antitruste [em que] [t]udo velho é bacana novamente.”⁴⁵⁴

Medvedovsky ficou famoso em virtude do seu *tweet* e aparentemente se orgulha bastante de ter cunhado a referida expressão. No seu perfil no Twitter, ele até hoje se identifica da seguinte forma: “não sou um *hipster*, apesar de ter criado a expressão ‘*Hipster Antitrust*’”⁴⁵⁵. O orgulho sentido por Medvedovsky, embora pareça bobo, não é injustificável. Antitruste Hipster logo se consagrou como a expressão mais utilizada por políticos e acadêmicos para se referirem a um movimento que, conforme se verá adiante, começava a clamar por uma política antitruste mais intensa.

⁴⁴⁶ Cf. Konstantin Medvedovsky, Twitter, 19 de junho de 2017, <https://twitter.com/kmedved/status/876869328934711296>.

⁴⁴⁷ Cf. Joshua D. Wright, Twitter, 19 de junho de 2017, <https://twitter.com/ProfWrightGMU/status/876869118124621824>.

⁴⁴⁸ Cf. Lina Khan, Twitter, 19 de junho de 2017, <https://twitter.com/linamkhan/status/876866907441201156>.

⁴⁴⁹ Cf. Alexis C. Madrigal, “A Silicon Valley Congressman Takes on Amazon”, *The Atlantic*, 19 de junho de 2017, <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/06/ro-khanna-amazon-whole-foods/530805/>.

⁴⁵⁰ Cf. Khan.

⁴⁵¹ Ver nota 72.

⁴⁵² Ver nota 101.

⁴⁵³ Cf. Wright.

⁴⁵⁴ No original: “Antitrust hipsterism. Everything old is cool again.” Cf. Medvedovsky, 19 de junho de 2017.

⁴⁵⁵ Cf. Konstantin Medvedovsky, Twitter, acessado 2 de agosto de 2019, <https://twitter.com/kmedved>.

Poucos meses antes de Medvedovsky ficar famoso por um *tweet* contendo 7 palavras, Khan, então estudante de direito na Universidade de Yale, ficou famosa por ter publicado um artigo de 94 páginas na revista acadêmica *Yale Law Journal*⁴⁵⁶. Seu trabalho, como se verá, chacoalhou o debate acadêmico sobre os objetivos do antitruste. Ao mesmo tempo que acalentou uma minoria de estudiosos do antitruste estadunidense que já timidamente alertavam para o baixo grau de efetividade da política então em vigor, representou uma ameaça grande àqueles que sempre defenderam que o objetivo primordial do antitruste seria simplesmente a busca pelo bem-estar do consumidor e/ou a geração de eficiências econômicas.

Como uma jovem menina ainda nem formada em direito ousava insinuar que boa parte do que aqueles respeitadores e experientes lentes do antitruste defendiam não só não guardava muita conexão com a história de criação do antitruste como também gerava desastrosas consequências econômicas, sociais e políticas para a sociedade? O artigo da jovem Khan feriu agudamente o ego e a vaidade de muitos homens experientes. Alguns deles inicialmente reagiram com uma espécie de sarcasmo bem representada pelo *tweet* de Medvedovsky, mas depois, em face da crescente aceitação e propagação das críticas, muitos se sentiram obrigados a trabalhar dobrado para respondê-las seriamente⁴⁵⁷.

Não demorou muito para que a expressão Antitruste Hipster fosse identificada como pejorativa⁴⁵⁸, o que era claro pelo tom irônico dos *tweets* de Medvedovsky e Wright. Mas a ideia de ter o movimento identificado por uma expressão própria possivelmente agradou até mesmo os seus defensores, uma vez que naturalmente deu a ele maior notoriedade. A brincadeira de Medvedovsky parece ter trabalhado em desfavor de suas próprias concepções e também de seus clientes no Dechert LLP.

Em busca de uma expressão unificadora não-pejorativa, alguns chegaram a pensar, talvez ingenuamente, em Antitruste Woodstock⁴⁵⁹. Entretanto, a que parece ter se firmado

⁴⁵⁶ Cf. Lina Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox”, *The Yale Law Journal* 126, n° 3 (janeiro de 2017): 710–805.

⁴⁵⁷ Como, por exemplo, em Elyse Dorsey, Jan Rybníček, e Joshua D. Wright, “Hipster Antitrust Meets Public Choice Economics: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law, and Rent-Seeking”, *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, abril de 2018, 2–13; Hovenkamp, “Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled?”; Herbert Hovenkamp, “Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?”, *Notre Dame Law Review* 94, n° 2 (janeiro de 2019): 583–638.

⁴⁵⁸ Cf. David Streitfeld, “Amazon’s Antitrust Antagonist Has a Breakthrough Idea”, *The New York Times*, 7 de setembro de 2018, <https://www.nytimes.com/2018/09/07/technology/monopoly-antitrust-lina-khan-amazon.html>.

⁴⁵⁹ Cf. Harry First, “Woodstock Antitrust”, *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, abril de 2018, 1–6.

como a favorita pelos propagadores do movimento foi “Neo-Brandeisianismo”, a qual carrega uma referência histórica muito mais afeita ao antitruste do que a subcultura *hipster*. Embora preferida, ela ainda não é mais usada, já que Antitruste Hipster, talvez pela sua maior simplicidade e comicidade, ainda é a mais ressonante.

Neste trabalho, dada a sua natureza científica, utiliza-se a expressão que tem maior rigor científico e não advém de uma ironia possivelmente interpretada como desrespeitosa por alguns dos idealizadores do movimento. Assim, antes de mais nada, é preciso explicar os motivos pelos quais se adotou a referência a Louis D. Brandeis.

Muito antes de ser nomeado juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos em 1916, Brandeis já havia percorrido uma trajetória de intensa luta contra os trustes. Um dos líderes do Movimento Progressista estadunidense, ele desenvolveu uma carreira de advogado intimamente ligada a questões afeitas à justiça social⁴⁶⁰, o que, anos mais tarde, levou a *The Economist* a denominá-lo “um Robin Hood do direito”⁴⁶¹.

Em grande medida, essa carreira o expôs a algumas grandes batalhas contra o poder econômico concentrado e as grandes corporações. Em uma de suas mais repetidas citações, relatada em um artigo de Raymond Lonergan, Brandeis teria dito que “[n]ós devemos fazer a nossa escolha. Podemos ter democracia ou podemos ter riqueza concentrada nas mãos de poucos, mas não podemos ter os dois.”⁴⁶²

Talvez a mais relevante dessas batalhas tenha sido empreendida contra a monopolização ferroviária intentada pelo poderoso banqueiro John P. Morgan na Nova Inglaterra. Controlada por Morgan, a *New Haven Railroad* era a maior ferrovia da Nova

⁴⁶⁰ “Brandeis was a militant crusader for social justice whoever his opponent might be. He was dangerous not only because of his brilliance, his arithmetic, his courage. He was dangerous because he was incorruptible. His crusades in public causes were not made for fees; he contributed his services, and he reimbursed his law associates in Boston for the time he spent on these sorties *pro bono publico*.” (“Brandeis era um guerreiro militante pela justiça social, qualquer que fosse seu oponente. Ele era perigoso não só por causa de seu brilhantismo, sua aritmética, sua coragem. Ele era perigoso porque era incorruptível. Suas cruzadas em causas públicas não foram realizadas por honorários; ele doou seus serviços, e ele reembolsava seus associados em Boston pelo tempo que gastava nesses repentinos ataques *pro bono*.”) Cf. William O. Douglas, “Louis Brandeis: Dangerous Because Incorruptible”, *The New York Times*, 5 de julho de 1964, <https://www.nytimes.com/1964/07/05/archives/louis-brandeis-dangerous-because-incorruptible-justice-on-trial-the.html>.

⁴⁶¹ Cf. “Let’s Look at the Facts”, *The Economist*, 26 de setembro de 2009.

⁴⁶² No original: “We must make our choice. We may have democracy, or we may have wealth concentrated in the hands of a few, but we can’t have both.” Cf. Raymond Lonergan, “A Steadfast Friend of Labor”, in *Mr. Justice Brandeis: Great American* (Saint Louis, MO: The Modern View Press, 1941), 42.

Inglaterra e tentava, naquele momento, adquirir o controle de 336 empresas, incluindo a sua maior competidora, a *Boston and Maine Railroad*⁴⁶³.

Foi diante desse caso que Brandeis aguçou sua desconfiança e seu desgosto em relação às corporações excessivamente grandes (não necessariamente só as monopolistas)⁴⁶⁴. Em oposição a elas, ele desenvolveu uma crença em sistemas descentralizados, no crescimento orgânico dos negócios e nos pequenos empreendimentos⁴⁶⁵. Ele era convicto de que as grandes corporações poderiam ferir o direito de liberdade das pessoas⁴⁶⁶, além de serem incompatíveis com um regime democrático.

Embora tenha desenvolvido uma ampla pesquisa e lutado contra o progresso das fusões da *New Haven Railroad*, Brandeis, num primeiro momento, perdeu sua batalha contra o poder de Morgan e seus aliados. A fusão com a *Boston and Maine Railroad* foi legalizada pelas autoridades estatais em 1909, após anos de embates contra Brandeis e todos aqueles que estavam ao seu lado.⁴⁶⁷

Entretanto, o tempo mostrou que Brandeis estava certo em seus ataques⁴⁶⁸. Após o total de nove anos de embates – tendo Brandeis se recusado a receber honorários e reembolsado os demais sócios de seu escritório pelo seu tempo destinado a tal trabalho –⁴⁶⁹,

⁴⁶³ Cf. Wu, *The Curse of Bigness*, 35–36.

⁴⁶⁴ “[T]he evils of excessive bigness are something distinct from and additional to the evils of monopoly. A business may be too big to be efficient without being a monopoly; and it may be a monopoly and yet (so far as concerns size) may be well within the limits of efficiency. Unfortunately, the so-called New Haven system suffers from both excessive bigness and from monopoly.” (“[O]s males da grandeza excessiva são algo distinto e adicional aos males do monopólio. Um negócio pode ser grande demais para ser eficiente sem ser um monopólio; e pode ser um monopólio e, no entanto (no que diz respeito ao tamanho), pode estar dentro dos limites da eficiência. Infelizmente, o chamado sistema *New Haven* sofre tanto de grandeza excessiva quanto de monopólio.”) Cf. Loius D. Brandeis, “The New Haven - an Unregulated Monopoly”, *Boston Journal*, 13 de dezembro de 1912. Para maiores detalhes sobre a história de Brandeis e sua luta contra as grandes corporações, ver, por exemplo, Loius D. Brandeis, “A Curse of Bigness”, *Harper’s Weekly*, 10 de janeiro de 1914; Loius D. Brandeis, *The Curse of Bigness: Miscellaneous Papers of Louis D. Brandeis*, org. Osmond K. Fraenkel (New York: The Viking Press, 1935); Philippa Strum, *Louis D. Brandeis: justice for the people* (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1984); Louis D. Brandeis e Melvin I. Urofsky, *Other People’s Money and How the Bankers use It*, The Bedford Series in History and Culture (Boston: Bedford Books of St. Martin’s Press, 1995); Louis D. Brandeis, Melvin I. Urofsky, e David W. Levy, *The Family Letters of Louis D. Brandeis* (Norman: University of Oklahoma Press, 2002); Diana Klebanow e Franklin L. Jonas, *People’s Lawyers: crusaders for justice in American history* (Armonk: M.E. Sharpe, 2003), 51–104; Melvin I. Urofsky, *Louis D. Brandeis: a life*, 1st ed (New York: Pantheon Books, 2009).

⁴⁶⁵ Cf. Wu, *The Curse of Bigness*, 37–38.

⁴⁶⁶ Cf. *Ibidem*, 38–40.

⁴⁶⁷ Cf. Urofsky, *Louis D. Brandeis*, 198–200.

⁴⁶⁸ Para maiores detalhes sobre a batalha de Brandeis contra a expansão da *New Haven Railroad*, ver *Ibidem*, 181–200; Klebanow e Jonas, *People’s Lawyers*, 68–70; Strum, *Louis D. Brandeis*, 160.

⁴⁶⁹ Cf. Urofsky, *Louis D. Brandeis*, 188–89.

o caos organizacional e financeiro já previsto por Brandeis tomou conta da *New Haven Railroad*⁴⁷⁰.

Essa situação motivou novas investigações iniciadas pelo Departamento de Justiça em 1913, e a Comissão Federal de Comércio Interestadual (*Federal Interstate Commerce Commission*), em 2014, revelou evidências de fraudes e pagamentos ilícitos no decorrer do processo de consolidação⁴⁷¹. A *New Haven Railroad* foi acusada por atos de corrupção e seu conselho de administração, por abandono de dever⁴⁷². Ela, ao final, estava quebrada, e as fusões realizadas foram revertidas⁴⁷³.

É à figura de Brandeis que autores como Barry C. Lynn⁴⁷⁴, Lina M. Kahn⁴⁷⁵, Sandeep Vaheesan⁴⁷⁶, Tim Wu⁴⁷⁷ e Zephyr R. Teachout⁴⁷⁸ parecem preferir se ligar ao fazerem suas críticas ao momento vivido pelo antitruste principalmente a partir da década de 1980, pelo menos muito mais do que à subcultura *hipster*.

O Neo-Brandeisismo, basicamente, é um movimento acadêmico que busca a reforma da política antitruste ainda centrada na maximização de bem-estar do consumidor por meio da geração de eficiências econômicas, em favor de um retorno à preocupação com o processo competitivo em si. Ele se propagou também em virtude do trabalho desenvolvido no âmbito da *New America Foundation* e do *Open Markets Institute*.

Os Neo-Brandeisistas enxergam o controle de estruturas, objeto deste trabalho, como a principal área do antitruste a ser reformada⁴⁷⁹. O movimento é bastante crítico ao

⁴⁷⁰ Cf. Klebanow e Jonas, *People's Lawyers*, 70; Wu, *The Curse of Bigness*, 37.

⁴⁷¹ Cf. Klebanow e Jonas, *People's Lawyers*, 70; Wu, *The Curse of Bigness*, 37.

⁴⁷² Cf. Klebanow e Jonas, *People's Lawyers*, 70.

⁴⁷³ Cf. *Ibidem*; Wu, *The Curse of Bigness*, 37.

⁴⁷⁴ Cf. Barry C. Lynn, *Cornered: The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction* (Hoboken, N.J.: Wiley, 2011); Lynn, "America's Monopolies Are Holding Back the Economy".

⁴⁷⁵ Cf. Zephyr Teachout e Lina Khan, "Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power", *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* 9, n° 1 (2014): 37–74; Khan, "Amazon's Antitrust Paradox"; Lina Khan e Sandeep Vaheesan, "Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents", *Harvard Law and Policy Review* 11 (2017): 235–94; Lina Khan, "The New Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate", *Journal of European Competition Law & Practice* 9, n° 3 (março de 2018): 131–32.

⁴⁷⁶ Cf. Vaheesan, "The Evolving Populisms of Antitrust"; Khan e Vaheesan, "Market Power and Inequality".

⁴⁷⁷ Cf. Wu, *The Curse of Bigness*; Tim Wu, "After Consumer Welfare, Now What? The 'Protection of Competition' Standard in Practice", *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, abril de 2018, 1–12; Tim Wu, "The 'Protection of the Competitive Process' Standard", *Columbia Public Law Research Papers*, Federal Trade Commission Hearings, 14–612 (novembro de 2018): 1–5.

⁴⁷⁸ Cf. Teachout e Khan, "Market Structure and Political Law".

⁴⁷⁹ Cf. Wu, *The Curse of Bigness*, 127.

atual momento vivido por essa política nos Estados Unidos, o qual guardaria ainda bastante relação com a transformação que se implementou a partir do final da década de 1970⁴⁸⁰.

Ao apresentarem suas críticas, os autores alimentam-se, em grande medida, dos estudos discutidos ao longo do subtópico 2.1.3 acima, os quais estatisticamente indicam uma baixa eficácia do controle de concentrações exercido nas últimas décadas⁴⁸¹ e também as consequências daí advindas, como a possível geração de desigualdades econômicas⁴⁸².

Ao buscar fundamento e solução para os problemas vividos pelo controle de estruturas e, de forma geral, também para outras dificuldades do antitruste atual, o Neo-Brandeisianismo imediatamente se aprofunda no debate sobre objetivos do antitruste.

Do ponto de vista teórico, os objetivos baseados em eficiência são apontados como culpados. Por outro lado, os objetivos não-baseados em eficiência são vistos com maior carinho, embora o enfoque principal esteja, declaradamente, no restabelecimento do *processo* competitivo, e não em um *valor* ou *resultado* específico. É o que Khan e Wu fazem questão de ressaltar:

“[a]o contrário de como os críticos retratam os Neo-Brandeisianistas, essa nova escola de pensamento não promove o uso do antitruste para alcançar um conjunto diferente de objetivos sociais – como mais empregos ou menos desigualdade. Fazer isso replicaria um erro fundamental da Escola de Chicago: substituir uma investigação estrutural sobre processo e poder por uma que se concentra em um conjunto restrito de resultados. A reorientação do foco do antitruste para as estruturas e um conjunto mais

⁴⁸⁰ “Merger control has wandered so far from Congress’s expressed intent in 1950 as to make a mockery of the democratic process. Congress instructed the courts to block a merger when its effort ‘may be substantially to lessen competition.’ Yet somehow, as in other areas, the agencies have read into this language something that is obviously not in the text of the law: a general requirement that clear proof of higher prices after the merger be provided. This has made every merger battle into a highly technical battle of experts having little to do with the original concerns of the law.” (“O controle de concentrações se afastou tanto da intenção expressa do Congresso em 1950 de modo a zombar do processo democrático. O Congresso instruiu os tribunais a bloquear uma fusão quando seu esforço ‘puder ser substancialmente para diminuir a concorrência.’ No entanto, de alguma forma, como em outras áreas, as agências leram nessa linguagem algo que obviamente não está no texto da lei: um requisito geral de que seja fornecida uma prova clara de preços mais altos após a operação. Isso transformou toda batalha dos atos de concentração em uma batalha altamente técnica de especialistas que pouco têm a ver com as preocupações originais da lei.”) Cf. *Ibidem*, 128.

⁴⁸¹ Cf. Kwoka, *Mergers, merger control, and remedies*; Blonigen e Pierce, *Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency*.

⁴⁸² Cf. Comanor e Smiley, “Monopoly and the Distribution of Wealth”; Powell, “The Effect of Reductions in Concentration on Income Distribution”; Creedy e Dixon, “The Distributional Effects of Monopoly”; Baker e Salop, “Antitrust, Competition Policy, and Inequality”; Ennis e Kim, “Market Power and Wealth Distribution”; Ennis, Gonzaga, e Pike, “Inequality”; Ennis, Gonzaga, e Pike, “The Effects of Market Power on Inequality”.

amplo de medidas para avaliar o poder de mercado podem fazer com que a lei volte a se concentrar no processo competitivo.⁴⁸³

“O teste de ‘proteção da concorrência’ é centrado na proteção de um *processo*, em oposição à maximização de um *valor*. É baseado na premissa de que o sistema jurídico geralmente se dá melhor ao tentar proteger um processo do que o objetivo muito mais ambicioso de maximizar um valor abstrato como bem-estar ou riqueza. O primeiro pede ao sistema legal que elimine subversões e abusos; o último, em contraste, exige inevitavelmente algum exercício de planejamento social e determinação de valores que podem ser extremamente difíceis, se não impossíveis, de medir.”⁴⁸⁴

De todo modo, o flerte com os objetivos não-baseados em eficiência fica claro em diversas passagens dos principais autores do movimento. Em primeiro lugar, aparece uma contundente crítica aos objetivos baseados em eficiência:

“[h]á boas razões para pensar que os papéis econômicos e políticos pretendidos pelo antitruste não podem ser totalmente recuperados sem abandonar a premissa absurda e exagerada de que ‘o Congresso projetou o *Sherman Act* como uma prescrição de bem-estar do consumidor.’ Embora as ferramentas da economia sejam sempre essenciais para o trabalho antitruste, é um desserviço às leis e suas intenções manter um foco tão preciso quanto um *laser* nos efeitos dos preços como a medida de tudo o que o antitruste seria destinado a fazer. [...] [O] modelo de bem-estar do consumidor não estabeleceu um padrão alto. Décadas de prática mostraram que a prometida certeza científica do método de Chicago não se materializou, pois a economia não produz respostas, mas argumentos.”⁴⁸⁵

⁴⁸³ No original: “[c]ontrary to how critics portray the New Brandeisians, this new school of thought does not promote using antitrust law to achieve a different set of social goals – like more jobs or less inequality. Doing so would replicate a key mistake of the Chicago School: overriding a structural inquiry about process and power with one that focuses on a narrow set of outcomes. Refocusing antitrust on structures and a broader set of measures to assess market power can return the law to focusing on the competitive process.” Cf. Khan, “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate”, 132.

⁴⁸⁴ No original: “The ‘protection of competition’ test is focused on protection of a *process*, as opposed to the maximization of a *value*. It is based on the premise that the legal system often does better trying to protect a process than the far more ambitious goal of maximizing an abstract value like welfare or wealth. The former asks the legal system to eliminate subversions and abuses; the latter, in contrast, inevitably demands some exercise in social planning, and ascertaining values that can be exceedingly difficult, if not impossible, to measure.” Cf. Wu, *The Curse of Bigness*, 136. Para maior aprofundamento sobre o que seria proteger o processo competitivo para o Neo-Brandeisismo, ver Wu, “After Consumer Welfare, Now What?”; Wu, “The ‘Protection of the Competitive Process’ Standard”.

⁴⁸⁵ No original: “[t]here is good reason to think that antitrust’s intended economic and political roles cannot be fully recovered without jettisoning the absurd and exaggerated premise that ‘Congress designed the Sherman Act as a consumer welfare prescription.’ While the tools of economics will always be essential to antitrust work, it is a disservice to the laws and their intent to retain such a laserlike focus on price effects as the measure of all that antitrust was meant to. [...] [C]onsumer welfare standard has not set a high bar. Decades of practice have shown that the promised scientific certainty of the Chicago method has not materialized, for economics does not yield answers but arguments.” Cf. Wu, *The Curse of Bigness*, 135. Wu ainda adiciona o seguinte: “[i]t is a challenging, even absurd exercise, to pick a modern economic standard out of the language of the Sherman, Clayton, or Anti-Merger Acts or their legislative histories. The idea that Congress was concerned with ‘allocative efficiency’ in 1890 or even 1914 or 1950 is an economic version of anthropomorphism.” (“É um

“Mercados altamente concentrados no atual Estados Unidos não são o produto de forças econômicas impessoais – em vez disso, eles são o produto de decisões legais e políticas conscientes no final da década de 1970 e no início da década de 1980. Essas decisões minaram severamente as leis antitruste, danificando o que havia sido uma grande salvaguarda do Congresso contra monopólio e oligopólio. Começando com a administração Reagan, as agências antitruste e as cortes federais sustentaram que as leis antitruste deveriam proteger o conceito neoclássico de ‘eficiência’. O Congresso, ao promulgar as leis antitruste, expressou objetivos muito diferentes – proteger consumidores e pequenos fornecedores contra monopólios, oligopólios e cartéis redistribuidores de riqueza; manter mercados abertos; e dispersar o poder econômico e político. A concepção conservadora do antitruste reconheceu, no máximo, apenas o primeiro desses três objetivos.”⁴⁸⁶

“O argumento de Bork – de que o Congresso estabeleceu leis antitruste para promover eficiência – foi elaborado a partir de uma ficção. [...] A eficiência não estava no radar do Congresso em 1890 ou 1914. De fato, o próprio conceito de ‘eficiência’ não foi totalmente formulado pelos próprios economistas até a década de 1920.”⁴⁸⁷

Posteriormente, surgem as alternativas. Muitas delas, com algumas exceções, aproximam-se bastante de objetivos do antitruste não-baseados em eficiência.

Atraídos pelo histórico objetivo de proteção dos pequenos negócios, Khan e Vaheesan afirmam: “[o] antitruste deveria proteger [...] pequenos produtores contra pagamentos insuficientes anticompetitivos.”⁴⁸⁸

exercício desafiador e até absurdo tirar um padrão econômico moderno da linguagem do *Sherman, Clayton* ou *Anti-Merger Acts* ou de suas histórias legislativas. A ideia de que o Congresso estava preocupado com ‘eficiência alocativa’ em 1890 ou mesmo em 1914 ou 1950 é uma versão econômica do antropomorfismo.”) Cf. *Ibidem*, 136.

⁴⁸⁶ No original: “[h]ighly concentrated markets in the contemporary United States are not the product of impersonal economic forces – rather they are the product of conscious legal and political decisions in the late 1970s and early 1980s. These decisions severely undermined the antitrust laws, crippling what had been a major congressional safeguard against monopoly and oligopoly. [B]eginning with the Reagan administration, the antitrust agencies and federal courts held that the antitrust laws should protect the neoclassical concept of ‘efficiency.’ Congress, in enacting the antitrust laws, had expressed very different aims – protecting consumers and small suppliers from wealth-redistributing monopolies, oligopolies, and cartels; maintaining open markets; and dispersing economic and political power. The conservative conception of antitrust has, at most, acknowledged only the first of these three goals.” Cf. Khan e Vaheesan, “Market Power and Inequality”, 268–69.

⁴⁸⁷ No original: “Bork’s argument – that Congress established antitrust laws in order to promote efficiency – was made out of whole cloth. [...] Efficiency was not on Congress’s radar in 1890 or 1914. In fact, the very concept of “efficiency” was not fully formulated by economists themselves until the 1920s.” Cf. *Ibidem*, 270–71.

⁴⁸⁸ No original: “[a]ntitrust should protect [...] small producers from anticompetitive underpayments.” Cf. *Ibidem*, 276.

Embora, dentro do movimento, seja um dos mais insistentes defensores da perseguição do objetivo de proteção da competição enquanto um *processo*, e não um *valor*⁴⁸⁹, Wu acaba também se aproximando do objetivo de dispersão do poder ao afirmar o seguinte:

“leis fundamentais de democracias em todo o mundo foram todas criadas com a ideia de que o poder deveria ser limitado – que deveria ser distribuído, descentralizado, controlado e equilibrado, para que nenhuma pessoa ou instituição pudesse gozar de uma influência irresponsável. [...] [A] luta pela democracia agora e na era progressista deve ser aquela centrada no poder privado – tanto em sua influência sobre quanto na união com o governo. [...] Ao fornecer controle sobre o monopólio e limitar a concentração privada de poder econômico, o antitruste pode manter e apoiar uma estrutura econômica diferente da que temos agora. Pode dar aos humanos uma chance de lutar contra as corporações e libertar o processo político do governo invisível.”⁴⁹⁰

De forma semelhante, Khan e Vaheesan:

“[a] ideia de que o poder de mercado tem significado político foi fundamental para a aprovação do *Sherman Act*. [...] [A] concentração do poder econômico concentra o poder político, representando uma ameaça à democracia semelhante à monarquia ou ditadura. [...] Embora a análise antitruste contemporânea desconsidere as ramificações políticas do poder de mercado, as grandes empresas têm poder e influência significativos sobre a política e as políticas públicas. Mercados concentrados, dominados por poucos agentes de mercado, ampliam a influência corporativa sobre a política e as políticas públicas.”⁴⁹¹

Ainda, Khan e Teachout:

“[a] descentralização do poder econômico, na maioria das áreas do comércio, é uma base essencial da liberdade política. Uma sociedade com fortes direitos de voto, liberdade de expressão e eleições justas não pode

⁴⁸⁹ Cf. Wu, *The Curse of Bigness*, 136; Wu, “After Consumer Welfare, Now What?”; Wu, “The ‘Protection of the Competitive Process’ Standard”.

⁴⁹⁰ No original: “foundational laws of democracies around the world were all created with the idea that power should be limited – that it should be distributed, decentralized, checked, and balanced, so that no person or institution could enjoy unaccountable influence. [...] [T]he struggle for democracy now and in the progressive era must be one centered on private power – in both its influence over, and union with, government. [...] By providing checks on monopoly and limiting private concentration of economic power, the antitrust law can maintain and support a different economic structure than the one we have now. It can give humans a fighting chance against corporations, and free the political process from invisible government.” Cf. Wu, *The Curse of Bigness*, 138–39.

⁴⁹¹ No original: “[t]he idea that market power has political significance was foundational to the passage of the Sherman Act. [...] [C]oncentration of economic power concentrates political power, posing a threat to democracy akin to monarchy or dictatorship. [...] Though contemporary antitrust analysis disregards the political ramifications of market power, large corporations have significant power and influence over politics and policy. Concentrated markets, in which few players dominate, aggrandize corporate influence over politics and policy.” Cf. Khan e Vaheesan, “Market Power and Inequality”, 265–66.

realizar princípios democráticos com uma economia oligárquica. Do ponto de vista legal, isso significa que as leis antitruste e outras regras de desconcentração devem ser entendidas não apenas como parte do direito societário, mas também como parte do direito político.”⁴⁹²

Khan e Vaheesan, enfim, também se aproximam dos objetivos de justiça, equidade, redução das desigualdades e da pobreza, ao afirmarem o seguinte: “[u]m movimento antitruste revivido poderia desempenhar um papel importante na reversão do dramático aumento da desigualdade econômica.”⁴⁹³

Nota-se, portanto, que o Neo-Bradeisianismo, de certa maneira, consolida tudo aquilo que foi discutido ao longo do presente capítulo 2. Ou seja, é tanto produto do ressurgimento do debate originado por Comanor e Smiley, que é identificado no subtópico 2.1.3, quanto um clamor por uma política antitruste mais interventiva, que flertaria com objetivos não-baseados em eficiência, a fim de reduzir os danos gerados pela concentração irrestrita de mercados, como o aumento de desigualdades.

A partir desse desenvolvimento teórico e da notoriedade que o tema tomou nos Estados Unidos – principalmente após a publicação do texto de Khan na revista *Yale Law Journal*⁴⁹⁴ e a repercussão que se seguiu com a criação do termo “Antitruste Hipster” –, o movimento rapidamente originou algumas medidas práticas e concretas. Nos Estados Unidos, pelo menos duas propostas de reforma da política antitruste foram elaboradas e estão sendo discutidas, e o tema tomou o debate político, inclusive atingindo a pré-campanha para a disputa presidencial de 2020.

⁴⁹² No original: “[d]ecentralization of economic power in most areas of commerce is an essential underpinning of political freedom. A society with strong voting rights, speech protections, and fair elections cannot realize democratic principles with an oligarchic economy. For law this means that antitrust and other de-concentration rules should be understood not solely as part of corporate law, but also as part of political law.” Cf. Teachout e Khan, “Market Structure and Political Law”, 72.

⁴⁹³ No original: “[a] revived antitrust movement could play an important role in reversing the dramatic rise in economic inequality.” Cf. Khan e Vaheesan, “Market Power and Inequality”, 237. No entanto, Khan e Vaheesan advertem o seguinte: “our argument is not that antitrust should embrace redistribution as an explicit goal, or that enforcers should harness antitrust in order to promote progressive redistribution. Instead we hold that the failure of antitrust to preserve competitive markets contributes to regressive wealth and income distribution and – similarly – restoring antitrust is likely to have progressive distributive effects.” (“nosso argumento não é que o antitruste deveria adotar a redistribuição como um objetivo explícito, ou que os responsáveis pela aplicação deveriam aproveitar o antitruste para promover a redistribuição progressiva. Em vez disso, sustentamos que o fracasso do antitruste em preservar mercados competitivos contribui para a distribuição regressiva de riqueza e renda e – de maneira semelhante – a restauração do antitruste provavelmente terá efeitos distributivos progressivos.”) Cf. *Ibidem*.

⁴⁹⁴ Cf. Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox”.

Essas propostas, no entanto, não serão tratadas neste subtópico 2.2.4. Por trazerem medidas que eventualmente também podem ser discutidas como formas de corrigir problemas do controle de estruturas brasileiro, elas serão abordadas com maior detalhe no tópico 4.2 abaixo. Até lá, ao longo do capítulo 3 e do capítulo 4, ainda se tem um longo caminho para se demonstrar por que essa discussão pode ser bem recebida pelo Brasil.

3. DESENVOLVIMENTO E OBJETIVOS DO DIREITO DA CONCORRÊNCIA NO BRASIL E A EVOLUÇÃO DO CONTROLE DE ESTRUTURAS

Nesta parte do trabalho, será apresentada uma pesquisa centrada no desenvolvimento do direito antitruste no Brasil. O enfoque principal da abordagem será, obviamente, o controle de estruturas. A evolução legislativa e os debates por detrás dela guiarão a história a ser contada.

A intenção é entender quais foram os objetivos primordiais do antitruste ao longo dos diferentes estágios de evolução da política de defesa da concorrência no Brasil. Alguns questionamentos naturalmente decorrem da análise realizada ao longo do capítulo 2 e são necessários para o desenvolvimento do capítulo 4. Teriam tais objetivos se alterado na medida da evolução legislativa ou eles se mantiveram os mesmos desde a implantação do antitruste no Brasil? Houve importação ou reflexo dos objetivos predominantes nos diversos estágios de desenvolvimento do antitruste nos Estados Unidos?

Para responder a essas indagações, apresentar-se-á um histórico do desenvolvimento legislativo do direito da concorrência no Brasil, a fim de identificar os objetivos já contemplados pela legislação desde o passado até a atualidade, bem como os contextos socioeconômicos a eles subjacentes.

A razão de ser dessa análise é permitir buscar e, eventualmente, encontrar possível relação entre os objetivos perseguidos ao longo da história do antitruste no Brasil, os objetivos priorizados ao longo da história do antitruste nos Estados Unidos, a rigidez do controle de estruturas desenvolvido no Brasil e a rigidez do controle de estruturas desenvolvido nos Estados Unidos.

Mas é claro que a busca por tal relação não pode se resumir à análise do histórico legislativo. É necessário olhar atentamente para a prática, para as decisões tomadas pelo órgão responsável pelo controle de estruturas no Brasil. Portanto, parte da busca continuará no capítulo 4, centrado em análise das decisões do CADE em atos de concentração econômica. Ou seja, em grande medida, tanto a análise realizada neste capítulo 3 quanto aquela desenvolvida no capítulo 2 servirão de substrato analítico para a apreciação das decisões do CADE no capítulo 4.

Para tanto, será proposta uma divisão tríplice da história do direito da concorrência no Brasil. Embora outras divisões pudessem ser realizadas, a divisão proposta se justifica na medida em que consegue retratar (i) entre o primeiro e o segundo períodos, uma considerável ruptura relacionada aos objetivos do direito da concorrência perseguidos no Brasil com a inserção de um controle estrutural pautado também pela identificação de eficiências econômicas; e (ii) entre o segundo e o terceiro períodos, uma grande evolução institucional que teria a capacidade de gerar uma nova relevante ruptura relacionada aos objetivos do direito da concorrência praticados no Brasil.

Desse modo, a história contada inicialmente retratará um primeiro longo período de relativa incipiência aplicativa do antitruste no Brasil, que vai da década de 1930 até o início da década de 1990. Nesse primeiro período, notar-se-á que o objetivo primordial do direito da concorrência identificado é a proteção da economia popular.

Um segundo período da história contada inicia-se com as reformas neoliberais da década de 1990, por meio das quais é inserida no ordenamento concorrencial brasileiro a possibilidade de consideração de eficiências econômicas como justificativa para a aprovação de atos de concentração econômica prejudiciais à concorrência. Paralelamente, é inserida a preocupação com a distribuição equitativa dos benefícios decorrentes de atos de concentração econômicas aprovados entre os participantes do ato e os consumidores.

O último período a ser retratado será aquele que se inicia com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, refletindo um grande aprendizado e engrandecimento institucional do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), guiado por recomendações advindas de entidades internacionais especializadas na temática da concorrência, muitas delas decorrentes da experiência de países desenvolvidos. Em tal período, eficiências econômicas permanecem como possibilidade de justificativa para a aprovação de atos de concentração econômica prejudiciais à concorrência. No entanto, demonstrar-se-á que se torna incontestavelmente obrigatório o repasse de parte relevante dos benefícios decorrentes de atos de concentração aprovados aos consumidores e que, pelo menos em comparação com o regime anterior, é possível enxergar um espaço suavização da priorização dos objetivos baseados em eficiência.

3.1. 1930-1990 – um período de incipiência: proteção da economia popular e seu significado

Até 1994, com a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, é possível dizer que a aplicação do direito da concorrência viveu um longo período de incipiência no Brasil. Circunstâncias socioeconômicas decorrentes de diferentes estratégias de desenvolvimento são recorrentemente referidas como justificativa para tal incipiência, conforme se notará abaixo.

No entanto, a possibilidade de se sustentar a existência desse longo período de incipiência da prática antitruste no Brasil não necessariamente implica que o que se fez no passado em termos de legislação e, principalmente, debate teórico sobre o direito da concorrência seja descartável.

Aliás, muito do que se desenvolveu durante tal período de incipiência aplicativa continuou presente nos períodos subsequentes. Entretanto, conforme se perceberá ao longo dos subtópicos abaixo, alguns conceitos antigos, específicos do direito da concorrência desenvolvido no Brasil, foram parcialmente esquecidos, dando lugar a outros conceitos importados, que podem eventualmente se revelar ainda menos adequados à realidade brasileira, embora tenham permitido uma aparência de efetividade prática maior.

3.1.1. Constituições Federais de 1934 e 1937

Com poucas exceções⁴⁹⁵, a história do direito da concorrência no Brasil geralmente é contada a partir da década de 1930⁴⁹⁶, especificamente tendo como referência um novo

⁴⁹⁵ Paula A. Forgioni, por exemplo, afirma que “[n]ão se deve pretender iniciar o estudo da disciplina da concorrência no Brasil partindo já do início do século XX, com o texto dos arts. 115 a 117 da Constituição Federal de 1934. Primeiramente, é necessário delinear a história da implementação de políticas públicas em nosso país para divisar a atuação do Estado sobre a economia. Sem a identificação dessa tradição, restam por demais etéreas as inúmeras diferenças entre o atual sistema brasileiro e alguns ordenamentos alienígenas.” Cf. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 85.

⁴⁹⁶ Nesse sentido, por exemplo, Mário A. M. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil” (Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016), 41–50; Roberto A. C. Pfeiffer, *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor* (São Paulo: Revi, 2015), 130–31; Gesner Oliveira e João G. Rodas, *Direito e Economia da Concorrência*, 2ª, Coleção Biblioteca de direito e economia (São Paulo, SP, Brasil: Revista dos Tribunais, 2013), 30; Ana P. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, in *Temas Atuais de Direito da Concorrência*, org. Ana P. Martinez (São Paulo: Singular, 2012), 25; José M. M. Proença, *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência* (São Paulo: Saraiva, 2001), 25; José Inácio G. Franceschini e José Luiz V. de A. Franceschini, *Poder Econômico: exercício e abuso* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985), 7.

modelo de Estado intervencionista que foi oficializado pelas Constituições Federais de 1934 e 1937⁴⁹⁷.

Ressoando a evolução ideológica ocorrida a partir da Primeira Guerra Mundial, associada ao surgimento da Constituição do México de 1917 e à Constituição de Weimar de 1919⁴⁹⁸, bem como a resposta aos efeitos da Grande Depressão de 1929⁴⁹⁹, a Constituição Federal de 1934 introduziu a ideia de liberdade econômica limitada no Brasil⁵⁰⁰. O Estado deixava de ser um simples garantidor para ser o criador de normas que regeriam o funcionamento e a conduta dos agentes do mercado⁵⁰¹.

É nesse contexto que a Constituição Federal de 1934, pela primeira vez, externou a preocupação com o fomento da economia popular:

“Art. 117. A lei promoverá o fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito e a nacionalização progressiva dos bancos de depósito. Igualmente providenciará sobre a nacionalização das empresas de seguros em todas as suas modalidades, devendo constituir-se em sociedades brasileiras as estrangeiras que atualmente operam no País.”

Sob a égide da Constituição Federal de 1934, não surgiu nenhuma legislação que regulamentasse o processo competitivo sob a ótica antitruste⁵⁰². No entanto, como se verá adiante, a preocupação com a proteção e o fomento da economia popular foi justamente a pedra fundamental que embasou o surgimento da primeira legislação antitruste brasileira, o Decreto-Lei 869/1938.

De inspiração fascista⁵⁰³ e suprimindo instituições democráticas presentes na Constituição Federal de 1934⁵⁰⁴, a Constituição Federal de 1937, ao disciplinar a ordem econômica, referiu-se expressamente à possibilidade de intervenção estatal no domínio

⁴⁹⁷ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 48–49.

⁴⁹⁸ Cf. Oliveira e Rodas, *Direito e Economia da Concorrência*, 30; Proença, *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, 25.

⁴⁹⁹ Cf. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 96; Pfeiffer, *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*, 131.

⁵⁰⁰ “Art. 115. A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da Justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

⁵⁰¹ Cf. Proença, *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, 25.

⁵⁰² Cf. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 98.

⁵⁰³ Cf. *Ibidem*, 99.

⁵⁰⁴ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 49.

econômico, que só se legitimaria para suprir deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores de produção.⁵⁰⁵

Seguindo o caminho já traçado pela Constituição Federal de 1934, a Constituição Federal de 1937 também se preocupou com a tutela da economia popular, porém de maneira mais ampla e incisiva. Nesse sentido, determinou que os crimes contra a economia popular fossem equiparados aos crimes contra o Estado:

“Art. 141. A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição.”

É com base em tal Art. 141 da Constituição Federal de 1937 que surge a primeira legislação brasileira nitidamente antitruste, o Decreto-Lei 869/1938, sobre o qual se discorrerá a seguir.

3.1.2. Decreto-Lei 869/1938

É possível sustentar⁵⁰⁶ que a história da legislação antitruste brasileira teve origem com o Decreto-Lei 869/1938, de natureza evidentemente penal, uma vez que objetivou expressamente definir “*os crimes contra a economia popular, sua guarda e emprego*”⁵⁰⁷.

Fruto do trabalho de dois personagens muito importantes da história brasileira⁵⁰⁸, o então ministro da Justiça e Negócios Interiores Francisco L. da S. Campos e o jurista Nelson Hungria G. Hoffbauer, responsável pela preparação do texto⁵⁰⁹, tal decreto-lei surgiu em

⁵⁰⁵ “Art. 135. Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

⁵⁰⁶ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 58; Pfeiffer, *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*, 131.

⁵⁰⁷ Adicionalmente, o Decreto-Lei 1.716/1939 dispôs posteriormente sobre a configuração e o julgamento dos crimes contra a economia popular, definindo e delimitando a amplitude de alguns termos e expressões utilizados no Decreto-Lei 869/1938.

⁵⁰⁸ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 58.

⁵⁰⁹ Mário Cabral ressalta que “[s]e Francisco Campos foi o idealizador e o responsável político pelo Decreto-Lei nº 869/1938, Hungria foi o executor da ideia, o ‘redator’ e ‘autor intelectual’ do decreto, tendo assessorado Campos na elaboração do referido diploma quando este foi ministro da Justiça e Negócios Interiores. No papel de jurista responsável pela formulação jurídica da lei, Hungria deu mais atenção à discussão jurídica em torno do decreto do que [à] sua justificação política ou econômica, o que coube a Campos.” Cf. *Ibidem*, 72.

meio ao novo contexto ideológico introduzido pelas Constituições de 1934 e 1937. Nele, o Estado ganhava aos poucos o papel de coordenador da conduta dos agentes econômicos.⁵¹⁰

⁵¹¹ Afinal, o embasamento constitucional do Decreto-Lei 869/1938 era justamente o Art. 141 da Constituição Federal de 1937, que equiparava os crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado.

Embora o Decreto-Lei 869/1938 tenha previsto uma série de ilícitos pouco ou nada relacionados com questões antitruste, é possível afirmar que o seu núcleo principal estava justamente no abuso praticado por agentes de mercado participantes de trustes, cartéis e detentores de poder econômico.⁵¹²

Nesse sentido, uma das principais preocupações relacionadas à temática antitruste estava disposta no inciso III do Art.2º do Decreto-Lei 869/1938:

“Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.

Art. 2º São crimes dessa natureza:

[...]

III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou *fusão de capitais*, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio; [...]”⁵¹³

Como se pode facilmente perceber, é notória a preocupação estrutural expressa pelo teor do inciso III do Art.2º do Decreto-Lei 869/1938. Embora, em comparação com a legislação antitruste atual, tal dispositivo possa ser identificado também à prática de cartel (Art. 36, §3º, incisos I e II, da Lei 12.529/2011), é incontestável a sua associação com os atos de concentração econômica descritos no Art. 90 da Lei 12.529/2011, objeto do controle de concentrações realizado atualmente pelo SBDC.⁵¹⁴

Portanto, desde o surgimento da legislação antitruste no Brasil, a preocupação com a realização de atos de concentração econômica já estava, de alguma forma, ali inserida, sob o amparo de um objetivo maior de proteção da economia. E tal preocupação se cristalizava de uma forma ainda extremamente mais rígida que a atual, uma vez que, por exemplo, a

⁵¹⁰ Cf. Proença, *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, 25.

⁵¹¹ “As Constituições brasileiras de 1934 e 1937 faziam referência à possibilidade de o Estado intervir no domínio econômico sem, contudo, prever de forma expressa a repressão ao ‘abuso do poder econômico’” Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 25.

⁵¹² Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 58.

⁵¹³ Destaques em itálico inseridos.

⁵¹⁴ Também defendendo essa ideia, ver Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 60.

realização de fusão de capitais com o objetivo de dificultar a concorrência constituía um crime inafiançável contra a economia popular, com a cominação de pena de prisão de 2 a 10 anos e multa.

Pode-se dizer, assim, que no âmbito do Decreto-Lei 869/1938 havia um controle de concentrações realizado *a posteriori*, que ficava a cargo do Tribunal de Segurança Nacional, responsável por processar e julgar os crimes prescritos pelo Decreto-Lei 869/1938, conforme o seu Art. 6º.⁵¹⁵⁻⁵¹⁶

Recorrentemente a literatura brasileira retrata a inaplicação do Decreto-Lei 869/1938, relatando apenas uma única situação em que tal decreto-lei tenha sido efetivamente colocado em prática.⁵¹⁷ Trata-se de um parecer do então Consultor-Geral da República Anibal F. da Fonseca relativo a cláusulas de contratos da *Standard Oil Company of Brazil*. Para sustentar tal posicionamento, os autores brasileiros quase que unanimemente citam a seguinte passagem de Benjamin M. Shieber, que parece ter sido o primeiro⁵¹⁸ a defender a ideia de que o Decreto-Lei 869/1938 praticamente não foi aplicado, ainda em 1966:

“[m]algrado a amplitude destes dispositivos, eles não foram executados. Um exame da jurisprudência e livros de doutrina revelou só um caso em que os dispositivos antitruste do decreto-lei foram executados, e isto ocorreu não em um processo judicial, mas em um parecer do Consultor-Geral da República respondendo a uma consulta da Standard Oil Company of Brazil. No parecer, o então Consultor-Geral da República, Dr. Anibal Freire, opinou que algumas cláusulas no contrato que a Standard Oil celebrou com proprietários de postos de gasolina foram ilícitos. [...] A nosso ver, um fator que contribuiu sensivelmente para este desuso encontra-se no fato de que não se cuidou de criar um órgão especializado com competência para executar os dispositivos antitruste do decreto-lei n. 869.”⁵¹⁹

⁵¹⁵ Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 26.

⁵¹⁶ “Art. 6º. Os crimes definidos nesta lei são inafiançáveis e serão processados e julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional. Neles não haverá suspensão da pena nem livramento condicional.”

⁵¹⁷ Nesse sentido, por exemplo, Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 101–2; Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 26; João B. L. da Fonseca, *Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste*, 2ª (Rio de Janeiro: Forense, 2001), 46–47; Proença, *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, 26–27; Isabel Vaz, *Direito Econômico da Concorrência* (Rio de Janeiro: Forense, 1993), 247; Carlo Barbieri Filho, *Disciplina da Concorrência: abuso do poder econômico* (São Paulo: Resenha Tributária, 1984), 34.

⁵¹⁸ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 87.

⁵¹⁹ Cf. Benjamin M. Shieber, *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966), 6. Texto adaptado às regras ortográficas atuais.

Todavia, tal entendimento de Shieber incessantemente repetido pela literatura brasileira já foi demonstrado equivocado. Em uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial aparentemente mais profunda que a de Shieber, Mário André M. Cabral relata outros casos em que dispositivos nitidamente de caráter antitruste do Decreto-Lei 869/1938 foram os pontos focais de discussão no Tribunal de Segurança Nacional e até mesmo no Supremo Tribunal Federal.⁵²⁰

Por outro lado, Cabral não nega uma baixa efetividade do combate, pelo Tribunal de Segurança Nacional, aos atos prejudiciais à economia popular. Nesse sentido, embora se comprove uma aplicação dos dispositivos antitruste superior à retratada por Shieber, reconhece-se que o Tribunal de Segurança Nacional centrou suas atenções, na maioria das vezes, a casos envolvendo empresas de pequeno porte, deixando os grandes agentes impunes. É o que o próprio Nelson Hungria afirmou ao prestar depoimento sobre projeto de nova regulamentação antitruste, na Câmara dos Deputados, em 1956:

“[o] mais grave, e está ocorrendo, é que enquanto os capitães da indústria, os *tubarões*, os polvos se enriquecem da noite para o dia, fazendo impunemente fortunas astronômicas à custa da carestia da vida e dos preços máximos, apenas sofre as consequências penais o mísero vendeiro de esquina, que pede mais vinte centavos do quilo do açúcar, ou o padeiro que pede mais dez centavos além do preço da tabela!”⁵²¹

Independentemente de sua baixa efetividade na luta contra os “grandes tubarões”, fato é que o Decreto-Lei 869/1938 inaugurou na legislação brasileira a preocupação com a temática antitruste. E mais que isso: é possível sustentar que inseriu tal preocupação objetivando a proteção da economia popular inclusive por meio de um incipiente controle de estruturas criminal.

No entanto, o que poucos discutem, ou tratam de maneira pouco profunda, é o conceito de “economia popular” no Decreto-Lei 869/1938. A primeira vez que um autor tentou desvendar o conceito, fazendo uma retrospectiva da teoria econômica da época, investigando as opiniões dos próprios formuladores do decreto-lei e dos autores da época, foi somente em 2019. Cabral, em artigo denominado “O Sentido de ‘Economia Popular’: a

⁵²⁰ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 88–91; Mário A. M. Cabral, “A Aplicação do Antitruste no Brasil: o mito da falta de efetividade da Lei de Crimes contra a Economia Popular de 1938”, *Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC* 38.2 (julho de 2018): 171–90.

⁵²¹ Cf. Nelson Hungria, “Atas das Comissões”, *Diário do Congresso Nacional*, 22 de fevereiro de 1956, 29ª edição, seq. 1, 1193.

origem do antitruste no Brasil nos anos 1930”⁵²², inicialmente demonstrou como o tema é tratado até então por boa parte dos principais autores brasileiros contemporâneos no campo de estudo do antitruste⁵²³.

Pelo que se percebe, de maneira geral, os autores, em sua maioria, além de sempre se referirem ao estudo de Shieber para sustentar a baixa efetividade do Decreto-Lei 869/1938, conforme mencionado acima, também veem uma conexão entre a defesa da economia popular e a defesa dos consumidores.

Forgioni, por exemplo, sustenta que “[o] primeiro diploma brasileiro antitruste surge com função constitucional bastante definida, buscando a tutela da economia popular e, portanto, precipuamente, do consumidor.”⁵²⁴

No mesmo sentido, Pfeiffer defende que

“ainda que não se empregasse a expressão ‘consumidor’ (até porque à época não se utilizava corriqueiramente tal termo nos textos legais) resta óbvio que a repressão ao abuso do poder econômico o tinha como destinatário, pois a tutela da economia popular redundava em proteção do consumidor.”⁵²⁵

Salomão Filho, por sua vez, afirma que, em sua origem, o antitruste brasileiro parte de “uma perspectiva eminentemente de proteção do consumidor, contra qualquer tipo de falseamento de seu processo de escolha.”⁵²⁶

Demonstrada a superficialidade do tratamento do significado da expressão, Cabral tenta então desvendar tal significado, principalmente com base em declarações dos formuladores do Decreto, na literatura da época que o abordou⁵²⁷ e também em decisões do Tribunal de Segurança Nacional.

⁵²² Cf. Mário A. M. Cabral, “O Sentido de ‘Economia Popular’: a origem do antitruste no Brasil nos anos 1930”, *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* 14, nº 1 (janeiro de 2019), <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30971>.

⁵²³ Cf. *Ibidem*, 7–12.

⁵²⁴ Cf. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 100.

⁵²⁵ Cf. Pfeiffer, *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*, 132.

⁵²⁶ Cf. Calixto Salomão Filho, *Direito Concorrencial: as estruturas* (São Paulo: Malheiros Editores, 2007), 83.

⁵²⁷ As obras consideradas por Cabral foram as seguintes: Elias de Oliveira, *Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional: doutrina, jurisprudência e legislação* (Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952); Roberto Lyra, *Crimes contra a Economia Popular: doutrina, legislação e jurisprudência* (Rio de Janeiro: Jacinto, 1940); João Lyra Filho, *Problemas de Economia Popular* (Rio de Janeiro: Alba, 1939).

As manifestações de Campos e de Hungria aparentemente representam suficientemente bem o que se queria dizer ao utilizar a expressão numa legislação de proteção da concorrência.

Em relação a Campos, Cabral relata⁵²⁸ uma entrevista concedida por ele para o jornal “A Noite”, poucos dias após a publicação do Decreto-Lei 869/1938. Nela, Campos afirmou o seguinte sobre o decreto-lei:

“dentro de sua órbita de ação não se enquadra apenas a punição efetiva dos criminosos que outrora ficavam impunes, mas também a repressão de manejos dos mais fortes, economicamente, contra os fracos e pobres. A absoluta liberdade econômica conduz à escravidão dos pequenos a um número reduzido de magnatas. Ao Estado cumpre cuidar do bem-estar da coletividade, fomentando e defendendo a pequena economia contra os *trusts*, carteis e anéis de produção, tão comuns, na época do grande capitalismo, que terminam colocando o povo na sua inteira dependência econômica e por fim submetendo o próprio Estado e pondo-o a serviço dos seus interesses particulares.”⁵²⁹

Quanto às posições de Hungria, Cabral ressalta que, embora ele não defendesse a planificação da economia pelo Estado, seu posicionamento era contrário àquilo que chamava de economia liberal, onde os mais fortes sobrepujavam os mais fracos⁵³⁰. Essa visão, portanto, se refletia em sua concepção de proteção da concorrência e seu objeto àquela época, a economia popular. Tal sentimento pode ser extraído, por exemplo, das seguintes manifestações de Hungria sobre o Decreto-Lei 869/1938:

“cuida o referido decreto-lei de fazer incidir sob rigorosa ameaça penal toda uma série de fatos [...] que, direta ou indiretamente, impedem ou fazem periclitar as condições favoráveis à economia do povo, a justa proporção entre os preços e os valores, a providente formação de reservas pecuniárias no seio das classes menos favorecidas da fortuna, e que estão em maioria, bem como a segurança do depósito ou aplicação dos pecúlios acumulados, do dinheiro arduamente poupado pelo povo.”⁵³¹

⁵²⁸ Cf. Cabral, “O Sentido de ‘Economia Popular’”, 12–14.

⁵²⁹ Cf. Francisco L. da S. Campos, “A Lei de Proteção à Economia Popular. Entrevista do Sr. Ministro da Justiça, concedida a ‘A Noite’, em 28 de novembro de 1938”, in *Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio*, por Nelson Hungria (Rio de Janeiro: Jacintho, 1939), 190.

⁵³⁰ Cf. Cabral, “O Sentido de ‘Economia Popular’”, 14–15.

⁵³¹ Cf. Nelson Hungria, *Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio* (Rio de Janeiro: Jacintho, 1939), 14–15.

Assim, ao também analisar, como mencionado, a literatura da época que discutiu o Decreto-Lei 869/1938⁵³² e também algumas decisões do Tribunal de Segurança Nacional⁵³³, Cabral conclui, em síntese, que “o que se visava proteger sob a rubrica de economia popular seria o ‘bem-estar social’ e o ‘poder econômico’ do povo, o que possibilitaria uma ‘coexistência coletiva’ de acordo com padrões mínimos de existência digna”⁵³⁴.

Do ponto de vista prático, isso significava, basicamente, enfrentar altos preços e problemas de abastecimento que poderiam ser gerados pelo acúmulo de poder econômico, especialmente quando relacionados a bens essenciais, como alimentos, remédios e vestiário⁵³⁵.

Percebe-se, portanto, que o trabalho de Cabral, na verdade, não nega a literatura atual que afirma – de maneira um tanto superficial, é verdade – que o conceito de “proteção da economia popular” está ligado à tutela do consumidor. No entanto, ele qualifica tal associação ao demonstrar que o interesse não é propriamente de proteger qualquer consumidor, mas classes específicas de consumidores. Assim, a intenção era principalmente proteger consumidores que teriam sua subsistência prejudicada em virtude de problemas concorrenciais, como aumento de preços e problemas de abastecimento de bens essenciais.

Parece possível sustentar, portanto, que esse objetivo principal do primeiro diploma concorrencial brasileiro – de proteger a economia popular – poderia se aproximar de objetivos do antitruste não-baseados em eficiência econômica. Principalmente, dos objetivos de promoção de justiça, equidade, redução das desigualdades e da pobreza, discutidos no subtópico 2.2.3.3 acima.

Ao se olhar, por exemplo, para a ideia de “escada da mobilidade” de Fox⁵³⁶, é difícil não vislumbrar nela alguma conexão com a ideia de proteção da economia popular, muito embora tal eventual conexão seja totalmente anacrônica, tendo em vista a data de publicação do Decreto-Lei 869/1938 e a data das contribuições de Fox (2007). Por outro lado, esse mesmo anacronismo não se verifica se se considerar que, embora a expressão criada por Fox

⁵³² Cf. Cabral, “O Sentido de ‘Economia Popular’”, 16–19.

⁵³³ Cf. *Ibidem*, 22–24.

⁵³⁴ Cf. *Ibidem*, 18.

⁵³⁵ Cf. *Ibidem*, 19–22; Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 93–107.

⁵³⁶ Ver nota 440.

seja recente, o debate sobre objetivos não-baseados em eficiência existe desde o surgimento do antitruste nos Estados Unidos.

De todo modo, se é verdade que se pode ligar a ideia de proteção da economia popular a alguns objetivos tradicionais do antitruste não-baseados em eficiência, deveria ser possível identificar um maior grau de intensidade e intervenção antitruste em tal modelo. Como se viu, entretanto, não foi isso que aconteceu nesse período inicial, marcado pela baixa efetividade do combate, pelo Tribunal de Segurança Nacional, aos atos prejudiciais à economia popular.

3.1.3. Decreto-Lei 7.666/1945

Em 1945, Agamenon Magalhães, então Ministro da Justiça e Negócios Interiores, tido até hoje como uma das mais importantes figuras da história do antitruste no Brasil⁵³⁷, apresentou o anteprojeto do texto que acabou se tornando o Decreto-Lei 7.666/1945 – também conhecido como “Lei Malaia”⁵³⁸. Tal decreto se referia aos atos contrários à ordem moral e econômica, condenando práticas ou atos contrários aos interesses da economia nacional, e criava a Comissão Administrativa de Defesa Econômica (“C.A.D.E.”), órgão subordinado ao Presidente da República e presidido pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores.

O Decreto-Lei 7.666/1945 já previa o controle de estruturas prévio e obrigatório, assim como o controle atualmente previsto pela Lei 12.529/2011, em determinados setores da economia:

“Art. 1º. Consideram-se *contrários aos interesses da economia nacional*:

⁵³⁷ Agamenon, com exceção de um breve período eleitoral em 1950, sempre foi tido como um dos maiores aliados do Presidente Getúlio Vargas. Ele teria inclusive auxiliado no golpe de estado que deu origem ao Estado Novo. Cabral propõe ligação entre a preocupação de Agamenon com questões sociais – a qual influenciou sua atuação no campo antitruste – à sua formação política e ideológica atrelada à orientação religiosa católica, que lhe provia o pensamento social católico. Para mais detalhes sobre a carreira de Agamenon, sua relação com Vargas e suas influências e convicções sociais e políticas, ver Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 116–37.

⁵³⁸ O filho de Agamenon, Paulo Germano de Magalhães, em entrevista concedida à Secretária-Executiva do CADE, afirmou que “[a]lguns traços fisionômicos e a cor de sua tez levaram a amigos e inimigos de Agamenon Magalhães a apelidá-lo, carinhosa ou rancorosamente, conforme o caso, em razão dessas características.” Uma dessas pessoas teria sido Assis Chateaubriand, que, em tom jocoso, passou a se referir a Agamenon como “O Malaio”, em virtude das denúncias patrocinadas por Agamenon Magalhães contra o monopólio da comunicação no Brasil. Cf. Paulo Germano de Magalhães, “As Origens do Nome ‘Lei Malaia’”, *Revista do CADE* 4 (janeiro de 1988): 11.

I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

- a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;
- b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;
- c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;

II – os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;

[...]

V – a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota[s], ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I.

[...]

Art. 8º Não se poderão fundir, incorporar, transformar, agrupar de qualquer modo, ou dissolver, sem prévia autorização da C.A.D.E.:

- a) os estabelecimentos bancários;
- b) as empresas que tenham por objeto a produção ou distribuição de gêneros alimentícios;
- c) as empresas que operem em seguros e capitalização;
- d) as empresas de transportes ferroviário, rodoviário e as de navegação marítima, fluvial ou aérea;
- e) as empresas editoras, jornalísticas, de rádio e teledifusão, de divulgação e publicidade;
- f) as indústrias bélicas, básicas, de interesse nacional e as empresas distribuidoras dos respectivos produtos;
- g) as indústrias químicas, de especialidades farmacêuticas ou de laboratório e de materiais odontológicos;
- h) as indústrias de tecidos e calçados;
- i) as empresas de mineração;
- j) a produção e distribuição de instrumentos de trabalho, de um modo geral;
- k) as empresas de eletricidade, gás, telefone e transportes urbanos e, em geral, os concessionários de serviços de utilidade pública.

Art. 9º. A partir da data da publicação deste decreto-lei, o Departamento Nacional da Indústria e Comércio e as Juntas Comerciais não poderão registrar alterações nos contratos ou estatutos de quaisquer firmas ou sociedades das espécies referidas no Art. 8º, nem atos relativos à fusão, transformação ou incorporação das mesmas, sem a prévia audiência e autorização da C.A.D.E.

Parágrafo único. São nulos de pleno direito os registros feitos com inobservância deste dispositivo.”⁵³⁹

De acordo com Martinez, foi possível perceber, principalmente por meio da exposição de motivos do Decreto-Lei 7.666/1945, que ainda imperava, como objetivo principal de tal decreto, a proteção da economia popular:

“longe de evidenciar uma preocupação com o incremento do bem-estar agregado (eficiência econômica), o Decreto-Lei nº 7.666/45 tem em sua razão de ser fundamentos voltados à proteção das classes rurais e menos abastadas (defesa da economia popular), em linha, aliás, com a política altamente intervencionista do Estado Novo.”⁵⁴⁰

Cabral também tem entendimento semelhante, no sentido de que os objetivos do antitruste abarcados pelo Decreto-Lei 7.666/1945 ainda carregavam as preocupações concorrenciais presentes no Decreto-Lei 869/1938:

“a preocupação com os preços e com a carestia da vida presente em Agamenon Magalhães segue a mesma lógica da defesa da economia popular consagrada no Decreto-Lei nº 869/1938. Aliás, não só essa preocupação herdada de 1938 que permanece com Agamenon Magalhães; o abastecimento segue sendo uma questão relevante a ser remediada por meio da legislação antitruste. As condutas dos açambarcadores não só eram notadas e reprovadas por Agamenon Magalhães, como foram rechaçadas no âmbito da “Lei Malaia”, que considerou contrários aos interesses da economia nacional os atos de “retenção de estoques de mercadorias” (art. 1º, II). Pode-se dizer, nesse sentido, que, a despeito das diferenças entre o decreto de 1938 e o Decreto-Lei nº 7.666/1945, os dois diplomas têm preocupações semelhantes, notadamente no que se refere aos prejuízos causados à população em virtude das manipulações de preços, do aumento da carestia de vida e das dificuldades provocadas por problemas de abastecimento.”⁵⁴¹

Nota-se claramente, portanto, que os objetivos do antitruste que estavam sendo priorizados no Decreto-Lei 7.666/1945 eram plenamente condizentes com e refletiam o contexto socioeconômico vivido pelo país naquela época. Nesse sentido, evidencia-se seu caráter essencialmente nacionalista e protecionista⁵⁴², expresso nas próprias ideias de Agamenon:

⁵³⁹ Destaques em itálico inseridos. Texto adaptado às regras ortográficas atuais.

⁵⁴⁰ Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 28–29.

⁵⁴¹ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 121–22.

⁵⁴² Cf. Ibidem, 137–44; Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 102–4; Oliveira e Rodas, *Direito e Economia da Concorrência*, 33.

“[o] capital industrial, que atingiu seu apogeu no Velho Mundo e na América do Norte, só nos meados do século XX se volta para o Brasil e atravessa as nossas fronteiras, com a sua técnica, as suas formas de concentração, a sua cobiça de lucros e de mercados. O Brasil que, na colônia e no Império, não soube defender-se contra o mercantilismo capitalista, que levou o ouro do açúcar, das minas e do café para Portugal, Holanda e Inglaterra, deve ter outra atitude em face da Revolução Industrial. Se as Companhias de Comércio dos séculos XVI, XVII e XVIII dominaram os mares e as trocas do mundo, os *trusts* e os cartéis controlam hoje a produção industrial e a sua distribuição em todos os mercados. A verdade é que devemos ser senhores das nossas matérias-primas e das nossas riquezas minerais, mas senhores industrialmente, formando no Brasil grande mercado de trabalho e de consumo.”⁵⁴³

O Decreto-Lei 7.666/1945, contudo, sofreu muita resistência⁵⁴⁴. Cabral apresenta quatro principais origens da grande resistência ao decreto: (i) forças político-partidárias internas; (ii) diplomacia internacional, principalmente dos Estados Unidos; (iii) elites econômicas nacionais e (iv) imprensa brasileira.⁵⁴⁵

Dentre essas resistências, parece ter se destacado aquela visão centrada nos malefícios do autoritarismo representado pelo Decreto-Lei 7.666/1945, principalmente porque foi com base nela que se revogou o decreto poucos dias depois da deposição de Getúlio Vargas.⁵⁴⁶ Em 9 de novembro de 1945, por meio do Decreto-Lei 8.167/1945, o Presidente interino José Linhares revogou o Decreto-Lei 7.666/1945 antes mesmo de sua regulamentação.

A curta duração do Decreto-Lei 7.666/1945 e a forte resistência sofrida por ele não significam, no entanto, que tal diploma não tenha contribuído para o desenvolvimento do

⁵⁴³ Cf. Agamenon Magalhães, “Abuso do Poder Econômico”, *Revista Forense* 124 (1949): 285–89.

⁵⁴⁴ Cf. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 106.

⁵⁴⁵ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 144–58.

⁵⁴⁶ “As críticas ao Decreto-Lei nº 7.666/1945 que mais reverberaram na imprensa não eram tanto as relativas a seu caráter antitruste ou, especificamente, ao dispositivo que obrigava as sociedades anônimas a terem o capital dividido em ações nominativas, mas sim as relacionadas ao que o decreto trazia de autoritário: o modo como foi elaborado (é dizer, sem ser precedida de debate com a sociedade, tampouco, por óbvio, de debate legislativo) e, sobretudo, o excessivo poder atribuído a uma entidade burocrático-administrativa, cujas decisões não poderiam ser questionadas nem na via administrativa nem na judicial.” Cf. *Ibidem*, 153. “Diante da comoção provocada pela ‘Lei Malaia’, que passou a ser vista como símbolo da tentação autoritária que estaria presente enquanto Vargas estivesse no poder, sua revogação foi uma das primeiras providências tomadas pelo novo Presidente da República que assumiu com a queda de Vargas, José Linhares (1886-1957), e seu novo ministro da Justiça e Negócios Interiores, Sampaio Dória (1883-1964). Linhares, então presidente do Supremo Tribunal Federal (STF), assumiu interinamente a presidência em 29 de outubro de 1945. Em 9 de novembro desse ano foi assinado o Decreto-Lei nº 8.167, que revogou o Decreto-Lei nº 7.666/1945.” Cf. *Ibidem*, 155–56.

antitruste no Brasil. Ele contribuiu de maneira relevante. A literatura elenca suas cinco principais contribuições⁵⁴⁷:

- (i) pioneirismo ao criar uma comissão administrativa (C.A.D.E.) responsável pelo julgamento de casos antitruste, o que foi reproduzido em todas as legislações antitruste brasileiras posteriores;
- (ii) pioneirismo ao criar um controle de estruturas prévio, posteriormente reintroduzido no sistema brasileiro somente com a Lei 12.529/2011;
- (iii) tipificação mais precisa dos ilícitos concorrenciais, em comparação com o Decreto-Lei 869/1938;
- (iv) análise antitruste pautada nos efeitos, e não na verificação de atos, como ocorrera no Decreto-Lei 869/1938; e
- (v) inserção do antitruste no centro dos debates nacionais, criando na opinião pública a ideia de que trustes e cartéis são prejudiciais e devem ser combatidos.

Esse legado contribuiu para o contínuo desenvolvimento do antitruste no Brasil, sendo que boa parte das legislações e constituições posteriores se alimentaram, pelo menos, de algumas dessas características, começando pela Constituição Federal de 1946.

3.1.4. Constituição Federal de 1946

No ano seguinte à revogação do Decreto-Lei 7.666/1945, tivemos a promulgação de nova Constituição Federal brasileira, que condensava, em seu Art. 148, constante do Título V (“Da Ordem Econômica e Social”), preocupações já surgidas com o Decreto-Lei 7.666/1945⁵⁴⁸:

“Art. 148. A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais

⁵⁴⁷ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 156–58. Também sobre o legado e a importância do Decreto-Lei 7.666/1945, ver Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 105–6; Ana Maria de O. Nusdeo, *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas* (São Paulo: Malheiros Editores, 2002), 219.

⁵⁴⁸ Cf. Proença, *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, 26–27; Vaz, *Direito Econômico da Concorrência*, 28.

ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.”

Agamenon foi novamente a referência, dessa vez como relator do Título V da Constituição Federal de 1946 enquanto deputado federal eleito para a Assembleia Nacional Constituinte de 1946. Pela primeira vez, incluiu-se expressamente em texto constitucional a preocupação com o abuso do poder econômico.⁵⁴⁹

Houve, portanto, uma aparente mudança do objetivo perseguido pelo antitruste brasileiro da “tutela da economia popular” para a “repressão ao abuso de poder econômico”. Entretanto, tal mudança era, nesse momento, realmente só aparente, uma vez que o significado real de ambas as expressões era bastante similar.⁵⁵⁰

No entanto, fato é que essa nova expressão estava consagrada a partir desse momento e passava a marcar toda a história de desenvolvimento do antitruste brasileiro. Independentemente da inicial similaridade entre os conceitos, não se pode negar que a nova terminologia abria novas possibilidades ao intérprete do texto constitucional, especialmente de acordo com o momento político e econômico vivido pelo país em cada época.

3.1.5. Leis 1.521/1951 e 1.522/1951

Embora a Constituição Federal de 1946 tenha englobado a preocupação antitruste remetendo a matéria ao tratamento legislativo, conforme visto acima, a revogação do

⁵⁴⁹ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 159; Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 107; Nusdeo, *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*, 219. É inegável a influência do Art. 148 da Constituição Federal de 1946 sobre as constituições posteriores, como ocorre no Art. 157, inciso VI, da Constituição Federal de 1967, no Art. 160, inciso V, do novo texto constitucional oriundo da Emenda Constitucional 1/1969, e no Art. 173, §4º, da Constituição Federal de 1988. Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, n. 429.

⁵⁵⁰ “A Constituição de 1946 apenas tornou expressa a necessidade de se reprimir o abuso do poder econômico, mas isso já estava contido nas determinações constitucionais anteriores que visavam à proteção da economia popular.” Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 159. “Pode-se dizer, nesse passo, que a expressão ‘repressão do abuso do poder econômico’ prevaleceu constitucional e historicamente sobre a expressão ‘fomento da economia popular’. Todavia, os objetos juridicamente protegidos com base em ambas as expressões constitucionalmente previstas são, como se viu, praticamente idênticos, a despeito das diferenças políticas e econômicas de cada período histórico.” Cf. *Ibidem*, n. 429.

Decreto-Lei 7.666/1945 por meio do Decreto-Lei 8.167/1945 significou uma concomitante ausência temporária de legislação antitruste⁵⁵¹.

Em 1948, Agamenon até continuou a sua cruzada antitruste, encaminhando o novo Projeto de Lei 122/1948 para tramitação legislativa. Contudo, com a sua saída da câmara dos deputados em 1951 para assumir o governo de Pernambuco e a sua morte em 1952, tal projeto perdeu força⁵⁵², embora já tivesse dado origem a extensas discussões⁵⁵³.

Como se verá no subtópico 3.1.6 adiante, o Projeto de Lei 122/1948 foi retomado pelo filho de Agamenon, Paulo Magalhães, e acabou indiretamente culminando na Lei 4.137/1962. Mas até lá foram dezessete anos sem uma legislação antitruste. Durante esse período, duas leis funcionaram como espécie de paliativos até que se tivesse novamente uma legislação e uma autoridade antitruste bem estruturadas.

A primeira delas foi a Lei 1.521/1951. Ela retomou a ideia de crimes contra a economia popular, reproduzindo as principais regras do Decreto-Lei 869/1938 e contribuindo para o reforço do objetivo do antitruste de proteção da economia popular. O enfoque era, portanto, evidentemente penal, e não administrativo, ao contrário do que já se tinha feito com o Decreto-Lei 7.666/1945. Nesse sentido, o dispositivo que refletia as principais preocupações relacionadas à temática antitruste do Decreto-Lei 869/1938 (inciso III do Art.2º) foi integralmente reproduzido no texto da Lei 1.521/1951:

“Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular, [e]sta Lei regulará o seu julgamento.

[...]

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou *fusão de capitais*, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio.”⁵⁵⁴

A segunda foi a Lei 1.522/1951. A principal preocupação desse diploma foi a garantia do abastecimento, que, como se viu no subtópico 3.1.2 acima, era um dos fundamentos do

⁵⁵¹ O Decreto-Lei 869/1938, na verdade, nunca foi efetivamente revogado. No entanto, conforme relata a literatura, ele se enfraqueceu bastante após a extinção do Tribunal de Segurança Nacional, por meio da Lei Constitucional 14/1945. Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, n. 442.

⁵⁵² Cf. Ibidem, 180; Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, n. 14.

⁵⁵³ Para detalhes sobre todo o extenso trâmite legislativo dos Projetos de Lei 122/1948 e 3/1955, ver Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 172–98.

⁵⁵⁴ Destaques em itálico inseridos.

próprio conceito de proteção da economia popular. O poder público, por meio da Comissão Federal de Abastecimento e Preços (“COFAP”) estaria, assim, autorizado a intervir na economia para garantir a livre distribuição de produtos e serviços essenciais ao consumo do povo (Art. 1º).

Essas duas leis de 1951, no entanto, quando comparadas à precocemente revogada Lei 7.666/1945, além de não serem totalmente voltadas ao regramento concorrencial, também não propuseram um tratamento efetivamente estruturado do antitruste⁵⁵⁵. Por isso é que se falou que serviram como paliativos. Alguns autores, em suas reconstruções históricas, nem sequer mencionam tais diplomas normativos⁵⁵⁶.

Era evidente, portanto, a necessidade de uma nova lei especificamente antitruste, embora houvesse quem se manifestasse contrariamente, no sentido de que a Lei 1.521/1951 e a Lei 1.522/1951 já seriam suficientes regramentos para o antitruste⁵⁵⁷. De todo modo, o que é inegável – e mais importante para o que se busca desvendar nesta parte deste trabalho – é que a Lei 1.521/1951 e a Lei 1.522/1951 contribuíram novamente para o reforço da ideia de que o objetivo primordial do antitruste àquela época ainda era a proteção da economia popular.

3.1.6. Lei 4.137/1962

Em 1955, o filho de Agamenon, Paulo Magalhães, apresentou o Projeto de Lei 3/1955, que consistia numa reprodução do Projeto de Lei 122/48 anteriormente apresentado por seu pai, e culminou na Lei 4.137/1962⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 171–72.

⁵⁵⁶ Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 30–31.

⁵⁵⁷ Cf. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 109–10; Nusdeo, *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*, 219–20; Vaz, *Direito Econômico da Concorrência*, 253–55.

⁵⁵⁸ A Lei 4.137/62 foi regulamentada inicialmente pelo Decreto 52.025/1963 e posteriormente pelo Decreto 92.323/1986.

Primeira lei antitruste realmente efetiva⁵⁵⁹ adotada pelo Brasil, ela condenou o abuso de poder econômico em seu Art. 2º⁵⁶⁰, criou o CADE no Art. 8º⁵⁶¹, cujas competências foram inseridas no Art. 17, e estabeleceu, no Art. 74, o controle prévio de determinados atos de concentração:

“Art. 74. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;
- e) especializar a produção ou distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

§1º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias.

§2º Os atos a que se refere o parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-

⁵⁵⁹ Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 30.

⁵⁶⁰ “Art. 2º. Consideram-se formas de abuso do poder econômico: I – Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de: a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades; b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas; d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitos em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas; e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa; f) cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros; g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa. II – Elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção. III – Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de: a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo; b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima; c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo; d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas; IV – Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de: a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço; b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem. V – Exercer concorrência desleal, por meio de: a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária; b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.” Texto adaptado às regras ortográficas atuais.

⁵⁶¹ “Art. 8º É criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, incumbida da apuração e repressão dos abusos do poder econômico, nos termos da presente lei.” Texto adaptado às regras ortográficas atuais.

mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção.

§3º Em qualquer caso será de 60 (sessenta) dias o prazo para o pronunciamento do CADE. Findo este prazo, entende-se o ato como válido até que o CADE sobre ele se pronuncie.”⁵⁶²

Na justificativa do então Projeto de Lei 122/48, é possível encontrar trechos em que Agamenon afirmava ter como inspiração para seu projeto de lei a experiência norte-americana de luta contra os trustes e o abuso de poder econômico em geral⁵⁶³⁻⁵⁶⁴. Parte da literatura ressalta uma maior preocupação com o mercado em si nessa legislação do que nos diplomas anteriores, significando talvez o início de uma evolução no sentido do parcial esquecimento do objetivo antitruste de proteção da economia popular⁵⁶⁵.

Embora tenha sido a primeira legislação antitruste que foi efetiva no Brasil, a implementação da Lei 4.137/1962 foi aquém do esperado⁵⁶⁶, uma vez que menos de dois

⁵⁶² Texto adaptado às regras ortográficas atuais.

⁵⁶³ “Em nossa estruturação constitucional dos Poderes, com ascendência do Poder Judiciário, incumbido de zelar pela unidade federal e pela supremacia da Carta Magna, tivemos de seguir o exemplo norte-americano, combinando o sistema da repressão administrativa com o da repressão judicial. [...] Sr. Presidente, está explicado que o projeto se inspirou na legislação norte-americana, servindo-se do seu sistema em combinação com o nosso e levando em conta as adaptações resultantes da organização judiciária brasileira. [...] Justificado o projeto em suas linhas gerais, quero declarar [à] Câmara que não há lei mais oportuna ou mais urgente do que esta ora apresentada à consideração dos meus pares. [...] A América do norte só conseguiu dominar os *trustes* de petróleo depois que a Suprema Corte, em 1911, decretou a dissolução da ‘Standard Oil’.” Cf. Agamenon Magalhães, “Expediente”, *Diário do Congresso Nacional*, 16 de abril de 1948, 64ª edição, 2443–44. Para outros aspectos relacionados à justificativa do Projeto de Lei 122/48, ver Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 162–65.

⁵⁶⁴ “[A] pretensão de Agamenon Magalhães, de incutir no senso comum do debate público a ideia de que trustes e cartéis eram nocivos aos interesses do País e fazer com que a preocupação antitruste se tornasse uma preocupação nacional, não foi desconstruída ao longo dos anos de tramitação da lei. Pelo contrário, apesar das modificações, reconhece-se a figura de Agamenon Magalhães não só na maioria dos dispositivos da Lei nº 4.137/1962, mas, sobretudo, nas ideias que subsidiaram esse diploma.” Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 201–2.

⁵⁶⁵ “[A Lei 4.137/1962] já demonstrava uma preocupação com o funcionamento do mercado. Não se denota da análise do texto de lei preocupação com o crime, mas sim com o mercado, podendo se afirmar que a descriminalização não é um fenômeno brasileiro, mas passível de verificação em todo o direito comparado.” Cf. Proença, *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*, 30.

⁵⁶⁶ “Pode-se ter a impressão, pela transcrição das ementas que efetuamos, que a Lei 4.137/1962 foi utilizada como eficaz e atuante instrumento de política econômica, auxiliar no processo de concentração de empresas e fortalecimento da indústria nacional. Tal conclusão, entretanto, não é correta. Em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves ‘surto’ ou ‘ondas’ de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou maior efetividade na realidade brasileira, sendo impossível identificar qualquer atuação linear e constante de diretriz econômica que se tenha corporificado em uma política da concorrência.” Cf. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 120. “[A] Lei 4.137/1962 foi marcada pela sua pouca efetividade, em especial por: 1) haver políticas públicas de incentivo à corrupção empresarial (sobretudo nos Planos Nacionais de Desenvolvimento); 2) pela escalada inflacionária, que desorganizava a atividade econômica e; 3) pelo instrumento de controle de preços efetivado pelo Poder Executivo Federal, que acabava por incentivar práticas uniformes e concertadas entre empresas.” Cf. Pfeiffer, *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*, 134. “[A] implementação de tal lei foi muito aquém do esperado, em vista do contexto econômico do país no período de sua vigência (política de substituição de importações, tabelamento de preços e proteção da indústria nacional) e pouco se viu de resultado para a promoção da concorrência. Esse ambiente protecionista era inclusive refletido nos

anos depois de sua promulgação teve início a ditadura militar. O contexto econômico que havia gestado muito custosamente a referida lei – após quatorze anos de trâmite legislativo – transformou-se completamente. A ideologia e os objetivos econômicos do período militar eram bastante diversos daqueles vividos anteriormente, sob os quais se deram as discussões e embates que modelaram a nova legislação antitruste⁵⁶⁷.

Tratava-se de uma nova orientação que favorecia as fusões e aquisições como mecanismo de criação de grandes empresas nacionais, promovendo a concentração de mercado em diversos setores⁵⁶⁸. Esse novo contexto e o seu natural embate com a Lei 4.137/1962 ficaram explícitos principalmente nos Planos Nacionais de Desenvolvimento (“PND”) adotados pelos governos militares.

Tanto no Primeiro PND⁵⁶⁹ quanto no Segundo PND⁵⁷⁰, ficaram explícitas as intenções do governo militar de promoção de grandes empresas nacionais, inclusive por meio de incentivos expressos à realização de fusões entre empresas.⁵⁷¹

No Primeiro PND, encontravam-se disposições como as seguintes:

“[s]ão pontos essenciais nesse modelo econômico: [...] III – Vitalidade do setor privado, originada de uma nova concepção de empresa, inclusive com tendência a fusões e a modernas estruturas de produção e de comercialização.”⁵⁷²

“Nesses aspectos, o programa de modernização compreenderá: 1) Incentivos fiscais do imposto de renda à fusão e à incorporação de empresas, conjugando-as à abertura de capital, na forma do Decreto-Lei nº

julgamentos do CADE.” Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 34–35.

⁵⁶⁷ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, 204–5.

⁵⁶⁸ Cf. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 117–18; Pfeiffer, *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*, 134–37; Nusdeo, *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*, 221–22.

⁵⁶⁹ O Primeiro PND foi instituído por meio da Lei 5.727/1971 para o período de 1972 a 1974.

⁵⁷⁰ O Segundo PND foi instituído por meio da Lei 6.151/1974 para o período de 1975 a 1979.

⁵⁷¹ “Uma reforma do sistema financeiro, aliada a um abundante crédito externo, permitiu um aprofundamento da política de substituição de importação. Esta industrialização forçada foi em parte liderada pelos investimentos diretos do Estado, em parte por este induzida por meio de estímulos que culminaram numa franca política de agregação empresarial, como se pode ver, do ângulo jurídico, pelos dispositivos concentracionistas das Leis n. 5.727/71 (I PND) e 6.151/74 (II PND) e neste último, com a criação do COFIE – estímulos fiscais – e do FMRI e PMRC, no âmbito do BNDE, todos, destinados a incentivar a política de fusão e incorporação nos setores em que ‘a excessiva disseminação de empresas nacionais lhes retire o poder de competição e as coloque em posição frágil, perante o concorrente estrangeiro.’ [...] Isto provocou uma certa desorientação na aplicação da Lei n. 4.137/62, mormente quando o CIP, ostensivamente, passava a estabelecer preços máximos, criando condições para que a prática de ajuste entre fabricantes, em vista da fixação uniforme de tabelas, acabasse por ser reconhecida.” Cf. Tércio S. Ferraz Júnior, “Lei de Defesa da Concorrência: origem história e base constitucional”, *Arquivos do Ministério da Justiça* 45, nº 180 (julho de 1992): 180.

⁵⁷² Cf. República Federativa do Brasil, “I Plano Nacional de Desenvolvimento”, Pub. L. No. 5727 (1971), 17–18.

1.182/71. 2) Modernização e reorganização industrial – pelo fundo específico, no BNDE, para financiar fusões e a reorganização técnica e administrativa. 3) Modernização e reorganização do Comércio [...], realizando fusões de empresas, implantando novos métodos de gestão e controle, e introduzindo, no País, consórcios de exportação.”⁵⁷³

“Continuará a política de incentivo a fusões no sistema financeiro, para aumento de eficiência. Considerar-se-á a tendência à formação de conglomerados [...]. O objetivo será sempre permitir a formação de sólidos grupos empresariais.”⁵⁷⁴

Já no Segundo PND, além de disposições esparsas, foi criado também um tópico específico para tratar do estímulo à concentração em determinados mercados, no qual se estabeleceu, por exemplo, o seguinte:

“Em nosso país, sempre se tendeu à excessiva proliferação de empresas, desprovidas de poder de competição, pela insuficiência de escala. Mais ainda, como revelam estudos do IPEA e de outros órgãos, em grande número de ramos industriais, o que se via era a presença de uma ou poucas empresas estrangeiras, com escala satisfatória, ao lado de uma multiplicidade de empresas nacionais, pequenas e fracas.

Nessas condições, uma política de fusão de empresas nacionais – e o que se estimulado é exatamente isso -, para adquirir escala econômica, significa: elevar a eficiência do setor, fortalecer o empresariado do País e aumentar o grau de competição daquele mercado. Sim, porque a existência de algumas empresas médias e eficientes, ao lado das grandes, vitaliza a competição no setor, ao invés de enfraquecê-la.”⁵⁷⁵

Ainda nesse sentido, o Decreto-Lei 1.182/1971 concedeu estímulos às fusões e incorporações, bem como à abertura de capitais, permitindo a reavaliação de bens do ativo

⁵⁷³ Cf. Ibidem, 22.

⁵⁷⁴ Cf. Ibidem, 50.

⁵⁷⁵ Cf. República Federativa do Brasil, “II Plano Nacional de Desenvolvimento”, Pub. L. No. 6151 (1974), 38. É interessante o fato de que, ao mesmo tempo que se incentivavam as operações de concentração, também já se tinha conhecimento da potencial geração de desigualdades econômicas advinda de tal política. Nesse sentido, o Segundo PND estabelecia o seguinte: “[a] avaliação dos riscos resultantes de uma política de estímulos à emergência de estruturas fortes e dinâmicas, através de fusões, incorporações e conglomerados, deve considerar os seus efeitos quanto ao grau de concorrência no mercado e quanto à distribuição de renda. [...] No tocante ao aspecto de distribuição de renda, a concentração da produção, para atingir escalas eficientes, não conduz, necessariamente, à concentração de renda. Para assegurar que tal concentração de renda não ocorra, serão desenvolvidas linhas de ação como as que se seguem, simultaneamente com a proteção ao pequeno e médio empresário, na forma já apresentada: I – Política de preços orientada no sentido de dividir (através da atuação da CIP, por exemplo) os ganhos de produtividade entre o produtor e o consumidor. [...] II – Política contra os abusos de poder econômico. III – Abertura do capital das empresas.” Cf. Ibidem, 38–39.

imobilizado acima dos limites da correção monetária, até o valor de mercado, com isenção do imposto de renda sobre a valorização. Para regular e apreciar esse processo de isenção, foi criada a Comissão de Fusão e Incorporação de Empresas (COFIE).⁵⁷⁶

Com objetivos semelhantes, foram criados o Fundo de Modernização e Reorganização Industrial (FMRI) e o Programa de Modernização e Reorganização da Comercialização (PMRC), ambos com objetivos de facilitar e incentivar operações de fusão e aquisição.⁵⁷⁷

Além disso, como é sabido, também foram desenvolvidos mecanismos para possibilitar a organização e controle da economia, como por meio do controle de preços e de outras formas de coordenação entre concorrentes. Exemplo disso era o que se fazia, nesse período, por meio do Conselho Interministerial de Preços (CIP).⁵⁷⁸

Resultado desse novo contexto político e econômico foi a limitação da atuação do CADE a um número restrito de casos que efetivamente foram julgados⁵⁷⁹. Além disso, mesmo nos casos em que se chegava a um julgamento, a situação se tornava ainda mais problemática em virtude da atuação do Judiciário, que suspendia boa parte das decisões do CADE.⁵⁸⁰

Assim, embora a Lei 4.137/1962 tenha, de fato, representado um primeiro maior afastamento legislativo do objetivo antitruste de proteção da economia popular, ela foi muito pouco aplicada. Portanto, não foi possível sequer consolidar tal afastamento. Nova tentativa, inclusive de maneira muito mais incisiva e profunda, viria apenas com as reformas neoliberais da década de 1990, conforme se demonstrará ao longo do tópico 3.2 abaixo.

Entretanto, antes de se iniciar a abordagem de tais reformas e suas consequências para os objetivos do antitruste perseguidos no Brasil, não se pode deixar de abordar o pano de fundo constitucional e sua relevante evolução entre a Constituição Federal de 1967 e a

⁵⁷⁶ Cf. Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, n. 582.

⁵⁷⁷ Cf. Ibidem; Nusdeo, *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*, 222.

⁵⁷⁸ Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”, n. 582.

⁵⁷⁹ “A jurisprudência desenvolvida pelo CADE, e mesmo pelo Judiciário, para lidar com essa situação amoldava-se a essa política. No tocante às operações de concentração entendia-se impossível negar eficácia a operações aprovadas pela COFIE.” Cf. Nusdeo, *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica*, 222. “Ao contrário do que se possa pensar, não é insignificante o número de averiguações preliminares que se fez proceder durante a vigência da Lei 4.137, de 1962. Não obstante, até o ano de 1975, apenas onze processos haviam sido julgados pelo CADE, e em apenas um a prática foi considerada abuso do poder econômico.” Cf. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 116–17.

⁵⁸⁰ Cf. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 2015, 117.

Constituição Federal de 1988, especialmente no que concerne aos fundamentos constitucionais para o regramento antitruste.

3.1.7. Constituição Federal de 1967 e Emenda Constitucional 1/1969

Com a intenção de tornar o texto constitucional condizente com o período que o país vivia, institucionalizando seus ideais e princípios, foi baixado o Ato Institucional 4 pelo presidente Humberto de A. Castelo Branco, basicamente compelindo o Congresso Nacional a votar e promulgar a Constituição Federal de 1967, que revogou a Constituição Federal de 1946.

A exemplo do que havia sido inaugurado pela Constituição Federal de 1946, a repressão ao abuso de poder econômico novamente foi prevista como balizamento da ordem econômica:

“Art. 157. A ordem econômica tem por fim realizar a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] VI – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.”

Poucos anos depois, a Emenda Constitucional 1/1969 instituída pela Junta Governativa Provisória⁵⁸¹ alterou novamente o texto constitucional. Considerada por parte da literatura constitucionalista como uma nova Constituição Federal outorgada⁵⁸², e não propriamente apenas uma emenda, ela manteve a repressão ao abuso de poder econômico como princípio da ordem econômica então instituída:

“Art. 160. A ordem econômica e social tem por fim realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, com base nos seguintes princípios: [...] V – repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

⁵⁸¹ A Junta Governativa Provisória de 1969, formalmente instituída pelo Ato Institucional 12, assumiu o governo de 31 de agosto de 1969 até 30 de outubro de 1969, após o presidente Artur da Costa e Silva precisar ser afastado do cargo em virtude de uma trombose cerebral. Ela foi composta pelos ministros na marinha, do exército e da aeronáutica.

⁵⁸² “Teórica e tecnicamente, não se tratou de emenda, mas de nova constituição. A emenda só serviu como mecanismo de outorga, uma vez que verdadeiramente se promulgou texto integralmente reformado, a começar pela denominação que se lhe deu: *Constituição da República Federativa do Brasil*, enquanto que a de 1967 se chamava apenas de Constituição do Brasil.” Cf. José A. da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 37^a (São Paulo: Malheiros Editores, 2014), 89.

Entretanto, assim como em diversas outras matérias, o texto constitucional que regulava a ordem econômica teve pouca força para o governo militar. Conforme já mencionado no subtópico 3.1.6 acima, a intenção do governo era, independentemente de a Constituição Federal prever a repressão ao abuso de poder econômico, implantar seus planos desenvolvimentistas, essencialmente baseados na criação de grandes empresas nacionais, inclusive por meio do incentivo às fusões e aquisições.

É possível notar, portanto, que o texto constitucional mantém o afastamento da terminologia anterior que embasava o objetivo do antitruste brasileiro na proteção da economia popular. No entanto, conforme já ressaltado, os ideais impostos pelo governo militar iam em sentido contrário à intervenção antitruste. Por isso, nem mesmo o texto constitucional em vigor nesse período foi capaz de efetivamente consolidar, na prática antitruste, um afastamento do conceito de proteção da economia popular. Isso porque tal consolidação dependeria da efetiva aplicação das novas bases constitucionais que fundamentavam os objetivos do antitruste.

3.1.8. Constituição Federal de 1988

Com a alteração da ordem econômica pela promulgação da Constituição de 1988, a livre concorrência passou a ser um de seus princípios balizadores⁵⁸³:

“Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – *livre concorrência*; V – *defesa do consumidor*; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.”⁵⁸⁴

No entanto, como se pode ver, não só a livre concorrência ficou incumbida de balizar a nova ordem econômica constitucional. Ao lado dela, foram incluídos diversos outros princípios, como a defesa do consumidor. Essa conjugação aparentemente é vista com bons

⁵⁸³ Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 35.

⁵⁸⁴ Destaques em *itálico* inseridos.

olhos por Salomão Filho, que verifica aí uma adequada identificação dos interesses envolvidos na aplicação de uma política antitruste, quais sejam, os interesses dos consumidores e dos concorrentes:

“[o] constituinte e o legislador brasileiro claramente encamparam a tese do reconhecimento e representação dessa pluralidade de interesses na legislação antitruste. Assim é que o art. 170 da [Constituição Federal] prevê como princípios gerais da ordem econômica, a orientar a aplicação de toda a legislação nessa área, a livre concorrência (inciso IV) e a defesa do consumidor (inciso V).”⁵⁸⁵

Os princípios elencados no Art. 170 orientam a ordem econômica de maneira geral, como um todo, de modo que não são necessariamente centrados na política antitruste a ser desenvolvida. Especificamente no âmbito da defesa da concorrência, o princípio a ser aplicado é o do §4º do Art. 173 da Constituição Federal de 1988.⁵⁸⁶ Ele que estabeleceu o fundamento constitucional para a legislação antitruste.

Esse novo texto constitucional utilizou-se novamente da mesma terminologia inaugurada pelo Art. 148 da Constituição Federal de 1946, centrada na repressão ao abuso de poder econômico: “Art. 173. [...] §4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”.

⁵⁸⁵ Cf. Salomão Filho, *Direito Concorrencial*, 2013, 82. Ele prossegue: “De um lado, a expressão ‘livre concorrência’ invoca a ideia ordoliberal do sistema concorrencial, preocupada [...] com a igualdade de condições mínimas de concorrência, ou, mais precisamente, com a liberdade de acesso e permanência no mercado. Consequência direta dessa concepção [...] é a preocupação com estruturas ou práticas que possam limitar ou falsear a igualdade de condições mínimas em suas duas vertentes – liberdade de acesso e liberdade de permanência no mercado. [...] De outro lado, a defesa dos consumidores, incluída expressamente na lei como objeto de proteção do sistema concorrencial (Lei 12.529/2011, art. 1º), leva à consideração dos consumidores como titulares imediatos das regras concorrenciais. Consequência dessa concepção é a preocupação necessária com a eficiência econômica e com a correta distribuição de seus benefícios entre produtores e consumidores [...]. Entre essa perspectiva e a defesa da livre concorrência não há qualquer incompatibilidade. Há – isto, sim – uma relação de instrumentalidade. Fica afastada, portanto, a possibilidade de configuração do paradoxo borkiano.” Cf. *Ibidem*, 82–83. Sobre a relação da livre concorrência com a proteção dos consumidores, é muito relevante a integralidade do trabalho de Pfeiffer, que afirma, por exemplo, o seguinte: “[o]utra circunstância de extrema importância é que a liberdade de concorrência deve ser conjugada com outras normas constitucionais, não sendo, assim, um valor absoluto. Por exemplo, a política de defesa da concorrência deve ser executada de modo harmônico com a dignidade da pessoa humana, que é uma das finalidades da ordem econômica (art. 170, caput, da [Constituição Federal]) e um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, IV, da [Constituição Federal]). Tal constatação confere maior força à necessidade de cotejar a defesa da concorrência com a proteção do consumidor, como será enfaticamente defendido ao longo do presente trabalho.” Cf. Pfeiffer, *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*, 33.

⁵⁸⁶ Cf. Salomão Filho, *Direito Concorrencial*, 2013, 84.

Os dispositivos constitucionais acima mencionados, inclusive, dariam espaço à adoção de novas leis de defesa da concorrência que seriam mais condizentes com o contexto político, social e econômico que se iniciava no país após o fim do regime militar. As discussões sobre tal nova legislação não demoraram para surgir, conforme se demonstrará nos próximos subtópicos.

De todo modo, o que se deve ressaltar é que estava então presente, mais uma vez, o fundamento constitucional que permitiria o afastamento, na prática, do objetivo antitruste de proteção da economia popular. Dessa vez, conforme se verá adiante, o afastamento foi finalmente efetivado, uma vez que a nova legislação antitruste foi discutida e implementada no âmbito das reformas neoliberais que se deram no início da década de 1990 no Brasil.

3.2. Década de 1990: reformas neoliberais e a inserção da eficiência e da distribuição equitativa dos benefícios

Dois anos depois da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi aprovado o Decreto 99.244/1990, que dispôs sobre a reorganização e o funcionamento dos órgãos da Presidência da República e dos Ministérios, criando a Secretaria Nacional de Direito Econômico, com competências para reprimir abusos de poder econômico e defender os interesses dos consumidores, intervindo no domínio econômico, dentre outros.⁵⁸⁷

Ainda em 1990, foi publicada também a Lei 8.137/1990, que punia crimes contra a ordem econômica, inclusive – de forma claramente relacionada ao controle de estruturas – o abuso do poder econômico por meio de concentração empresarial de diversas naturezas. A pena era de reclusão de dois a cinco anos ou multa⁵⁸⁸. Tinha-se, assim, a intenção de

⁵⁸⁷ “Art. 102. À Secretaria Nacional de Direito Econômico compete: I – formular, promover, coordenar e supervisionar a política de proteção e defesa econômica do consumidor e do registro do comércio; II – formular, promover, coordenar e supervisionar as políticas de metrologia e de normalização de bens e serviços; III – apurar, prevenir e reprimir os abusos do poder econômico, por intermédio do Conselho Administrativo de Defesa Econômica; IV – zelar pelos direitos e interesses dos consumidores, promovendo as medidas necessárias para assegurá-los; V – aplicar a legislação de intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de bens e serviços; VI – fixar diretrizes de ação às entidades e órgãos vinculados; VII – orientar, coordenar e articular os órgãos da administração pública quanto à efetivação de medidas de proteção e defesa econômica; VIII – realizar ou promover a realização de convênios com órgãos públicos ou com entidades civis, para execução de planos, programas e fiscalização do cumprimento das normas e medidas federais; IX – promover, desenvolver, coordenar e supervisionar atividades de divulgação e de formação de consciência coletiva dos direitos do consumidor.”

⁵⁸⁸ Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica: I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante: a) ajuste ou acordo de empresas; b) aquisição de acervos de empresas ou cotas, ações, títulos ou direitos; c) coalizão, incorporação, fusão ou integração de

assegurar um tratamento muito severo (criminal) para atos de concentração que pudessem lesar a concorrência.

3.2.1. Da Medida Provisória 204/1990 à Lei 8.158/1991

Dias depois da publicação da Lei 8.137/1990, veio a Lei 8.158/1991, decorrente de um interessante caminho de formulação, o qual passou pela edição e reedição de diversas Medidas Provisórias, e claramente relacionada com a proposta de liberalização da economia.

A parte da história da evolução legislativa do antitruste brasileiro que aqui se descreve representou um completo rompimento com o último objetivo até então perseguido na prática, qual seja a proteção da economia popular. E, como se verá, transformou o controle de estruturas brasileiro para algo mais parecido com o que acabou sendo inserido na reverenciada legislação de 1994.

Acima, evidenciou-se que, desde a Constituição Federal de 1946, a terminologia “proteção da economia popular” já havia dado lugar à expressão “repressão ao abuso do poder econômico”. Por outro lado, demonstrou-se também que, embora tal alteração tenha, de fato, ocorrido no texto constitucional, diversas razões, cada uma à sua época, impediram que qualquer consolidação prática da alteração terminológica fosse efetivada. Uma razão para isso pode ser que os sentidos das expressões, pelo menos no início, eram bastante semelhantes, como se ressaltou no subtópico 3.1.4 acima. Mas o novo contexto político e econômico que se formava no início da década de 1990 fez essa similitude inicial transformar-se em uma diferença bastante relevante.

Tal trecho da história do antitruste no Brasil começa efetivamente em 2 de agosto de 1990, com a edição da Medida Provisória 204/1990, justificada por exposição de motivos

empresas; d) concentração de ações, títulos, cotas, ou direitos em poder de empresa, empresas coligadas ou controladas, ou pessoas físicas; e) cessação parcial ou total das atividades da empresa; f) impedimento à constituição, funcionamento ou desenvolvimento de empresa concorrente. II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando: a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; b) ao controle regionalizado do mercado por empresa ou grupo de empresas; c) ao controle, em detrimento da concorrência, de rede de distribuição ou de fornecedores. III – discriminar preços de bens ou de prestação de serviços por ajustes ou acordo de grupo econômico, com o fim de estabelecer monopólio, ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; IV – açambarcar, sonegar, destruir ou inutilizar bens de produção ou de consumo, com o fim de estabelecer monopólio ou de eliminar, total ou parcialmente, a concorrência; V – provocar oscilação de preços em detrimento de empresa concorrente ou vendedor de matéria-prima, mediante ajuste ou acordo, ou por outro meio fraudulento; VI – vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência; VII – elevar, sem justa causa, os preços de bens ou serviços, valendo-se de monopólio natural ou de fato. Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, ou multa.

do Ministro da Justiça José Bernardo Cabral e da Ministra da Economia, Fazenda e Planejamento Zélia Maria Cardoso de Mello. Ela foi submetida para deliberação do Congresso Nacional, por meio da Mensagem 127, de 9 de agosto de 1990, do então Presidente da República Fernando Collor de Melo⁵⁸⁹.

A referida exposição de motivos da Medida Provisória 204/1990 tratava de justificar a sua inserção no contexto de liberalização da economia brasileira, reforçando inclusive a busca por uma maior eficiência produtiva, o que se tornou mais claro em uma de suas reedições e acabou sendo incorporado no texto convertido na Lei 8.158/1991 conforme se demonstrará mais adiante. Dessa forma, assim dispunha a exposição de motivos da Medida Provisória 204/1990:

“[a] Constituição Federal, no seu art. 173, §4º, reserva à lei tarefa de reprimir os abusos do poder econômico e a consequente produção de anomalias de comportamento no mercado.

Num passado recente, a forte tutela econômica exercida pelo poder público, estabelecendo e aplicando conhecidos mecanismos de controle de preços, bem como a facilidade com que, paralelamente, se estimulavam práticas indesejáveis de cartelização e de dumping, criaram no País um comportamento empresarial que acabou por prejudicar o justo equilíbrio das forças de mercado.

Tal situação, que deita raízes em nossa cultura, ensejou a providencial liberação do controle de preços, no contexto da atual política industrial que Vossa Excelência em tão boa hora houve por bem implantar.

Essa liberação, imprescindível para viabilizar uma saudável concorrência, voltada para o *aumento e aperfeiçoamento qualitativo da produção e comercialização de bens*, para se tornar eficaz necessita, com redobrada urgência, de um mecanismo legal capaz de *prevenir distorções e corrigir abusos*. E esta é a razão primordial pela qual temos a honra de encaminhar a Vossa Excelência a presente proposta de medida provisória.”⁵⁹⁰

Portanto, era clara, desde então, a preocupação com a necessidade de um mecanismo legal especificamente para prevenir distorções e corrigir abusos que fosse condizente com a política de liberalização econômica e também que contribuísse para o aumento da eficiência produtiva.

⁵⁸⁹ Cf. José Bernardo Cabral e Zélia M. C. de Mello, “Mensagem nº 127, de 1990”, *Diário do Congresso Nacional*, 22 de agosto de 1990, 61ª edição, 3661.

⁵⁹⁰ Cf. *Ibidem*. Destaques em itálico inseridos.

Adicionalmente, a exposição de motivos também deixava clara uma insatisfação geral com a legislação e prática antitruste que até então vigoravam com base na Lei 4.137/1962, que teriam causado uma ampla lentidão inclusive em casos considerados bastante simples:

“[a] legislação brasileira pertinente, em particular a Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, vem merecendo de longa data críticas acerbadas da doutrina, sobretudo pela ineficiência dos procedimentos ali estabelecidos, em razão dos quais até mesmo os processos mais simples chegam a consumir anos de infrutífera discussão, sem nenhum resultado prático.

As alterações que, nesta proposta, são sugeridas, visam, nuclearmente, a conferir eficiência e rapidez à atuação do poder público neste relevante aspecto. É preciso, destarte, que a legislação que tipifica as diferentes formas de abuso do poder econômico seja suficientemente instrumentalizada, para que possamos enfrentar um dos maiores males da cultura jurídica brasileira: a impunidade. Mas é preciso mais, pois não é possível punir com eficiência sem que o poder público esteja também dotado de meios para uma ação informativa e preventiva, que constitui, sabidamente, um dos alvos da chamada função pedagógica das leis.”⁵⁹¹

No mesmo sentido, Tércio Sampaio Ferraz Júnior, àquela época Secretário Executivo do Ministério da Justiça, afirmou:

“[f]ato é que, nos últimos anos, a franca cartelização de preços aliada à cartorialização do mercado viria a tomar conta da economia nacional. A iniciativa privada atrelava-se às benesses governamentais, subvertendo, com isso, os rumos da economia da livre concorrência. O próprio Estado, de início desbravador e indutor do desenvolvimento privado, começou a viver um período de estagnação, inchaço e afinal de esclerosamento. Suas empresas viraram *holdings*, de reduzida capacidade administrativa e competência financeira. E a Lei n. 4.137/62, de raízes relativamente frágeis, tornou-se largamente inoperante.

Neste quadro desagregador, a proposta de liberalização da economia trazida por um novo Governo, em março de 1990, tinha dois objetivos básicos: a renúncia do Estado às diferentes formas interventivas e o desbloqueio da iniciativa privada, pela implosão dos cartéis e dos ‘cartórios’. E com esta finalidade, a ressurreição da lei antitruste era uma peça fundamental.

O novo diploma surgiu de início por meio da Medida Provisória n. 204, de 2.8.1990, exatamente no momento em que, após breve período de congelamento, o Governo liberava a maior parte dos preços. Não se tratava, propriamente, de uma nova tipificação de abusos do poder

⁵⁹¹ Cf. Ibidem.

econômico. O objetivo era outro. Convencido da inoperância dos procedimentos administrativos da Lei n. 4.137/62, cujos processos tinham uma duração média de 24 meses para conflitos que exigiam, pela celeridade das relações econômicas, decisões rápidas e até cautelares, o Executivo visou, fundamentalmente, à criação de um procedimento mais leve, de eficácia maior que, comandado por um órgão do Ministério da Justiça, a Secretaria Nacional de Direito Econômico, permitisse, da parte do Poder Público, uma interferência prévia e preventiva diante da ocorrência de anomalias de comportamento econômico, capazes de ferir os princípios constitucionais da ordem econômica.”⁵⁹²

No entanto, a Medida Provisória 204/1990 acabou não logrando apreciação do Congresso Nacional dentro do prazo constitucional, de modo que foi reeditada, em 3 de setembro de 1990, pela Medida Provisória 218/1990, que foi comunicada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional por meio da Mensagem 150, de 11 de setembro de 1990. Basicamente, a redação do texto foi melhorada, incorporando-se críticas e sugestões, conforme relatou-se na própria exposição de motivos do Ministro da Justiça Bernardo Cabral.⁵⁹³

Novamente, não houve a deliberação do Congresso Nacional dentro do prazo constitucional, o que levou a mais uma reedição do texto da Medida Provisória. Então em 13 de outubro de 1990, a Medida Provisória 218/1990 foi reeditada pela Medida Provisória 246/1990, a qual foi apresentada ao Congresso Nacional para deliberação, por meio da Mensagem 202, de 18 de outubro de 1990. Mais uma vez, incorporaram-se críticas e sugestões ao texto anterior, conforme relatado na exposição de motivos subscrita pelo Ministro da Justiça Bernardo Cabral.⁵⁹⁴

Nessa reedição, em virtude da alteração da redação do Art. 74 da Lei 4.137/1962 pelo Art. 6º da Medida Provisória 246/1990, foi que surgiu pela primeira vez no ordenamento brasileiro a possibilidade de se considerarem eficiências econômicas como fundamento para a aprovação de atos de concentração econômica que fossem prejudiciais à concorrência (Art. 74, “a”), bem como a necessidade de se distribuírem equitativamente os benefícios decorrentes entre os participantes do ato de concentração e os consumidores (Art. 74, “b”):

⁵⁹² Cf. Ferraz Júnior, “Lei de Defesa da Concorrência”, 181.

⁵⁹³ Cf. José Bernardo Cabral, “Mensagem nº 150, de 1990”, *Diário do Congresso Nacional*, 11 de outubro de 1990, 66ª edição, 4009–10.

⁵⁹⁴ Cf. José Bernardo Cabral, “Mensagem nº 202, de 1990”, *Diário do Congresso Nacional*, 24 de outubro de 1990, 71ª edição, 4338–39.

“Art. 6º. O artigo 74 da Lei nº 4.137 de 10 de setembro de 1962 passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, *que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas*, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de 30 dias após sua realização, sejam apresentados para exame e registro no DNPDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- a) *tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico* ou incrementar as exportações;
- b) *os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;*
- c) não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;
- d) não decorra a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.

§1º *Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no caput, quando a restrição neles contida for necessária por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.*

§2º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que vissem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em 20% de um mercado relevante de bens ou serviços.

§3º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pelo DNPDE, retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo órgão no prazo de 60 dias após sua apresentação, serão automaticamente considerados válidos, perfeitos e acabados, salvo se, comprovadamente, seus participantes deixarem de apresentar eventuais esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame dentro dos prazos marcados pelo DNPDE, hipótese em que o prazo de exame ficará prorrogado na proporção do atraso na apresentação dos elementos solicitados.

§4º Se os ajustes, acordos ou convenções de que trata este artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou se deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o DNPDE, na eventualidade de concluir pela sua não aprovação, deverá determinar as providências cabíveis às partes no sentido de que sejam desconstituídos total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos,

cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência pelo qual sejam eliminados os efeitos nocivos à concorrência que deles possam advir.

§5º Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo previamente à sua realização, consultar o DNPDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva ser apreciada no prazo de 60 dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3º acima.

§6º Sem prejuízo das demais cominações legais, inclusive àquelas constantes do artigo 11 da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.784, de 28 de junho de 1989, se for o caso, a não apresentação dos atos previstos neste artigo para registro e aprovação implicará a abertura de processo no DNPDE, para as providências de sua competência.”⁵⁹⁵

Conforme se perceberá adiante, foi uma redação semelhante a essa que acabou sendo inserida na Lei 8.158/1991 e também que, posteriormente, veio a reger o controle de estruturas previsto pela aclamada Lei 8.884/1994, a qual, segundo parte da literatura, teria *revolucionado*⁵⁹⁶ o antitruste no Brasil. Demonstrar-se-á que as bases do controle de estruturas implementado a partir de 1994 surgiram, na verdade, com a Medida Provisória 246/1990.

No entanto, assim como as anteriores, a Medida Provisória 246/1990 não logrou apreciação do Congresso Nacional dentro do prazo constitucional, gerando mais uma reedição. Assim, em 5 de dezembro de 1990, a Medida Provisória 246/1990 foi reeditada pela Medida Provisória 276/1990, na qual houve mais uma vez a alteração da redação do texto. Dentre as alterações, destaca-se aquela relativa justamente à modificação do texto do Art. 74 da Lei 4.137/1962:

“Art. 5º O art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 74. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pela SNDE, os atos, ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que limitem ou possam limitar a concorrência, regular o mercado, ou promover a concentração econômica.

§1º No exame de cada caso concreto, a SNDE levará em conta, entre outros, os seguintes fatores:

⁵⁹⁵ Destaques em itálico inseridos. Texto adaptado às regras ortográficas atuais.

⁵⁹⁶ Cf. César C. A. de Mattos, “A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos”, in *A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*, org. César C. A. de Mattos, 1ª (São Paulo: Singular, 2003), 19–21. Contra a tese da revolução, ver Cabral, “Estado, Concorrência e Economia”.

a) o grau de concentração ou dispersão inerente ao setor específico de atividade;

b) *o eventual aumento de produtividade, a melhoria da distribuição de bens e serviços, o incremento das exportações ou o desenvolvimento tecnológico resultante do ato sob exame;*

c) a conveniência, ou não, do ponto de vista da política industrial e comercial, *assim como dos interesses de consumidores e usuários finais, do ato objeto de exame.*

§2º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização, devendo ser apreciados no prazo de 60 (sessenta) dias, prorrogáveis por mais 30 (trinta) dias, a critério do órgão.

§3º Se os ajustes, acordos ou convenções de que trata este artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou se deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, a SNDE, na eventualidade de concluir pela sua não aprovação, deverá determinar as providências cabíveis às partes, no sentido de que sejam desconstituídos total ou parcialmente, através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine seus efeitos.

§4º As partes que pretenderem praticar os atos de que trata este artigo poderão consultar previamente a SNDE sobre a sua validade, devendo a respectiva consulta ser apreciada no prazo de 30 (trinta) dias.

§5º Sem prejuízo das demais cominações legais, inclusive aquelas constantes do artigo 11 da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, se for o caso, a não apresentação dos atos previstos neste artigo para registro e aprovação implicará a instauração de processo na SNDE para apuração de abuso de poder econômico.”⁵⁹⁷

Conforme se pode notar, deu-se um momentâneo passo atrás em relação à obrigatoriedade de distribuição equitativa dos benefícios decorrentes entre os participantes do ato de concentração e os consumidores (Art. 74, §1º, “c”). No entanto, manteve-se a possibilidade de se fundamentar a aprovação de atos de concentração econômica prejudiciais à concorrência no atingimento de eficiências econômicas (Art. 74, §1º, “b”).

Finalmente, o texto foi apreciado pelo Congresso Nacional, tendo sido recomendado pelo parecer do relator Marcelo Cordeiro que a Medida Provisória 276/1990 fosse aprovada de acordo com o texto do Projeto de Lei de Conversão 61, de 1990⁵⁹⁸, o qual, após receber 7 propostas de emendas, foi aprovado e encaminhado à sanção⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ Destaques em itálico inseridos.

⁵⁹⁸ Cf. Marcelo R. Cordeiro, “Parecer”, *Diário do Congresso Nacional*, 13 de dezembro de 1990, 88ª edição, 5635–40.

⁵⁹⁹ Cf. República Federativa do Brasil, “Medida Provisória nº 276, de 5 de dezembro de 1990”, *Diário do Congresso Nacional*, 18 de dezembro de 1990, 92ª edição, 5914–17.

O Presidente da República entendeu por bem vetar os Arts. 16 e 17 do texto aprovado pelo Congresso Nacional, sancionando o restante do texto em 8 de janeiro de 1991, finalmente dando origem à Lei 8.158/1991⁶⁰⁰.

A Lei 8.158/1991 instituía competências específicas para a SNDE⁶⁰¹ e introduzia mudanças na Lei 4.137/1962. Dentre essas alterações, estava a nova redação proposta para o Art. 74 da Lei 4.137/1962, que, retomando a redação da Medida Provisória 246/1990, alterava a competência da análise dos atos de concentração do CADE para a SNDE.

Ficou então estabelecido claramente um sistema no qual figurava a notificação *a posteriori*⁶⁰² e obrigatória dos atos de concentração econômica, os quais poderiam ser aprovados com base na verificação de eficiências econômicas (Art. 74, “a”), que deveriam ser distribuídas equitativamente entre os participantes do ato e os consumidores (Art. 74, “b”), ou também em caso de verificação de motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum (Art. 74, §1º)⁶⁰³:

“Art. 13. O art. 74 da Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a vigorar com a seguinte redação:

‘Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que *possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas*, somente serão considerados válidos desde que, *dentro do prazo de trinta dias após sua realização*, sejam apresentados para exame e

⁶⁰⁰ A receptividade em relação à nova redação pela comunidade acadêmica e por advogados não foi pacífica. Sobre a polêmica, ver Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, n. 34.

⁶⁰¹ “Art. 1º Compete à Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE), do Ministério da Justiça, apurar e propor as medidas cabíveis com o propósito de corrigir as anomalias de comportamento de setores econômicos, empresas ou estabelecimentos, bem como de seus administradores e controladores, capazes de perturbar ou afetar, direta ou indiretamente, os mecanismos de formação de preços, a livre concorrência, a liberdade de iniciativa ou os princípios constitucionais da ordem econômica. Parágrafo único. Compete, igualmente, a SNDE adotar as providências necessárias à repressão das infrações previstas na Lei nº 8.002, de 14 de março de 1990. Art. 2º A Secretaria Nacional de Direito Econômico (SNDE) atuará de forma a evitar que as seguintes distorções possam ocorrer no mercado: a) a fixação de preços dos bens e serviços abaixo dos respectivos custos de produção, bem como a fixação artificial das quantidades vendidas ou produzidas; b) o cerceamento à entrada ou à existência de concorrentes, seja no mercado local, regional ou nacional; c) o impedimento ao acesso dos concorrentes às fontes de insumos, matéria-prima, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição. d) o controle regionalizado do mercado por empresas ou grupos de empresas; e) o controle de rede de distribuição ou de fornecimento por empresas ou grupo de empresas; f) a formação de conglomerados ou grupos econômicos, por meio de controle acionário direto ou indireto, bem como de estabelecimento de administração comum entre empresas, com vistas a inibir a livre concorrência.”

⁶⁰² Martinez, no entanto, ressalta que as partes poderiam se valer do Art. 74, §5º, para, ao apresentar uma “consulta prévia”, acabar realizando uma notificação prévia do ato de concentração. Isso teria ocorrido em alguns casos relevantes, como na operação entre a São Paulo Alpargatas S.A. e a Empresas Têxteis Santista. Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 38.

⁶⁰³ “O objetivo de tal mudança seria um ambiente propício à atividade econômica e seus movimentos naturais, com intervenção mínima no mercado. Caso houvesse um ato de concentração que se mostrasse lesivo à concorrência, e que não pudesse ser aprovado com base em fundamentos outros como eficiência e interesse nacional, então a SNDE interviria.” Cf. Ibidem.

anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:

- a) *tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;*
- b) *os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;*
- c) *não sejam ultrapassados os limites estritamente necessários para que se atinjam os objetivos visados;*
- d) *não implique a eliminação da concorrência de uma parte substancial do mercado de bens ou serviços pertinentes.*

§1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no ‘caput’, quando a restrição neles contida for necessári[a] por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.

§2º Incluem-se nos atos de que trata o ‘caput’, aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer outra forma de agrupamento societário ou concentração econômica, cuja consequência implique a participação da empresa ou grupo de empresas resultante, em vinte por cento de um mercado relevante de bens ou serviços.

§3º A validade dos atos de que trata este artigo, desde que aprovados pela SNDE, retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo órgão no prazo de sessenta dias após sua apresentação, serão automaticamente considerados válidos, perfeitos e acabados, salvo se, comprovadamente, seus participantes deixarem de apresentar eventuais esclarecimentos solicitados ou documentos necessários ao exame dentro dos prazos marcados pela SNDE, hipótese em que o prazo de exame ficará prorrogado na proporção do atraso na apresentação dos elementos solicitados.

§4º Se os ajustes, acordos ou convenções de que trata este artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou se deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, a SNDE, na eventualidade de concluir pela sua não aprovação, deverá determinar as providências cabíveis às partes no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência pelo qual sejam eliminados os efeitos nocivos à concorrência que deles possam advir.

§5º Poderão as partes que pretenderem praticar atos de que trata este artigo, previamente à sua realização, consultar a SNDE sobre a validade dos atos a serem celebrados, devendo a consulta respectiva ser apreciada no prazo

de sessenta dias, considerando-se a falta de resposta nesse prazo como concordância com a realização do ato, ressalvada a ocorrência de fato previsto na parte final do § 3º acima.

§6º Sem prejuízo das demais combinações legais, inclusive aquelas constantes do art. 11 da Lei Delegada nº 4, de 26 de setembro de 1962, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 7.784, de 28 de junho de 1989, se for o caso, a não apresentação dos atos previstos neste artigo para registro e aprovação implicará a abertura de processo na SNDE, para as providências de sua competência.”⁶⁰⁴

O que deve ser ressaltado, no entanto, é que, pela redação final convertida em lei, alterou-se o Art. 74 da Lei 4.137/1962, criando um controle de estruturas que deveria, na análise de atos que pudessem limitar ou reduzir a concorrência, considerar o preenchimento cumulativo de determinados requisitos, dentre os quais o seguinte, diretamente ligado à verificação de eficiências econômicas: “aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações” (Art. 74, “a”).

Mais que isso: conforme previsto no novo §1º do Art. 74 da Lei 4.137/1962, alguns dos requisitos elencados nas alíneas da nova redação do Art. 74 da Lei 4.137/1962 poderiam ser simplesmente desconsiderados “por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final” (Art. 74, §1º). Ou seja, criou-se, por exemplo, uma situação em que a alínea “b” do Art. 74 da Lei 4.137/1962 poderia ser desconsiderada, não sendo, nessa hipótese, obrigatória a distribuição equitativa dos benefícios alcançados entre os participantes do ato de concentração e os consumidores para a aprovação do ato.

Tendo como referência os objetivos do antitruste mais alinhados com o pensamento da Escola de Chicago – de que a busca da eficiência econômica deve permear a análise antitruste⁶⁰⁵ – a legislação antitruste brasileira teve sua primeira alteração dentro do contexto das reformas liberalizantes da década de 1990. Não é coincidência que eram esses objetivos que, desde 1980 e, portanto, justamente na época em que o Brasil passava pela reformulação

⁶⁰⁴ Destaques em *itálico* inseridos. Texto adaptado às regras ortográficas atuais.

⁶⁰⁵ Sobre os objetivos do antitruste sustentados pela Escola de Chicago, ver subtópicos 2.1.2.3, 2.1.2.4 e 2.2.2.1 acima.

de sua política antitruste, estavam vigorando e sendo amplamente aplicados e reverenciados nos Estados Unidos.⁶⁰⁶

Aliás, diferente não poderia ser, pois a paralela implementação de uma política nacional de desestatização dependia grandemente da ausência de rigidez da análise de atos de concentração, ou pelo menos da sua tendência a privilegiar eficiências econômicas advindas das privatizações.

Interessante é notar que, dentre os debates legislativos que permearam as diversas edições e reedições das Medidas Provisórias acima referidas e da própria Lei 8.158/1991, não se encontra nenhuma menção à inspiração dos legisladores ao se inserirem a consideração de eficiências econômicas como critério de análise de atos de concentração e a obrigatoriedade da distribuição equitativa dos benefícios decorrentes entre os participantes do ato e os consumidores.

Do mesmo modo, não se encontra nenhum debate aprofundado que envolvesse a contestação da inserção de tais critérios. Nem mesmo os recursos contra a admissibilidade das diversas Medidas Provisórias, apresentados pelos Deputados Gumercindo de S. Milhomem Neto, Elizabeth Azize, Augusto S. de Carvalho e José C. Brandão Monteiro, discutiram tais questões de maneira mais aprofundada, focando-se principalmente na inadequação do tratamento da matéria por meio de medida provisória.⁶⁰⁷

Por fim, não se pode esquecer que, ao regulamentar a Lei 8.158/1991, o Decreto 36/1991 também reforçou a ideia de identificação de eficiências econômicas. Ele deixou de lado, entretanto, a obrigatoriedade de distribuição equitativa dos benefícios entre participantes do ato e consumidores, em uma redação que lembrava o passo atrás dado com a Medida Provisória 276/1990:

“Art. 20. Nas consultas pertinentes aos ajustes, acordos ou convenções previstos no art. 74 da Lei nº 4.137, de 1962, na redação da Lei nº 8.158, de 1991, a SNDE, solicitará de imediato à Secretaria Nacional de Economia, do Ministério da Economia, Fazenda e Planejamento, parecer técnico sobre objeto da consulta, o qual deverá ser oferecido no prazo de trinta dias.

Parágrafo único. As consultas serão protocolizadas na SNDE.

⁶⁰⁶ Ver subtópico 2.1.2.4 acima.

⁶⁰⁷ Cf. Gumercindo de S. Milhomem Neto, Elizabeth Azize, e Augusto S. de Carvalho, “Recurso nº 16, de 1990”, *Diário do Congresso Nacional*, 31 de outubro de 1990, 73ª edição, 4432–34; Gumercindo de S. Milhomem Neto, José C. Brandão Monteiro, e Augusto S. de Carvalho, “Recurso nº 25, de 1990”, *Diário do Congresso Nacional*, 13 de dezembro de 1990, 88ª edição, 5632–34.

Art. 21. O parecer técnico levará em consideração, entre outros, os seguintes critérios:

I – o grau de concentração inerente ao setor específico;

II – as práticas de comercialização e as relações com fornecedores e clientes consideradas normais pela sua tradição;

III – *o eventual aumento de produtividade, a melhoria da distribuição de bens e serviços, o incremento das exportações ou o desenvolvimento tecnológico resultante do ato sob exame;*

IV – a conveniência do ponto de vista das políticas industrial e comercial, assim como dos *interesses dos consumidores e usuários finais do ato sob exame;*

V – a eventual contribuição do ato para a competitividade geral da produção interna do País.

Art. 22. A resposta à consulta vincula a SNDE e o CADE, não comporta pedido de revisão, mas é passível de recurso administrativo nos termos do art. 21 da Lei nº 8.158, de 1991.”⁶⁰⁸

Fato é que a consideração da obtenção de eficiências econômicas nunca mais esteve ausente do controle de estruturas previsto nas legislações posteriores à Lei 8.158/1991. Assim, tanto a Lei 8.884/1994 quanto a atualmente vigente Lei 12.529/2011 trouxeram disposições semelhantes por meio das quais atos de concentração potencialmente prejudiciais à concorrência podiam e podem ser aprovados com base em eficiências econômicas verificadas.

Conforme se demonstrará ao longo dos próximos subtópicos deste capítulo, essas legislações posteriores também exigiam e exigem que os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os participantes do ato de concentração e os consumidores ou que parte relevante dos benefícios seja repassada aos consumidores.

Com a Lei 8.158/1991 e o Decreto 36/1991, o afastamento em relação à ideia de um antitruste que objetivava a proteção da economia popular foi muito claro e, dessa vez, até mesmo drástico, uma vez que foram priorizados objetivos antitruste característicos da Escola de Chicago, conforme mencionado acima. Restava saber se tal afastamento seria finalmente consolidado na prática, mas o conflito entre duas leis antitruste em vigor poderia ser mais um empecilho a tal consolidação.

As Leis 4.137/1962 e 8.158/1991 passaram a conformar o cenário de defesa da concorrência brasileiro, priorizando objetivos bastante diversos em relação àqueles anteriormente priorizados por leis centradas na proteção da economia popular. No entanto,

⁶⁰⁸ Destaques em itálico inseridos.

a coexistência dessas duas legislações (Leis 4.137/1962 e 8.158/1991) gerava certas confusões e dificuldades interpretativas, o que impossibilitava o estabelecimento da ideia de um sistema normativo⁶⁰⁹.

3.2.2. Lei 8.884/1994

Diante dessa hibridez normativa, que gerava confusão interpretativa e insegurança, foi apresentado, pelo Deputado Fábio Feldmann, o Projeto de Lei 3.712-E, de 1993, o qual, após intensas discussões legislativas, deu origem à Lei 8.884/1994.

A Lei 8.884/1994 revogou as Leis 4.137/1962, 8.158/1991 e 8.002/1990⁶¹⁰ e alterou a Lei 8.137/1990, a fim de criar um sistema de defesa da concorrência coeso e efetivo. O CADE foi transformado numa autarquia federal vinculada ao Ministério da Justiça⁶¹¹ e foram estabelecidas competências para a SDE e para a SEAE, as quais, em conjunto com o CADE, passaram a formar o SBDC.

Para Martinez, a adoção da Lei 8.884/1994 fez com que passássemos definitivamente de um sistema baseado na defesa da economia popular para a promoção da concorrência propriamente dita, em um novo regramento que tinha três pilares: atuação preventiva por meio do controle de concentrações, atuação repressiva por meio do controle de condutas e, por fim, atuação educativa, por meio da promoção da cultura da concorrência.⁶¹²

O sistema mostrou-se, de fato, muito mais efetivo que o anterior. No entanto, diferentemente do que defende Martinez, nota-se que a defesa da economia popular, de certa forma, já vinha sendo paulatinamente esquecida pelas legislações posteriores ao Decreto-Lei 7.666/1945. Como se viu no subtópico 3.1.4 acima, tal processo de esquecimento teve início com a Constituição Federal de 1946. A efetivação prática do esquecimento, no entanto, demorou muito para ocorrer. O que se fez com a Lei 8.884/1994 foi realmente

⁶⁰⁹ Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 39.

⁶¹⁰ Essa foi mais uma das leis que, nessa época, permeavam o universo da política antitruste brasileira. Embora focada especificamente na tutela dos consumidores, ela impunha multa a determinados atos lesivos à concorrência, como a venda casada entre a mercadoria desejada e seu respectivo serviço de transporte.

⁶¹¹ “Art. 3º. O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.”

⁶¹² “Vê-se que se passou de um sistema antes baseado na defesa da economia popular (ainda que travestido do nome ‘concorrência’ no período 1962-1988) para a promoção da concorrência propriamente dita (a partir de 1994).” Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 42.

harmonizar o sistema e deixar tal esquecimento expresso e claro, tornando-o mais inteligível e passível de aplicação organizada, o que, de fato, servia a atender às reformas liberalizantes que se seguiriam.

Com essa nova legislação, houve a regulamentação de um sistema que previa a notificação prévia ou *a posteriori* e obrigatória dos atos de concentração econômica, o que, por si só, já denota um interesse bastante pequeno no desenvolvimento de um controle estrutural realmente rígido. Tal controle era regulado no Art. 54, que, em sua redação original, estabelecia o seguinte:

“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

§1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, *desde que atendam as seguintes condições:*

I – *tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:*

a) *aumentar a produtividade;*

b) *melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou*

c) *propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;*

II – *os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;*

III – *não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;*

IV – *sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.*

§2º *Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.*

§3º Incluem-se nos atos de que trata o caput aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, *que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em trinta por cento ou mais de mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a 100.000.000 (cem milhões) de Ufir, ou unidade de valor superveniente.*

§4º Os atos de que trata o caput deverão ser apresentados para exame, *previamente ou no prazo máximo de quinze dias úteis* de sua realização, mediante encaminhamento da respectiva documentação em três vias à SDE, que imediatamente enviará uma via ao CADE e outra à SPE.

§5º A inobservância dos prazos de apresentação previstos no parágrafo anterior será punida com multa pecuniária, de valor não inferior a 60.000 (sessenta mil) Ufir nem superior a 6.000.000 (seis milhões) de Ufir a ser aplicada pelo CADE, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 32.

§6º Após receber o parecer técnico da SPE, que será emitido em até trinta dias, a SDE manifestar-se-á em igual prazo, e em seguida encaminhará o processo devidamente instruído ao Plenário do CADE, que deliberará no prazo de trinta dias.

§7º A eficácia dos atos de que trata este artigo condiciona-se à sua aprovação, caso em que retroagirá à data de sua realização; não tendo sido apreciados pelo CADE no prazo de trinta dias estabelecido no parágrafo anterior, serão automaticamente considerados aprovados.

§8º Os prazos estabelecidos nos §§ 6º e 7º ficarão suspensos enquanto não forem apresentados esclarecimentos e documentos imprescindíveis à análise do processo, solicitados pelo CADE, SDE ou SPE.

§9º Se os atos especificados neste artigo não forem realizados sob condição suspensiva ou deles já tiverem decorrido efeitos perante terceiros, inclusive de natureza fiscal, o Plenário do CADE, se concluir pela sua não aprovação, determinará as providências cabíveis no sentido de que sejam desconstituídos, total ou parcialmente, seja através de distrato, cisão de sociedade, venda de ativos, cessação parcial de atividades ou qualquer outro ato ou providência que elimine os efeitos nocivos à ordem econômica, independentemente da responsabilidade civil por perdas e danos eventualmente causados a terceiros.

§10 As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados à SDE, pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e pelo Departamento Nacional de Registro Comercial do Ministério da Indústria, Comércio e Turismo (DNRC/MICT), respectivamente, no prazo de cinco dias úteis para, se for o caso, serem examinados.”⁶¹³

Conforme já mencionado no subtópico 3.2.1, a redação do Art. 54 guardava estreita semelhança com a redação do Art. 74 da versão da Lei 4.137/1962 reformada pela Lei 8.158/1991. Isso é verdade especialmente em relação (i) à inserção das eficiências econômicas como critério para a aprovação de atos de concentração potencialmente danosos à concorrência; (ii) à distribuição dos benefícios gerados pela operação aos consumidores; e (iii) à possibilidade de desconsideração da obrigatoriedade da distribuição dos benefícios aos consumidores em caso de verificação de motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, conforme se evidencia na Tabela 4 abaixo:

Tabela 4 – Comparação entre Lei 4.137/1962 (após Lei 8.158/1991) e Lei 8.884/1994

Lei 4.137/1962 (após Lei 8.158/1991)	Lei 8.884/1994
“Art. 74. Os ajustes, acordos ou convenções, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou reduzir a concorrência entre empresas, somente serão considerados válidos desde que, dentro do prazo de trinta dias após sua realização, sejam apresentados para exame	“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.

⁶¹³ Destaques em itálico inseridos. Texto adaptado às regras ortográficas atuais.

e anuência da SNDE, que para sua aprovação deverá considerar o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos:”	§1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:”
“a) tenham por objetivo aumentar a produção ou melhorar a distribuição de bens ou o fornecimento de serviços ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico ou incrementar as exportações;”	“I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;”
“b) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, do outro;”	“II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;”
“§1º Também poderão ser considerados válidos os atos de que trata este artigo, ainda que não atendidas todas as condições previstas no ‘caput’, quando a restrição neles contida for necessári[a] por motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que a restrição tenha duração pré-fixada e, ao mesmo tempo, se comprove que, sem a sua prática, poderia ocorrer prejuízo ao consumidor ou usuário final.”	“§2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.”

Fonte: elaboração própria.

Em outras palavras, a exemplo do que se fez por meio da alteração da redação do Art. 74 da Lei 4.137/1962 pela Lei 8.158/1991, criou-se uma situação em que, em virtude da aplicação do §2º do Art. 54 da Lei 8.884/1994, o inciso II do Art. 54 poderia ser desconsiderado, não sendo, nessa hipótese, obrigatória a distribuição equitativa dos benefícios alcançados entre os participantes do ato de concentração e os consumidores.

Fato é que a Lei 8.884/1994, diferentemente das anteriores (inclusive as Leis 4.137/1962 e 8.158/1991) foi aplicada na prática de forma bastante ampla. Além disso, durante o seu período de vigência, foi possível verificar uma evolução constante do SBDC como um todo.

Contudo, as suas deficiências, especialmente no que concerne ao controle de estruturas, eram extremamente relevantes. A principal delas, que dificultava enormemente a aplicação do controle estrutural, era a possibilidade de ele se realizar somente após a consumação da operação.

Há dois grandes problemas relacionados a um sistema de notificação *a posteriori* de concentrações: (i) a extrema dificuldade de reversibilidade das operações já consumadas no caso da rejeição da operação pela autoridade antitruste; e (ii) a procrastinação da prestação de informações às autoridades antitruste pelos agentes econômicos, justamente com o intuito de tornar, ao longo do tempo, a operação cada vez mais irreversível.⁶¹⁴

No sistema de análise *a posteriori*, dois agentes econômicos podem consumir a operação – inclusive com transferência ou fechamento de prédios e realocação de pessoal e aparelhagem –, antes mesmo de se iniciar a análise (ou durante o curso da análise) da autoridade antitruste competente. Especificamente no caso brasileiro, permitia-se que a notificação fosse feita em até quinze dias úteis após a realização do ato de concentração (Art. 54, §4º).⁶¹⁵

As consequências econômicas e sociais de se reverter uma operação já consumada podem ser tão significativas que a opção pela manutenção do negócio pode parecer menos prejudicial se contraposta aos danos à concorrência que ele causou e continuará causando. Os agentes econômicos, nesse tipo de sistema, são impelidos a lidar com a insegurança de ver sua operação desfeita. Além deles, os fornecedores, consumidores e empregados das empresas envolvidas no negócio ficam flutuando na dependência da possibilidade do desfazimento.⁶¹⁶

⁶¹⁴ Cf. José M. M. Proença, org., “A Reforma da Lei da Concorrência – Lei nº 8.884/94” (1º Congresso Brasileiro de Direito Comercial, São Paulo, 2011), 7.

⁶¹⁵ Rodrigo F. Borges, “Uma Análise Comparativa entre a Notificação Prévia e a Notificação *a posteriori* dos Atos de Concentração Econômica”, *Revista Comercialista - Direito Comercial e Econômico*, 2013, 24.

⁶¹⁶ Cf. *Ibidem*. No mesmo sentido, concluiu-se no relatório final do Comitê Consultivo de Política da Concorrência Internacional de 2000, nos Estados Unidos: “competition authorities avoid the widely acknowledged difficulties that accompany attempts to restore competition by ‘unscrambling the eggs’ after allegedly anticompetitive transactions have been completed. The experience of the U.S. antitrust enforcement agencies before 1976 illustrates that imposing structural relief after a transaction has been consummated is often difficult, if not impossible. Attempting to prevent anticompetitive harm by relying on antitrust conduct cases after an anticompetitive merger has been implemented, according to the U.S. antitrust enforcement agencies, is a poor substitute for preserving competitive structure in the market in the first place. Even if post consummation remedies were effective, consumers would suffer the harmful effects of the loss of competition during the interim period before remedies were imposed.” (“[A]s autoridades de concorrência evitam as amplamente conhecidas dificuldades que acompanham as tentativas de restabelecer a concorrência ‘desmexendo os ovos’ após as operações alegadamente anticompetitivas terem sido concluídas. A experiência das agências antitruste estadunidenses antes de 1976 ilustra que impor uma liberação estrutural depois de a operação ter sido consumada é, muitas vezes, difícil, se não impossível. Tentar evitar danos concorrenciais baseando-se em casos de condutas antitruste após uma concentração anticompetitiva ter sido implementada, de acordo com as autoridades antitruste estadunidenses, é um fraco substituto para a preservação da estrutura competitiva no mercado em primeiro lugar. Mesmo se remédios usados após a consumação fossem eficazes, consumidores sofreriam os efeitos danosos da perda de concorrência durante o período transitório anterior à imposição desses remédios.”) Cf. International Competition Policy Advisory Committee, “Final Report to the

Como consequência de sua insegurança, as partes envolvidas tendem a contribuir para a procrastinação da análise concorrencial por meio do retardamento da prestação de informações e do desleixo no preenchimento das notificações, a fim de que, caso sejam verificadas graves lesões à concorrência, a sua operação não possa mais ser revertida, em função da demora.

O raciocínio é simples: quanto menos informações sobre a operação a autoridade antitruste tiver, mais tempo será necessário para que ela obtenha essas informações faltantes e, portanto, tenha certeza do caráter anticompetitivo da transação. Tudo isso para que, no momento em que finalmente se concluir pela lesividade concorrencial do negócio, os custos sociais de seu desfazimento sejam tão relevantes que seria menos prejudicial a sua manutenção.⁶¹⁷

Como resposta a tais dificuldades, é possível que sejam improvisados alguns mecanismos próprios dos sistemas de análise *a posteriori*, os quais suavizam os problemas relacionados à adoção de tais sistemas, conforme ocorreu com regime brasileiro durante a vigência da Lei 8.884/94.

Assim, com o intuito de minorar as dificuldades relacionadas à reversão de uma operação já consumada, foi desenvolvido o Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação (“APRO”)⁶¹⁸, de caráter consensual. Ele era um instrumento estabelecido pelo CADE que contemplava uma série de medidas aptas a preservar as condições de reversibilidade da operação até o julgamento do mérito do ato de concentração.

Dessa maneira, ao mesmo tempo em que o sistema brasileiro permitia uma maior liberdade aos agentes econômicos, devido à inexigibilidade da análise prévia, ele dispunha de um mecanismo que facilitava o desfazimento das operações que, embora já consumadas, fossem tidas como lesivas à concorrência pelo CADE.⁶¹⁹

Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust”, 28 de fevereiro de 2000, 89, <https://www.justice.gov/atr/final-report>.

⁶¹⁷ “[U]m sistema obrigatório e *a posteriori* oferece dificuldades bem peculiares: as partes não têm qualquer incentivo em prestar informações e, quanto mais tardar a análise, mais difícil (ou mesmo impossível) de se implementar eventual decisão estrutural restritiva.” Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 57.

⁶¹⁸ O APRO foi inicialmente previsto na Resolução do CADE 28/2002, nos seus Arts. 8º e 9º. Posteriormente, foi regulado no Regimento Interno do CADE de 2007, aprovado pela Resolução do CADE 45/2007, nos seus Arts. 139 a 141.

⁶¹⁹ “Se, por um lado, pode-se argumentar que esse sistema de controle *a posteriori* dos atos anticoncorrenciais proporciona maior grau de liberdade aos agentes econômicos do que um sistema que obriga ao controle prévio, por outro, há de se considerar que, apto a produzir efeitos desde logo, a revogação do ato e a eliminação de

Além do APRO, havia a aplicação de medidas cautelares⁶²⁰, de caráter coercitivo, que poderiam ser concedidas pelo relator ou pelo plenário do CADE, de ofício ou em resposta a requerimento formulado por qualquer legitimado. Como requisitos para a concessão, deveriam estar presentes o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*. O intuito das medidas cautelares era também de preservar a reversibilidade da operação por meio da implementação de determinadas medidas em caráter de urgência.

Em virtude da criação desses mecanismos, alguns poucos autores chegaram até mesmo a defender que o sistema brasileiro já estava adequado, de tal forma que a possibilidade de reversão das operações não se perderia ao longo do tempo. Isso porque seria possível aprovar partes das operações que claramente fossem economicamente eficientes e impedir a realização de determinados atos que eventualmente pudessem lesar a concorrência.⁶²¹

Entretanto, mesmo com criação desses instrumentos, e em especial no caso do APRO, nem sempre era possível solucionar a questão por meio das medidas adotadas, pois algumas vezes elas não garantiam a total facilidade da reversão das operações em virtude das especificidades do negócio. Além disso, havia a preocupação em não se impor um ônus excessivo sobre os agentes com a adoção dessas medidas, o qual poderia permanecer durante todo o período de análise, que, na prática, poderia ser muito longo, desestimulando a contribuição das partes para a celebração do acordo.⁶²²

Quando se considera que o objetivo desses mecanismos era impedir que determinados atos da operação, julgados potencialmente lesivos à concorrência, fossem realizados até o término da análise, percebe-se que eles implicavam numa aproximação do

suas consequências fáticas não serão operadas senão com certo sacrifício da segurança social, principalmente em relação a terceiros. Com o escopo de evitar esses problemas, o CADE desenvolveu prática não prevista expressamente em lei, mediante a qual as empresas que submetem operações de concentração à sua apreciação podem firmar ‘Acordo de Preservação de Reversibilidade da Operação’ (APRO). Com esse expediente, pretende-se obrigá-las a assumir comportamento que facilitaria a reversão da operação, caso não aprovada.” Cf. Paula A. Forgioni, *Os Fundamentos do Antitruste*, 4ª (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010), 206.

⁶²⁰ As medidas cautelares foram primeiramente previstas na Resolução do CADE 28/2002, nos seus Arts. 1º a 7º. Posteriormente, foram reguladas no Regimento Interno do CADE de 2007, aprovado pela Resolução do CADE 45/2007, nos seus Arts. 132 a 138.

⁶²¹ “Sob esta ótica, destacam-se as medidas preventivas e os APRO’s, por meio dos quais, especialmente no caso dos últimos, é possível permitir a realização de parte da operação que comprovadamente traga eficiências e impedir a consumação de atos que possam se mostrar nocivos à concorrência. Com isto, alega-se, já seria possível alcançar os efeitos imediatos de um sistema de análise prévia, qual seja, evitar que a operação se consuma, dificultando a sua reversibilidade e eventuais prejuízos à concorrência, mas desde logo permitindo a concretização das eficiências, dos benefícios daquele determinado ato.” Cf. Proença, “A Reforma da Lei da Concorrência”, 8.

⁶²² Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 50–51.

sistema de análise *a posteriori* ao sistema de análise prévia. Ou seja, serviam para que os benefícios próprios do regime em que os atos de concentração só podem ser consumados após a sua aprovação pela autoridade antitruste fossem aproveitados.

Um outro problema bastante relevante do controle de estruturas previsto na Lei 8.884/1994 foi o patamar de faturamento acima do qual era mandatória a submissão da operação à análise do SBDC. Em um primeiro momento, era obrigatório submeter ao CADE operações (i) que implicassem na participação de empresa ou grupo empresarial resultante em 30% ou mais do mercado relevante, ou (ii) em que qualquer dos participantes tivesse registrado faturamento bruto no último balanço equivalente a cem milhões de Unidades Fiscais de Referência.

Ambos os critérios foram alterados em 2000, primeiramente por meio de medidas provisórias⁶²³ e, posteriormente, pela Lei 10.149/2000. Tais alterações resultaram na seguinte redação do §3º do Art. 54:

“§3º Incluem-se nos atos de que trata o *caput* aqueles que visem a qualquer forma de concentração econômica, seja através de fusão ou incorporação de empresas, constituição de sociedade para exercer o controle de empresas ou qualquer forma de agrupamento societário, que implique participação de empresa ou grupo de empresas resultante em *vinte por cento de um mercado relevante, ou em que qualquer dos participantes tenha registrado faturamento bruto anual no último balanço equivalente a R\$ 400.000.000,00* (quatrocentos milhões de reais).”⁶²⁴

Portanto, os patamares foram alterados para (i) 20% de participação da empresa ou grupo empresarial resultante no mercado relevante, ou (ii) registro de faturamento bruto anual, no último balanço, por parte de qualquer uma das partes participantes equivalente a quatrocentos milhões de reais.

O problema desses patamares era que, segundo se relatava, eles eram insuficientes para filtrar apenas operações concorrencialmente relevantes, de modo que o sistema era inundado com transações que geravam poucas preocupações do ponto de vista concorrencial.

⁶²³ Essas alterações foram objeto da Medida Provisória 1.950-70/2000 e da Medida Provisória 2.055-4/2000, esta convertida na Lei 10.149/2000.

⁶²⁴ Destaques em itálico inseridos.

Isso faria com que recursos fossem desnecessariamente utilizados na análise de tais operações.⁶²⁵

Em resposta a tais críticas, algumas medidas foram tomadas ainda na vigência da Lei 8.884/1994, a fim de acelerar o prazo de análise das operações e também de reduzir o número de operações que entravam no sistema⁶²⁶. Um exemplo importante foi a construção da interpretação de que o patamar de faturamento bruto anual do §3º do Art. 54 referia-se apenas àquele faturamento registrado no território brasileiro⁶²⁷. Outra relevante medida foi a adoção do Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal em 2001, já mencionado no tópico 2.1 acima⁶²⁸.

Contudo, essas medidas não pareciam suficientes. Tendo em vista as críticas acima ao controle de estruturas da Lei 8.884/1994 – que eram só as principais –, a criação de um novo regime que contemplasse, de fato, a análise prévia e obrigatória e que estabelecesse patamares mais rigorosos para a filtragem de atos de concentração parecia, para muitos, mais coerente que a simples utilização das medidas e mecanismos paliativos mencionados ao longo deste subtópico 3.2.2. E foi o que aconteceu com adoção da Lei 12.529/2011.

3.3. Lei 12.529/2011 – evolução institucional: eficiência limitada e o repasse de parte relevante dos benefícios

Após longo período de tramitação no Congresso Nacional, a Lei 12.529/2011 foi sancionada em 30 de novembro de 2011 e entrou em vigor desde o dia 29 de maio de 2012, provocando alterações significativas na estrutura do SBDC e na forma de atuação do CADE.

Dentre as mudanças, a mais relevante talvez tenha sido aquela referente à adoção da análise prévia dos atos de concentração econômica, em oposição ao regime da Lei 8.884/1994 que permitia a notificação *a posteriori* das operações, conforme detalhado no subtópico 3.2.2 acima. Outras alterações também foram muito importantes e atenderam às

⁶²⁵ Cf. John W. Clark, “Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Report”, *OECD Journal of Competition Law and Policy* 2, nº 3 (outubro de 2000): 182–232.

⁶²⁶ Para uma visão geral sobre tais medidas, ver Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 53–56.

⁶²⁷ Essa interpretação foi objeto da Súmula do CADE 1/2005.

⁶²⁸ Cf. “Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001”.

recomendações que vinham sendo elaboradas por organismos internacionais⁶²⁹, como a reforma da estrutura organizacional do SBDC e a mudança dos critérios de notificação dos atos de concentração. O caminho que levou a tais mudanças, entretanto, não foi tão retilíneo.

Em 11 de agosto de 2000, por meio de decreto presidencial, institui-se um grupo de trabalho interministerial com a finalidade de concluir os estudos para a criação do que então se chamava de “Agência Nacional de Defesa do Consumidor e da Concorrência” (“ANC”). Esse grupo teria um prazo de sessenta dias para a conclusão dos trabalhos e apresentação de projeto de lei para a criação da referida agência.

Em 26 de outubro do mesmo ano, foi colocada em consulta pública uma proposta que continha duas minutas de anteprojeto de lei, uma para a criação da ANC, que seria formada pela integração do CADE, da SEAE e da SDE, e outra para a inclusão de alterações na Lei 8.978/1990 (Código de Defesa do Consumidor) e na Lei 8.884/1994. Dentre as alterações propostas, já estavam presentes a inclusão de um sistema de análise prévia de atos de concentração e a mudança dos patamares para notificação.⁶³⁰

Quanto à análise prévia, entendia-se que, com a sua adoção, as partes contribuiriam mais para a celeridade do processo de análise, fornecendo informações de maneira mais rápida e completa, sem as quais a operação não poderia ser consumada, bem como se tornaria viável a aplicação de remédios estruturais aos atos de concentração, caso necessário.

Em relação aos critérios de notificação, foram propostas (i) a redução do patamar de faturamento de R\$ 400.000.000,00 para R\$ 150.000.000,00 e (ii) a abolição do critério baseado na participação no mercado relevante igual ou superior a 20%.

Já em 2002, por meio do Aviso nº 805/MF, de 2 de dezembro, o Ministro da Fazenda encaminhou para o Ministro Chefe da Casa Civil um projeto com algumas alterações em relação à proposta anteriormente apresentada. Dentre as principais alterações sugeridas, estava a criação de uma dupla trava no critério de faturamento: para que a notificação fosse compulsória, além de uma das partes envolvidas na operação dever apresentar faturamento no Brasil no ano anterior à operação de R\$ 150.000.000,00, seria necessário que a outra parte

⁶²⁹ Ver, por exemplo, OECD e Inter-American Development Bank, *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review* (Paris: OECD Publications, 2010), 72–81, <https://www.oecd.org/daf/competition/competitionlawandpolicyinbrazilapeerreview.htm>.

⁶³⁰ Cf. SEAE, “Grupo de Trabalho apresenta Modelo da ANC”, 26 de outubro de 2000, <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2000/r001026>.

também tivesse registrado faturamento de, no mínimo, R\$ 30.000.000,00 no Brasil no mesmo período.⁶³¹ Começaram, assim, a ser desenhados os patamares para notificação que acabaram sendo incluídos na atual Lei 12.529/2011.

Em 2005, foi submetido um novo projeto de lei ao Presidente da República por meio da Exposição de Motivos nº 00107-A – MJ/MF/MP, de 1º de setembro.⁶³² Esse novo projeto trazia igualmente a previsão da análise prévia dos atos de concentração e a mudança dos patamares para notificação. Quanto à estrutura organizacional, já se previa a integração do CADE, da SDE e da SEAE para a formação do novo CADE, o qual seria formado por uma Superintendência-Geral, responsável pela instrução de investigações relativas a atos de concentração e condutas anticompetitivas, por um Departamento de Estudos Econômicos, ao qual incumbiria elaborar estudos e pareceres econômicos, por uma Procuradoria Federal e por um Tribunal.

O Presidente da República encaminhou o projeto de 2005 à Câmara dos Deputados, o qual recebeu o número 5.877/2005 e foi apensado ao Projeto de Lei 3.937/2004, de autoria do Deputado Carlos Eduardo Cadoca, que também tratava da reforma da Lei 8.884/1994. O Projeto de Lei 5.877/2005 foi analisado pela Comissão Especial da Câmara dos Deputados e, em setembro de 2007, o Deputado Relator Ciro Gomes apresentou seu voto com uma proposta de substitutivo bastante similar ao projeto encaminhado pela presidência, que, no entanto, retornava o valor da primeira trava do critério de faturamento para R\$ 400.000.000,00.⁶³³

Assim, o projeto foi aprovado na Câmara dos Deputados no final de 2008 e tramitou no Senado como o Projeto de Lei da Câmara 06/2009, onde recebeu algumas emendas. Dentre elas, algumas alteravam os patamares dos critérios de notificação, os quais variaram entre R\$ 150.000.000,00 e R\$ 1.000.000.000,00 para uma das partes e entre R\$ 30.000.000,00 e R\$ 75.000.000,00 para o outro agente envolvido na operação.

Em dezembro de 2010, foi concluído o trâmite no Senado Federal, e o projeto aprovado, com as respectivas emendas, foi encaminhado para a apreciação da Câmara dos

⁶³¹ Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 59–60.

⁶³² Cf. Subchefia de Assuntos Parlamentares, “Exposição de Motivos nº 00107-A – MJ/MF/MP”, 1º de setembro de 2005, http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2005/107%20A%20-%20MJ%20MF%20MP.htm.

⁶³³ Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 61.

Deputados, onde foi aprovado com algumas ressalvas em relação às emendas do Senado e, posteriormente, encaminhado para sanção.

Finalmente, em 30 de novembro de 2011, a presidência da República sancionou o projeto com alguns poucos vetos, dando origem à Lei 12.529/2011, que, conforme já mencionado, entrou em vigor no dia 29 de maio de 2012.

Além de ter nascido uma nova estrutura para o CADE, que passou a ser composto pelo Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, pela Superintendência-Geral e pelo Departamento de Estudos Econômicos, foram realizadas alterações essenciais no controle de estruturas realizado pelo órgão. Ele passou a ser regulado principalmente pelos Arts. 88 e 90 da nova legislação:

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

I – pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 400.000.000,00 (quatrocentos milhões de reais); e

II – pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no País, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a R\$ 30.000.000,00 (trinta milhões de reais).

§1º Os valores mencionados nos incisos I e II do caput deste artigo poderão ser adequados, simultânea ou independentemente, por indicação do Plenário do Cade, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça.

§2º O controle dos atos de concentração de que trata o caput deste artigo será prévio e realizado em, no máximo, 240 (duzentos e quarenta) dias, a contar do protocolo de petição ou de sua emenda.

§3º Os atos que se subsumirem ao disposto no caput deste artigo não podem ser consumados antes de apreciados, nos termos deste artigo e do procedimento previsto no Capítulo II do Título VI desta Lei, sob pena de nulidade, sendo ainda imposta multa pecuniária, de valor não inferior a R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) nem superior a R\$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais), a ser aplicada nos termos da regulamentação, sem prejuízo da abertura de processo administrativo, nos termos do art. 69 desta Lei.

§4º Até a decisão final sobre a operação, deverão ser preservadas as condições de concorrência entre as empresas envolvidas, sob pena de aplicação das sanções previstas no §3º deste artigo.

§5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação

de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no §6º deste artigo.

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

I – cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade ou a competitividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e

II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.

§7º É facultado ao Cade, no prazo de 1 (um) ano a contar da respectiva data de consumação, requerer a submissão dos atos de concentração que não se enquadrem no disposto neste artigo.

§8º As mudanças de controle acionário de companhias abertas e os registros de fusão, sem prejuízo da obrigação das partes envolvidas, devem ser comunicados ao Cade pela Comissão de Valores Mobiliários - CVM e pelo Departamento Nacional do Registro do Comércio do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, respectivamente, no prazo de 5 (cinco) dias úteis para, se for o caso, ser examinados.

§9º O prazo mencionado no §2º deste artigo somente poderá ser dilatado:

I – por até 60 (sessenta) dias, improrrogáveis, mediante requisição das partes envolvidas na operação; ou

II – por até 90 (noventa) dias, mediante decisão fundamentada do Tribunal, em que sejam especificados as razões para a extensão, o prazo da prorrogação, que será não renovável, e as providências cuja realização seja necessária para o julgamento do processo. [...]

Art. 90. Para os efeitos do art. 88 desta Lei, realiza-se um ato de concentração quando:

I – 2 (duas) ou mais empresas anteriormente independentes se fundem;

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

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

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

Parágrafo único. Não serão considerados atos de concentração, para os efeitos do disposto no art. 88 desta Lei, os descritos no inciso IV do caput, quando destinados às licitações promovidas pela administração pública direta e indireta e aos contratos delas decorrentes.”⁶³⁴

⁶³⁴ Destaques em itálico inseridos.

Portanto, nota-se que, além do regime de análise prévia, foram adotadas duas travas como patamares para a exigência da notificação dos atos de concentração, excluindo-se o critério da participação de mercado.

Além disso, há a previsão de que os valores dessas travas podem ser adequados por indicação do Plenário do CADE, por portaria interministerial dos Ministros de Estado da Fazenda e da Justiça. E isso foi feito por meio da Portaria Interministerial 994, de maio de 2012, que aumentou os valores do inciso I do art. 88 para R\$ 750.000.000,00 e do inciso II do art. 88 para R\$ 75.000.000,00, com o intuito de impedir que atos que não fossem concorrencialmente relevantes devessem ser notificados, de forma a permitir que a agência economizasse seus recursos e dedicasse seus esforços especialmente para aqueles casos em que a lesão à concorrência fosse mais provável.

Assim, a Lei 12.529/2011, pelo menos no que concerne ao controle de estruturas, teria gerado um potencial interventivo aparentemente mais elevado do que aquele decorrente da Lei 8.884/1994. Tal potencial seria refletido, principalmente, na adoção da análise prévia dos atos de concentração e dos novos patamares acima dos quais os atos de concentração devem ser notificados, uma vez que tais características facilitariam a imposição de restrições ou reprovações e reduziriam a quantidade de casos submetidos, permitindo o aprofundamento da análise dos casos mais importantes.

Mas não só essas características revelam o aumento da potencialidade interventiva. Há uma terceira característica também bastante relevante nesse sentido.

Com a Lei 12.529/2011, torna-se incontestavelmente obrigatório o repasse, aos consumidores, de parte relevante dos benefícios decorrentes de atos de concentração aprovados com base na geração de eficiências. Ou seja, diferentemente da Lei 8.884/1994 e da Lei 4.137/1962 alterada pela Lei 8.158/1991, não é mais possível dispensar tal obrigatoriedade com base em eventuais motivos preponderantes da economia nacional e do bem comum. É o que a Tabela 5 abaixo demonstra:

Tabela 5 – Comparação entre Lei 8.884/1994 e Lei 12.529/2011

Lei 8.884/1994	Lei 12.529/2011
“Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de	“§5º Serão proibidos os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em

qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do CADE.	parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, ressalvado o disposto no §6º deste artigo.
§1º O CADE poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:”	§6º Os atos a que se refere o §5º deste artigo poderão ser autorizados, desde que sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os seguintes objetivos:”
“I – tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;”	“I – cumulada ou alternativamente: a) aumentar a produtividade ou a competitividade; b) melhorar a qualidade de bens ou serviços; ou c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; e”
“II – os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;”	“II – sejam repassados aos consumidores parte relevante dos benefícios decorrentes.”
“§2º Também poderão ser considerados legítimos os atos previstos neste artigo, desde que atendidas pelo menos três das condições previstas nos incisos do parágrafo anterior, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou usuário final.”	Não existe correspondência.

Fonte: elaboração própria.

Assim, apesar de ter mantido (i) o afastamento do antigo – e agora já completamente esquecido – objetivo antitruste de proteção da economia popular, bem como (ii) a possibilidade da verificação de eficiências econômicas como justificadoras da aprovação de atos de concentração danosos à concorrência, a Lei 12.529/2011, pelo menos, impôs, agora de forma inafastável, a obrigatoriedade de compartilhamento dos benefícios gerados pela operação com os consumidores.

Por outro lado, apesar de tais características da legislação caminharem no sentido de um maior grau de intervenção, o Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE de 2016⁶³⁵ adotou patamares de HHI bastante altos, inspirando-se⁶³⁶ no Guia de Concentrações Horizontais do Departamento de Justiça e da FTC de 2010⁶³⁷. Tais patamares

⁶³⁵ Cf. CADE, Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 25.

⁶³⁶ Ver notas 23 e 24.

⁶³⁷ Cf. U.S. Department of Justice e U.S. Federal Trade Commission, Horizontal Merger Guidelines, 19.

de HHI mais altos foram um reflexo do fato de que, na prática, as agências antitruste estadunidenses não aplicavam os patamares anteriores mais reduzidos. Entretanto, esse aumento já tem sido objeto de crítica, a qual sugere a sua redução, com o retorno aos patamares anteriores⁶³⁸.

Diferentemente, o recente Guia de Remédios Antitruste publicado pelo CADE em 2018⁶³⁹, ao explicitamente priorizar a imposição de remédios estruturais, conforme se detalhará ao longo do subtópico 4.1.1 abaixo, pareceu querer reforçar um caminho mais tendente a graus maiores de intervenção.

De todo modo, o fato de a legislação e eventuais outros instrumentos utilizados pelo SBDC, como o Guia de Remédios do CADE, irem no sentido de um grau maior de intervenção do controle de estruturas não significa necessariamente que, na prática, o SBDC esteja também adotando tal viés ao julgar atos de concentração. Por isso, o capítulo 4, a seguir, será dedicado justamente à investigação do que acontece na prática.

⁶³⁸ Remarkably, therefore, rather than reiterating the prior standards and committing to their enforcement, the 2010 revision of the guidelines actually raised these thresholds so that a presumptively problematic merger is not one with an HHI of 2500 and a change of 300. This new standard validates past excessively permissive practice and further narrows the range of mergers presumed to raise competitive concerns and likely trigger enforcement action. It can scarcely be doubted that these changes in merger control practice have contributed directly to the wave of consolidation in many U.S. industries over the past twenty years. [...] Given the evidence associating concentration with harm to consumers and competition, it is essential that enforcement practice at the agencies take their own stated guidelines seriously, and enforce the standards as written. Indeed, as we shall now see, there is good economic evidence for adopting more stringent standards than those in the 2010 Guidelines. (“Surpreendentemente, portanto, em vez de reiterar os padrões anteriores e comprometer-se com sua aplicação, a revisão de 2010 do guia, na verdade, elevou esses limites, de modo que uma fusão presumivelmente problemática não é aquela com um HHI de 2500 e uma alteração de 300. Esse novo padrão valida práticas passadas excessivamente permissivas e reduz ainda mais o leque de fusões que supostamente suscitam preocupações concorrenciais e provavelmente desencadeiam o controle. Dificilmente se pode duvidar que essas mudanças na prática de controle de concentrações tenham contribuído diretamente para a onda de consolidação em muitas indústrias estadunidenses nos últimos vinte anos. [...] Dadas as evidências que associam a concentração com danos aos consumidores e à concorrência, é essencial que o controle exercido pelas agências leve a sério seus próprios guias e imponha os padrões conforme estiverem escritos. De fato, como veremos agora, há boas evidências econômicas para a adoção de padrões mais rigorosos do que os das Diretrizes de 2010.”) Cf. Kwoka, “Reviving Merger Control”, 23–24.

⁶³⁹ Cf. CADE, “Guia de Remédios Antitruste” (2018), http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view.

4. HÁ UM DESCONTROLE DE ESTRUTURAS NO BRASIL?

Conforme destacado no capítulo 3 acima, o controle de concentrações brasileiro desenvolveu-se de forma mais intensa a partir da entrada em vigor da Lei 8.884/1994. Essa intensidade teria ainda subido de patamar com as reformas e melhoramentos promovidos pela Lei 12.529/2011. Dentre tais mudanças, destacaram-se a criação da análise prévia de atos de concentração e dos dois filtros de faturamento presentes nos incisos I e II do Art. 88, que, em tese, permitiriam somente a entrada de operações muito relevantes no SBDC.

Este capítulo 4 será dedicado à verificação da efetividade do controle de estruturas desenvolvido pelo SBDC. O que se desenvolverá aqui, conforme já mencionado no início do capítulo 3, alimenta-se tanto da discussão desenvolvida sobre os objetivos do antitruste presente no capítulo 2 quanto do histórico de objetivos adotados pelo Brasil, detalhado ao longo do capítulo 3. Isso porque ambos os conteúdos servirão de substrato teórico e histórico para a interpretação dos dados coletados e analisados ao longo deste capítulo 4. Ou seja, só será possível entender o que aconteceu com o controle de estruturas desenvolvido de 1994 a 2018 quando se consideram as análises e conclusões apresentadas ao longo dos capítulos 2 e 3 acima.

O presente capítulo 4 se estrutura da maneira delineada a seguir. O tópico 4.1 apresentará, inicialmente, um panorama geral das decisões do CADE em atos de concentração a ele notificados desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018. Será possível, nesse tópico, verificar variações, em números absolutos e percentuais, de atos de concentração aprovados sem restrição, aprovados com restrição e reprovados ao longo do período analisado. Esse exercício permitirá uma resposta preliminar e genérica à dúvida sobre a efetividade do controle de estruturas brasileiro, mas, ao mesmo tempo, criará a necessidade de se enfrentar novas indagações surgidas a partir dos dados apresentados.

Essas novas indagações, centradas essencialmente nos atos de concentração aprovados com restrição, serão respondidas no subtópico 4.1.1. Nele, por meio da análise individual das decisões de cada um dos 545 atos de concentração considerados que sofreram qualquer tipo de restrição do CADE desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018, será produzida uma verdadeira radiografia das restrições (ou remédios) aplicadas pelo CADE ao longo desse período. Essa análise é importante para permitir identificar quais

operações receberam restrições pouco ou nada substanciais (ancilares), restrições comportamentais ou restrições estruturais.

Posteriormente, no subtópico 4.1.2, serão apresentados alguns poucos estudos retrospectivos relacionados a alguns atos de concentração que receberam restrições do CADE, os quais apontam os efeitos práticos dos remédios aplicados.

O subtópico 4.1.3 enfrentará um último questionamento que poderia surgir em relação aos dados apresentados ao longo do tópico 4.1 e seus subtópicos 4.1.1 e 4.1.2. Diante dos dados que demonstram uma indiscutível baixa aplicação de remédios efetivos a atos de concentração no Brasil, poder-se-ia argumentar que, de fato, praticamente todos os atos de concentração que chegam ao SBDC não apresentam nenhuma potencialidade danosa do ponto de vista concorrencial. A análise de 34 casos decididos por maioria pelo plenário do CADE desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018 enfrentará essa contestação.

Enfim, o tópico 4.2 responderá se o controle de estruturas brasileiro precisa respirar o Neo-Brandeisismo para se reformular. Serão discutidas as principais propostas práticas já apresentadas a partir do desenvolvimento das ideias de tal movimento e sua eventual aplicação ao sistema brasileiro. Além disso, serão apresentadas também outras propostas que não necessariamente decorrem do Neo-Brandeisismo, mas que também naturalmente se inspiram no debate sobre objetivos do antitruste.

4.1. Um Panorama Geral das Decisões do CADE em Controle de Concentrações

Como se notou no capítulo 3 acima, nas últimas décadas, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 e a posterior publicação da Lei 8.884/1994, é difícil contestar que o Brasil tenha dado mais atenção ao desenvolvimento de seu sistema de defesa da concorrência, em um progressivo papel de aprimoramento institucional do SBDC. A reestruturação do SBDC, promovida pela Lei 12.529/2011, também é quase sempre referida como um grande passo para o fortalecimento do antitruste no Brasil.

O esforço de aprimoramento, de acordo com as recomendações internacionais, tem rendido diversos prêmios ao SBDC, principalmente após a implementação da Lei 12.529/2011. Dentre eles, é possível destacar alguns de extrema relevância, como os

seguintes: (i) em 2011, o CADE obteve avaliação de três estrelas e meia (de cinco possíveis) e o título de “Agência Antitruste das Américas”, pela revista britânica *Global Competition Review* (“GCR”); (ii) em 2013, o CADE recebeu pela primeira vez a avaliação de quatro estrelas no *ranking* da GCR, a qual foi mantida nos anos subsequentes; (iii) em 2015, o CADE recebeu novamente o título de “Agência Antitruste das Américas”, pela GCR; (iv) em 2016, o Guia de Compliance do CADE⁶⁴⁰ foi um dos finalistas do *Antitrust Writing Awards* da revista *Concurrences* na categoria *Best Soft Law*; (v) ainda em 2016, o CADE recebeu menção honrosa na temática “advocacia da concorrência em mercados de crescimento rápido e inovadores”, no Concurso de Advocacia da Concorrência promovido pela *International Competition Network* e pelo Banco Mundial; (vi) em 2017, o Guia de Termo de Compromisso de Cessação do CADE⁶⁴¹ recebeu o prêmio de *Best Soft Law* na categoria de práticas concertadas do *Antitrust Writing Awards* da revista *Concurrences*; (vii) ainda em 2017, o CADE foi novamente considerado a melhor “Agência Antitruste das Américas” pela GCR; (ix) em 2018, o Manual de Diligências de Busca e Apreensão Cíveis⁶⁴² recebeu o prêmio de *Best Soft Law* na categoria de práticas concertadas do *Antitrust Writing Awards* da revista *Concurrences*; e (x) ainda em 2018, o CADE foi novamente considerado a melhor “Agência Antitruste das Américas” pela GCR.⁶⁴³

Diversos relatórios de organizações internacionais especializadas na temática da defesa da concorrência foram levados em conta nos últimos anos, os quais quase sempre elogiavam o progresso do desenvolvimento do antitruste no Brasil e traziam recomendações adicionais⁶⁴⁴. Apenas como exemplos relacionados ao controle de estruturas, houve recomendações internacionais expressas relacionadas ao seguinte:

⁶⁴⁰ Cf. CADE, “Guia para Programas de Compliance: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial” (2016), http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf/view.

⁶⁴¹ Cf. CADE, “Guia Termo de Compromisso de Cessação para Casos de Cartel” (2016), http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.

⁶⁴² Cf. CADE, “Diligências de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre operacionalização” (2017).

⁶⁴³ Cf. CADE, “Prêmios”, acessado 18 de outubro de 2019, <http://www.cade.gov.br/premiacoes>.

⁶⁴⁴ Ver, por exemplo, Clark, “Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Report”; OECD e Inter-American Development Bank, *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review* (Paris: OECD Publications, 2005), <https://www.oecd.org/daf/competition/35445196.pdf>; OECD e Inter-American Development Bank, *Peer Reviews of Competition Law and Policy in Latin America: A Follow-Up* (Paris: OECD Publications, 2008), <https://www.oecd.org/daf/competition/follow-up-of-latin-american-competition-reviews-2007.htm>; OECD e Inter-American Development Bank, *Competition Law and Policy in Brazil*, 2010; OECD e Inter-American Development Bank, *Follow-up to the Nine Peer Reviews of Competition Law and Policy of Latin American Countries: Argentina, Brazil, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras, Mexico, Panama and Peru* (Paris: OECD Publications, 2013), <https://www.oecd.org/daf/competition/follow-up-of-nine-latin-american-competition-reviews-2012.htm>; OECD, *OECD Peer Reviews of Competition Law and*

- (i) adoção de um regime de análise prévia;
- (ii) adoção de um guia para análise de atos de concentração;
- (iii) revisão dos critérios (filtros) para exigência de notificação;
- (iv) adoção de um regime sumário de análise para casos mais simples;
- (v) estabelecimento de procedimentos para possibilitar a realização de acordos entre as partes e o SBDC para a definição de remédios que viabilizem a aprovação de atos de concentração; e
- (vi) estabelecimento de um prazo limite para análise de atos de concentração.

Como hoje se percebe, todas essas recomendações foram paulatinamente sendo incorporadas pelo SBDC. A grande maioria delas é derivada da experiência de países desenvolvidos na defesa da concorrência.

Portanto, não se nega que o modelo antitruste brasileiro se aprimorou muito ao longo das últimas três décadas, de forma a contemplar diversas recomendações internacionais⁶⁴⁵. Incorporou-se, no Brasil, praticamente tudo aquilo que foi recomendado por organizações e demais entidades internacionais especializadas na temática antitruste, quase sempre tendo por base o modelo de defesa da concorrência aplicado em países desenvolvidos.

No entanto, caso a adoção das recomendações internacionais tenha se dado sem muita reflexão quanto às características da sociedade brasileira, relacionadas principalmente a altos índices de desigualdade, é possível que estejamos simplesmente reproduzindo um modelo de controle de concentrações ainda não exatamente adequado aos objetivos do antitruste mais benéficos a países em desenvolvimento. Alguns indícios apontam para tal problemática, gerando indagações e suspeitas que precisam ser estudadas de maneira mais aprofundada.

Policy: Brazil (Paris: OECD Publications, 2019), <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>.

⁶⁴⁵ Nota-se que a maioria das recomendações da *International Competition Network* também foram incorporadas ao longo dos últimos no ordenamento e na prática antitruste brasileiros. Nesse sentido, ver International Competition Network, “ICN Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures”, 2018 de 2002, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/merger-np-recommended-practices/>; International Competition Network, “ICN Recommended Practices For Merger Analysis”, 2018 de 2002, <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/recommended-practices-for-merger-analysis/>.

Nesse sentido, é bastante reveladora a análise dos relatórios anuais de gestão do CADE desde o ano de 1995, quando foi emitido o primeiro relatório anual de gestão⁶⁴⁶ após a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, em 11 de junho de 1994, bem como o portal “CADE em Números”⁶⁴⁷.

Ao se complementar essa análise com dados advindos das atas de sessões de julgamento ocorridas desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018, é possível perceber, quantitativamente, que a lógica das decisões em controle de estruturas desenvolvida nas últimas duas décadas foi, em geral, de baixa intervenção. Tais dados serão sistematizados em tabelas e gráficos abaixo.

Antes disso, é necessário ressaltar que, nos relatórios anuais de gestão da década de 1990, essa lógica de baixa intervenção foi, inclusive, explicitada. Nesse sentido, foi afirmado o seguinte:

“[e]m contraste com o período de substituição de importações, o atual modelo de desenvolvimento acarreta afinidade entre os objetivos de política industrial e a concorrência. O conjunto de ações para reduzir o *Custo Brasil*, por exemplo, tende a beneficiar o funcionamento dos mercados, uma vez que se trata frequentemente de eliminar distorções oriundas de excesso de regulamentação e intervencionismo.

No tangente à reestruturação industrial, é fundamental que o CADE tenha como pano de fundo o fato de que, em alguns setores, tal processo pode exigir incremento no grau de concentração, dada a necessidade de viabilizar uma escala mínima ótima condizente com o objetivo de incremento da produtividade, enquanto em outros isso não é verdade. Assim, é importante que as autoridades de defesa da concorrência incorporem em seu diagnóstico as peculiaridades de uma economia de porte médio (como é a brasileira) em processo de adaptação à abertura, desregulamentação e desestatização.”⁶⁴⁸

“Por sua vez, o fato da maioria dos atos serem aprovados sem restrições reforça a importância do esforço empreendido por esta autarquia no sentido

⁶⁴⁶ Cf. CADE, “Relatório de Atividades: exercício de 1995” (Brasília, 29 de fevereiro de 1996), http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/copy_of_auditorias-1996.

⁶⁴⁷ Cf. CADE, “CADE em Números”, acessado 16 de outubro de 2019, <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>.

⁶⁴⁸ Cf. CADE, “Relatório Anual 1996” (Brasília, fevereiro de 1997), 33–34, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-1996>.

de simplificar o exame das operações de forma [a] reduzir o custo de transação dos agentes.”⁶⁴⁹

Percebe-se, portanto, que a opção pela baixa intervenção e pela aprovação de atos de concentração sem restrições era explícita. Era isso mesmo que se pretendia, era esse o projeto a ser implementado.

As estatísticas de aprovações sem restrições, aprovações com restrições e reprovações de atos de concentração econômica submetidos ao SBDC parecem comprovar tal intenção já expressamente declarada nos relatórios anuais de gestão.

Adicionalmente, os números mostram que tal opção não permaneceu apenas durante o período das reformas liberalizantes da década de 1990. Essa possibilidade – que não se confirma – até poderia fazer sentido, uma vez que a paralela implementação de uma política de desestatização e abertura econômica dependia grandemente da ausência de rigidez da análise de atos de concentração, ou pelo menos da sua tendência a privilegiar eficiências econômicas advindas das privatizações e demais operações. A postura de baixa intervenção teria então, na verdade, atingido momentos e governos posteriores.

Mesmo após a publicação e vigência da Lei 12.529/2011 – que, conforme visto, modernizou o SBDC, introduziu um sistema de análise prévia de atos de concentração e criou um duplo filtro para submissão de atos ao SBDC –, permitindo, em tese, uma maior atenção da autarquia às operações mais complexas e potencialmente danosas à concorrência, o quadro geral da prevalência de aprovações sem restrições parece ter permanecido.

Nesse sentido, a Tabela 6 abaixo traz a divisão, por tipo de decisão, dos atos de concentração apreciados pelo CADE desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018:

⁶⁴⁹ Cf. CADE, “Relatório Anual 1998/1999” (Brasília, maio de 1999), 70, <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-1998>.

Tabela 6 – Decisões em atos de concentração de 1994 a 2018

Ano ⁶⁵⁰	Aprovados sem restrição	Aprovados com restrição ⁶⁵¹	Reprovados	Total
1994-1995 ⁶⁵²	0	11	2	13
1996 ⁶⁵³	12	5	0	17
1997 ⁶⁵⁴	34	8	0	42
1998 ⁶⁵⁵	135	5	0	140
1999 ⁶⁵⁶	216	5	0	221
2000 ⁶⁵⁷	491	16	2	509

⁶⁵⁰ Considerados somente atos de concentração conhecidos, em que houve exame de mérito pelo CADE. Nos casos em que houve discrepância entre os números de atos de concentração aprovados com restrição ou reprovados identificados nos relatórios anuais de gestão e aqueles identificados pela análise das atas das sessões de julgamento (ver Apêndice A), essa discrepância é descrita nas notas a seguir. Em todos os casos nos quais não foi possível esclarecer a sua razão, privilegiou-se o dado mais conservador, que indicava o maior número de aprovações com restrição ou reprovações.

⁶⁵¹ Considerados todos os atos de concentração que, embora aprovados, receberam alguma restrição, condicionante e/ou algum remédio. Todos esses termos, quando relativos a decisões de atos de concentração, são utilizados, neste trabalho, de maneira intercambiável e com o mesmo significado. Os números inseridos nessa coluna da tabela consideram tanto os atos de concentração aprovados com restrições diretamente expressas nos acórdãos quanto aqueles em que as restrições foram incluídas em Termo de Compromisso de Desempenho ou de Acordo em Controle de Concentrações.

⁶⁵² Dados incluem atos de concentração julgados apenas a partir da entrada em vigor da Lei 8.884/1994, em 11 de junho de 1994, até 14 de maio de 1996, data após a qual se consolidou uma nova gestão no CADE, com a posse do presidente Gesner de Oliveira e de outros cinco conselheiros, de acordo com CADE, “Relatório Anual 1996”, 83.

⁶⁵³ Dados incluem atos de concentração julgados apenas a partir da presidência de Gesner de Oliveira, de 15 de maio de 1996 até 18 de dezembro de 1996, de acordo com Ibidem.

⁶⁵⁴ Em CADE, “Relatório Anual 1997” (Brasília, março de 1998), 175, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antecedentes/auditorias-1997>, são indicados 38 atos de concentração aprovados sem restrição e 4 aprovados com restrição. No entanto, a análise das atas de sessões de julgamento (ver Apêndice A) revelou 8 atos de concentração aprovados com restrição. Portanto, são considerados tais dados advindos da análise das atas de sessões de julgamento. Para isso, tendo em vista que tal discrepância provavelmente decorre do fato de que, ao elaborar o Relatório Anual 1997, o CADE considerou como aprovados sem restrição atos de concentração que, na verdade, receberam restrição, os números foram ajustados, reduzindo-se proporcionalmente o número dos atos de concentração considerados aprovados sem restrição para 34.

⁶⁵⁵ De acordo com os percentuais presentes em CADE, “Relatório Anual 1998/1999” (Brasília, maio de 1999), 69–70, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antecedentes/auditorias-1998>, são indicados 137 atos de concentração aprovados sem restrição e 3 atos de concentração aprovados com restrição. No entanto, a análise das atas de sessões de julgamento (ver Apêndice A) revelou 5 atos de concentração aprovados com restrição. Portanto, são considerados tais dados advindos da análise das atas de sessões de julgamento. Para isso, tendo em vista que tal discrepância provavelmente decorre do fato de que, ao elaborar o Relatório Anual 1998/1999, o CADE considerou como aprovados sem restrição atos de concentração que, na verdade, receberam restrição, os números foram ajustados, reduzindo-se proporcionalmente o número dos atos de concentração considerados aprovados sem restrição para 135.

⁶⁵⁶ Dados próprios com base nas atas de sessões de julgamento, excluídos os casos sem julgamento de mérito. Houve 2 atos de concentração (08000.013759/1997-98 e 08012.007405/1998-47) que inicialmente receberam restrições, mas depois as decisões foram reconsideradas, e tais atos foram aprovados sem restrições. Na tabela, eles já são considerados com base na decisão final de reapreciação, ou seja, como se não tivessem recebido restrições.

⁶⁵⁷ Dados próprios com base em CADE, “Relatório de Gestão (exercício de 2000)” (Brasília, março de 2001), <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antecedentes/auditorias-2000>, segundo o qual foram julgados, ao todo, 523 atos de concentração em 2000. O mesmo relatório indica, no entanto, 14 atos de concentração decididos sem análise de mérito, os quais foram desconsiderados. Para o cálculo dos atos de concentração com restrição e reprovados, foi considerado o levantamento feito com base nas atas de sessões de julgamento, presente no Apêndice A.

2001 ⁶⁵⁸	562	14	0	576
2002 ⁶⁵⁹	471	12	0	483
2003 ⁶⁶⁰	480	12	0	492
2004 ⁶⁶¹	562	55	1	618
2005 ⁶⁶²	344	38	0	382
2006 ⁶⁶³	352	20	0	372
2007 ⁶⁶⁴	487	40	0	527

⁶⁵⁸ Dados próprios com base em CADE, “Relatório de Gestão (exercício de 2001)” (Brasília, 15 de março de 2002), <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antiores/auditorias-2001>, segundo o qual foram julgados, ao todo, 584 atos de concentração em 2001. O mesmo relatório indica, no entanto, 8 atos de concentração decididos sem análise de mérito, os quais foram desconsiderados. Para o cálculo dos atos de concentração com restrição e reprovados, foi considerado o levantamento feito com base nas atas de sessões de julgamento, presente no Apêndice A.

⁶⁵⁹ Em CADE, “Relatório de Gestão (exercício de 2002)” (Brasília, 14 de março de 2003), 13, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antiores/auditorias-2002>, são indicados 474 atos de concentração aprovados sem restrição e 9 aprovados com restrição. No entanto, a análise das atas de sessões de julgamento (ver Apêndice A) revelou 12 atos de concentração aprovados com restrição. Portanto, são considerados tais dados advindos da análise das atas de sessões de julgamento. Para isso, tendo em vista que tal discrepância provavelmente decorre do fato de que, ao elaborar o Relatório de Gestão 2002, o CADE considerou como aprovados sem restrição atos de concentração que, na verdade, receberam restrição, os números foram ajustados, reduzindo-se proporcionalmente o número dos atos de concentração considerados aprovados sem restrição para 471.

⁶⁶⁰ Em CADE, “Relatório de Gestão (exercício de 2003)” (Brasília, 30 de março de 2004), 11, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antiores/auditorias-2003>, são indicados 484 atos de concentração aprovados sem restrição e 8 aprovados com restrição. No entanto, a análise das atas de sessões de julgamento (ver Apêndice A) revelou 12 atos de concentração aprovados com restrição. Portanto, são considerados tais dados advindos da análise das atas de sessões de julgamento. Para isso, tendo em vista que tal discrepância provavelmente decorre do fato de que, ao elaborar o Relatório de Gestão 2003, o CADE considerou como aprovados sem restrição atos de concentração que, na verdade, receberam restrição, os números foram ajustados, reduzindo-se proporcionalmente o número dos atos de concentração considerados aprovados sem restrição para 480.

⁶⁶¹ Em CADE, “Relatório de Gestão 2004” (Brasília, 11 de fevereiro de 2005), 15, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antiores/auditorias-2004>, são indicados 574 atos de concentração aprovados sem restrição, 43 aprovados com restrição e 1 reprovado. No entanto, a análise das atas de sessões de julgamento (ver Apêndice A) revelou 55 atos de concentração aprovados com restrição. Portanto, são considerados tais dados advindos da análise das atas de sessões de julgamento. Para isso, tendo em vista que tal discrepância provavelmente decorre do fato de que, ao elaborar o Relatório de Gestão 2004, o CADE considerou como aprovados sem restrição atos de concentração que, na verdade, receberam restrição, os números foram ajustados, reduzindo-se proporcionalmente o número dos atos de concentração considerados aprovados sem restrição para 562.

⁶⁶² Em CADE, “Relatório de Gestão 2005” (Brasília, 24 de fevereiro de 2006), 24–25, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antiores/auditorias-2005>, são indicados 345 atos de concentração aprovados sem restrição e 37 aprovados com restrição. No entanto, a análise das atas de sessões de julgamento (ver Apêndice A) revelou 38 atos de concentração aprovados com restrição. Portanto, são considerados tais dados advindos da análise das atas de sessões de julgamento. Para isso, tendo em vista que tal discrepância provavelmente decorre do fato de que, ao elaborar o Relatório de Gestão 2005, o CADE considerou como aprovados sem restrição atos de concentração que, na verdade, receberam restrição, os números foram ajustados, reduzindo-se proporcionalmente o número dos atos de concentração considerados aprovados sem restrição para 344.

⁶⁶³ Cf. CADE, “Relatório de Gestão 2006” (Brasília, 27 de fevereiro de 2007), 18, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antiores/auditorias-2006>.

⁶⁶⁴ Em Goldberg, “O Controle de Estruturas no Brasil”, 68–70; Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 46–47, são indicados 490 atos de concentração aprovados sem restrição e 37 aprovados com restrição. No entanto, a análise das atas de sessões de julgamento (ver Apêndice A) revelou 40 atos de concentração aprovados com restrição. Portanto, são considerados tais dados advindos da análise das atas de sessões de julgamento. Para isso, tendo em vista que tal discrepância provavelmente decorre do

2008 ⁶⁶⁵	546	62	1	609
2009 ⁶⁶⁶	437	19	1	457
2010 ⁶⁶⁷	586	29	1	616
2011 ⁶⁶⁸	649	48	0	697
2012 ⁶⁶⁹	668	40	4	712
2013 ⁶⁷⁰	388	46	3	437

fato de que, ao elaborar o Relatório de Gestão 2007, o CADE considerou como aprovados sem restrição atos de concentração que, na verdade, receberam restrição, os números foram ajustados, reduzindo-se proporcionalmente o número dos atos de concentração considerados aprovados sem restrição para 487.

⁶⁶⁵ Em CADE, “Relatório de Gestão (exercício de 2008)” (Brasília, 27 de abril de 2009), 19, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antiores/auditorias-2008>, são indicados 550 atos de concentração aprovados sem restrição, 58 aprovados com restrição e 1 reprovado. No entanto, a análise das atas de sessões de julgamento (ver Apêndice A) revelou 62 atos de concentração aprovados com restrição. Portanto, são considerados tais dados advindos da análise das atas de sessões de julgamento. Para isso, tendo em vista que tal discrepância provavelmente decorre do fato de que, ao elaborar o Relatório de Gestão 2008, o CADE considerou como aprovados sem restrição atos de concentração que, na verdade, receberam restrição, os números foram ajustados, reduzindo-se proporcionalmente o número dos atos de concentração considerados aprovados sem restrição para 546.

⁶⁶⁶ Cf. CADE, “Prestação de Contas Ordinária Anual: Relatório de Gestão do Exercício de 2009” (Brasília, 31 de março de 2010), 63, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antiores/auditorias-2009>.

⁶⁶⁷ Em CADE, “Prestação de Contas Ordinária Anual: Relatório de Gestão do Exercício de 2010” (Brasília, março de 2011), 131, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antiores/auditorias-2010>; CADE, “Prestação de Contas Ordinária Anual: Relatório de Gestão do Exercício de 2012” (Brasília, março de 2013), 62, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antiores/auditorias-2012>, são indicados 588 atos de concentração aprovados sem restrição, 27 aprovados com restrição e 1 reprovado. No entanto, a análise das atas de sessões de julgamento (ver Apêndice A) revelou 29 atos de concentração aprovados com restrição. Portanto, são considerados tais dados advindos da análise das atas de sessões de julgamento. Para isso, tendo em vista que tal discrepância provavelmente decorre do fato de que, ao elaborar o Relatório de Gestão 2010 e o Relatório de Gestão 2012, o CADE considerou como aprovados sem restrição atos de concentração que, na verdade, receberam restrição, os números foram ajustados, reduzindo-se proporcionalmente o número dos atos de concentração considerados aprovados sem restrição para 586.

⁶⁶⁸ Cf. CADE, “Relatório de Gestão 2012”, 62; CADE, “Relatório de Gestão do Exercício de 2013” (Brasília, março de 2014), 83, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-antiores/auditorias-2013>. Na análise das atas de sessões de julgamento (ver Apêndice A), só foram encontrados 43 atos de concentração aprovados com restrições em 2011. Como o Relatório de Gestão 2012 e o Relatório de Gestão 2013 não identificam de maneira específica os casos considerados, não foi possível checar qual informação é mais precisa. Portanto, por conservadorismo, foram mantidos os dados presentes no Relatório de Gestão 2012 e no Relatório de Gestão 2013, que indicam um número superior de atos de concentração aprovados com restrição.

⁶⁶⁹ Em CADE, “Relatório de Gestão 2012”, março de 2013, 60, são indicados 670 atos de concentração aprovados sem restrição, 39 aprovados com restrição e 3 reprovados. No entanto, a análise das atas de sessões de julgamento (ver Apêndice A) revelou 40 atos de concentração aprovados com restrição em 2012 e 4 reprovados. Portanto, são considerados tais dados advindos da análise das atas de sessões de julgamento. Para isso, tendo em vista que tal discrepância provavelmente decorre do fato de que, ao elaborar o Relatório de Gestão 2012, o CADE considerou como sem restrição atos de concentração que, na verdade, receberam restrição ou foram reprovados, os números foram ajustados, reduzindo-se proporcionalmente o número dos atos de concentração considerados aprovados sem restrição para 668.

⁶⁷⁰ Em CADE, “Relatório de Gestão 2013”, 60, são indicados 387 atos de concentração aprovados sem restrição, 47 aprovados com restrição e 3 reprovados. No entanto, em *Ibidem*, 163–64, são indicados como atos de concentração aprovados com restrição dois casos que, na verdade, não receberam restrições (08012.006525/2011-92 e 08012.009582/2011-23). Excluindo-se esses dois casos, os números deveriam ser corrigidos para 389 atos de concentração aprovados sem restrição e 45 aprovados com restrição. Entretanto, a análise das atas de sessões de julgamento (ver Apêndice A) revelou 46 atos de concentração aprovados com restrição, indicando um a mais que não foi identificado no Relatório de Gestão 2013. Portanto, são considerados tais dados advindos da análise das atas de sessões de julgamento. Para isso, tendo em vista que essa discrepância provavelmente decorre do fato de que, ao elaborar o Relatório de Gestão 2013, o CADE considerou como sem

2014 ⁶⁷¹	413	20	1	434
2015 ⁶⁷²	376	7	1	384
2016 ⁶⁷³	360	6	0	366
2017 ⁶⁷⁴	355	5	3	363
2018 ⁶⁷⁵	385	6	1	392
Total	9309	529	21	9859
Percentual	94,42%	5,37%	0,21%	100%

Fonte: elaboração própria.⁶⁷⁶

O Gráfico 6 abaixo deixa mais clara a proporção entre atos de concentração aprovados sem restrições, aprovados com restrições e reprovados pelo CADE no agregado a partir da entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o fim de 2018:

restrição atos de concentração que, na verdade, receberam restrição, os números foram ajustados, reduzindo-se proporcionalmente o número dos atos de concentração considerados aprovados sem restrição para 388.

⁶⁷¹ Cf. CADE, “Relatório de Gestão do Exercício de 2014” (Brasília, abril de 2015), 92, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2014>.

⁶⁷² Cf. CADE, “Relatório de Gestão do Exercício de 2015” (Brasília, março de 2016), 76, http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/copy_of_auditorias-2014.

⁶⁷³ Cf. CADE, “CADE em Números”. Em CADE, “Relatório de Gestão do Exercício de 2016” (Brasília, março de 2017), 115, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2016>, constam 353 atos de concentração aprovados sem restrição, em vez dos 360 identificados no CADE em Números. Acredita-se que o CADE em Números é uma fonte de informação mais atualizada que o Relatório de Gestão 2016, de modo que se considerou o número de 360 atos de concentração aprovados sem restrição.

⁶⁷⁴ Cf. CADE, “CADE em Números”; CADE, “Relatório de Gestão do Exercício de 2017” (Brasília, março de 2018), 103, http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/copy_of_auditorias-2016.

⁶⁷⁵ Cf. CADE, “CADE em Números”. Em CADE, “Relatório de Gestão 2018” (Brasília, 2019), 51, <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1>, constam 384 atos de concentração aprovados sem restrição, em vez dos 385 identificados no CADE em Números. Acredita-se que o CADE em Números é uma fonte de informação mais atualizada que o Relatório de Gestão 2018, de modo que se considerou o número de 385 atos de concentração aprovados sem restrição.

⁶⁷⁶ Conforme ressalvas indicadas nas notas acima.

Gráfico 6 – Agregado das decisões em atos de concentração de 1994 a 2018

Fonte: elaboração própria.⁶⁷⁷

Portanto, de maneira agregada, desde 11 de junho de 1994 até o final de 2018, o CADE aprovou sem qualquer tipo de restrição aproximadamente 94,42% dos atos de concentração econômica submetidos a sua análise. As aprovações com restrições abarcam aproximadamente 5,37% das operações, 529 dos 9859 casos aqui considerados. As reprovações são quase inexistentes, representando 0,21% do total das operações, ou apenas 21 dos 9859 casos considerados nesse período. Aliás, a média anual de reprovações não chega sequer a uma unidade, atingindo apenas a marca de 0,84 caso por ano.

Entretanto, essa proporção global agregada é, na verdade, pouco conclusiva por dois principais motivos. O primeiro é que, ao agregar os dados de todos os anos, ela pode esconder uma evolução do sistema ao longo do tempo. Necessário então analisar tais dados de maneira segregada, anualmente. Isso será feito a seguir, ainda neste tópico 4.1.

O segundo dos problemas é mais complexo, ele traz uma carga extra de dificuldade ao presente trabalho ao demandar um nível de detalhamento dos dados bastante profundo. Em estudos anteriores, já se demonstrou que, se forem excluídas do conjunto de aprovações com restrições aquelas restrições chamadas de ancilares, pouco substanciais, como as relacionadas à simples apresentação de versão final de contratos firmados ou à redução de

⁶⁷⁷ Para ressalvas e detalhamentos relacionados aos dados considerados, ver notas 650 a 675.

prazo de cláusulas de não-concorrência, até mesmo o percentual de aprovações com restrições poderia se revelar bem mais reduzido.⁶⁷⁸

Tais estudos, no entanto, ou são restritos a poucos anos ou são baseados em estimativas, não permitindo a análise detalhada e precisa do desenvolvimento do controle de estruturas brasileiro desde 1994, almejada neste trabalho. É por isso que esse detalhamento será feito separadamente e com maior profundidade no subtópico 4.1.1, considerando-se todos os anos desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, por meio da análise de todas as atas de sessões de julgamento disponíveis até o final de 2018.

Por enquanto os Gráficos 7, 8 e 9 e a Tabela 7 abaixo auxiliarão no enfrentamento do primeiro dos problemas acima elencados, relacionado à necessária segregação anual dos dados para se evitar o mascaramento de eventual evolução do sistema.

⁶⁷⁸ Daniel K. Goldberg analisou especificamente o período de 2000 a 2004 e concluiu que “apenas 0,11% das fusões submetidas ao sistema foram reprovadas (e mesmo esse número pode estar inflacionado, a depender do critério utilizado) e apenas 0,15% das operações sofreram restrições significativas”. Para ele, esses baixos índices tinham duas razões: (i) o SBDC era leniente demais no julgamento de atos de concentração; e (ii) o universo de operações notificadas ao SBDC era muito alto, pois a baixa seletividade dos filtros legais então vigentes (Art. 54 da Lei 8.884/1994) inundava o sistema com operações pouco relevantes do ponto de vista concorrencial. Cf. Daniel K. Goldberg, “O Controle de Estruturas no Brasil: reflexões sobre o estudo de José Tavares”, in *Por uma Moderna Política de Competição: ampliando as bases do alto crescimento no Brasil*, org. João Paulo dos R. Velloso (Rio de Janeiro: José Olympio, 2006), 68–70. No mesmo sentido, ao analisar os dados de 1994 a 2010, Ana Paula Martinez encontrou o percentual aproximado de 4,5% de atos de concentração aprovados com restrições, mas afirmou: “[s]e excluirmos das restrições aquelas relacionadas à apresentação da versão final do contrato firmado e restrição de cláusula de não concorrência, esse percentual é reduzido para 1,6% (estimativa conservadora).” Cf. Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 46–47.

Gráfico 7 – Representação anual de decisões em atos de concentração de 1994 a 2018

Fonte: elaboração própria.⁶⁷⁹

O Gráfico 7 acima permite visualizar anualmente o panorama geral de decisões do CADE em atos de concentração desde 11 de junho de 1994 até o final de 2018, caracterizado principalmente pela quase inexistência de reprovações e por um ápice (em números absolutos) de aprovações com restrições identificado entre 2004 e 2014, que tem seu fim em 2015.

No entanto, é possível perceber facilmente que essa predominância de aprovações com restrições entre 2004 e 2014 é acompanhada, de maneira geral, por um aumento do número total de atos de concentração julgados em cada um desses anos. Ou seja, é possível que, proporcionalmente ao total de atos de concentração julgados em cada ano, esse aumento de aprovações com restrições não seja tão relevante assim.

Para esclarecer essa possibilidade, a Tabela 7 revela os percentuais de atos de concentração aprovados sem restrição, aprovados com restrição e reprovados em relação ao total de atos de concentração julgados em cada um dos anos analisados.

⁶⁷⁹ Para ressalvas e detalhes relacionados aos dados considerados, ver notas 650 a 675.

Ademais, o Gráfico 8, ao centrar-se exclusivamente nos percentuais dos atos de concentração aprovados com restrição, deixa ainda mais evidente a sua distribuição proporcional ao longo dos anos analisados.

Tabela 7 – Percentuais anuais de decisões em atos de concentração de 1994 a 2018

Ano	Percentual de aprovados sem restrição	Percentual de reprovados	Percentual de aprovados com restrição	Percentual de reprovados + aprovados com restrição
1994-1995	0,00%	15,38%	84,62%	100,00%
1996	70,59%	0,00%	29,41%	29,41%
1997	80,95%	0,00%	19,05%	19,05%
1998	96,43%	0,00%	3,57%	3,57%
1999	97,74%	0,00%	2,26%	2,26%
2000	96,46%	0,39%	3,14%	3,54%
2001	97,57%	0,00%	2,43%	2,43%
2002	97,52%	0,00%	2,48%	2,48%
2003	97,56%	0,00%	2,44%	2,44%
2004	90,94%	0,16%	8,90%	9,06%
2005	90,05%	0,00%	9,95%	9,95%
2006	94,62%	0,00%	5,38%	5,38%
2007	92,41%	0,00%	7,59%	7,59%
2008	89,66%	0,16%	10,18%	10,34%
2009	95,62%	0,22%	4,16%	4,38%
2010	95,13%	0,16%	4,71%	4,87%
2011	93,11%	0,00%	6,89%	6,89%
2012	93,82%	0,56%	5,62%	6,18%
2013	88,79%	0,69%	10,53%	11,21%
2014	95,16%	0,23%	4,61%	4,84%
2015	97,92%	0,26%	1,82%	2,08%
2016	98,36%	0,00%	1,64%	1,64%
2017	97,80%	0,83%	1,38%	2,20%
2018	98,21%	0,26%	1,53%	1,79%
Total	94,42%	0,21%	5,37%	5,58%

Fonte: elaboração própria.⁶⁸⁰

⁶⁸⁰ Para ressalvas e detalhes relacionados aos dados considerados, ver notas 650 a 675.

Gráfico 8 – Proporção anual de aprovações com restrição de 1994 a 2018

Fonte: elaboração própria.⁶⁸¹

A Tabela 7 e o Gráfico 8, de certa forma, confirmam a impressão advinda do Gráfico 7 de que houve uma predominância percentual de atos de concentração aprovados com restrição entre 2004 e 2014 em relação aos demais anos. Em alguns casos dentro desse período, o índice chega até mesmo a superar 10%, como em 2008 e 2013. A média do período é de 7,14% atos de concentração aprovados com restrição por ano.

No entanto, demonstra-se também uma ainda maior predominância desse tipo de decisão restritiva nos primeiros anos após a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, que se inicia no impressionante índice de 84,62% entre 1994 e 1995 (com os restantes 15,38% sendo todo composto por casos reprovados) e termina com o ainda bastante alto índice de 19,05% em 1997.

Há duas explicações possíveis para essa predominância de aprovações com restrição entre 1994 e 1997.

A primeira é decorrente do que se discutiu sobre os objetivos do antitruste no Brasil ao longo do capítulo 3 acima. A forte prevalência de restrições nos primeiros anos de aplicação da Lei 8.884/1994 pode ser advinda de uma aplicação antitruste ainda parcialmente

⁶⁸¹ Para ressalvas e detalhes relacionados aos dados considerados, ver notas 650 a 675.

marcada pelo objetivo de defesa da economia popular, que exigiria, em princípio, uma aplicação antitruste mais restritiva. Esses primeiros anos podem transparecer justamente a transição de objetivos do antitruste considerados primordiais pela defesa da concorrência no Brasil.

A segunda razão, que se relaciona diretamente com a primeira, pode ser justamente o esforço de uma nova gestão no CADE, que se iniciou em 15 de maio de 1996, com a posse do presidente Gesner de Oliveira e de outros cinco conselheiros⁶⁸², e durou pelo menos até 13 de maio de 2000, fim do mandato do presidente⁶⁸³. Essa gestão, conforme já demonstrado por meio de citações diretas do Relatório Anual 1996 e do Relatório Anual 1998/1999 no tópico 4.1 acima, manifestava-se de maneira expressa favoravelmente (i) à admissão de aumentos substanciais de níveis de concentração econômica no período de abertura econômica e desregulamentação vivido pelo Brasil e (ii) à aprovação de atos de concentração sem restrições como forma de reduzir os custos de transação dos agentes de mercado⁶⁸⁴.

Tendo esses princípios, essa gestão, de certa forma, refletia um processo de transição e consolidação de novos objetivos para o direito da concorrência no Brasil. Saía-se, de maneira aparentemente definitiva, de um modelo baseado na defesa da economia popular para um modelo baseado no privilégio das eficiências econômicas, com a redução de custos dos agentes. É por isso que a primeira e segunda razões explicitadas acima podem estar intimamente conectadas. Ao se formar a gestão presidida por Gesner de Oliveira, a transição de objetivos já estava traçada, de modo que, para compor o plenário do CADE, era necessário buscar profissionais não só bem qualificados como também alinhados a tais objetivos. Aparentemente, foi isso que se realizou, como comprovado pelo Relatório Anual 1996 e pelo Relatório Anual 1998/1999.

É interessante também notar a diferença entre as médias de aprovações com restrições entre os casos decididos com base nas regras da Lei 8.884/1994 e os decididos com fundamento na Lei 12.529/2011. Fazer essa análise depende de uma ponderação. A Lei 12.529/2011 entrou em vigor no dia 29 de maio de 2012⁶⁸⁵, mas muitos atos de concentração

⁶⁸² Cf. CADE, “Relatório Anual 1996”, n. 22.

⁶⁸³ Cf. CADE, “Histórico de Autoridades do CADE 1963-2019” (Brasília), 10, acessado 17 de outubro de 2019, <http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/autoridades-do-cade-desde-1963.pdf>.

⁶⁸⁴ Ver notas 648 e 649.

⁶⁸⁵ Na verdade, a data a ser considerada para a mudança de regime foi 19 de junho de 2012. Isso porque o Regimento Interno do CADE então vigente, no seu Art. 221, §3º, considerou como realizados sob a vigência da Lei 8.884/1994 os atos de concentração notificados até tal data, muito embora a Lei 12.529/2011 tenha, de fato, entrado em vigor no dia 29 de maio de 2012. A explicação para essa flexibilização adveio do fato de que,

notificados até a data da alteração de regime obviamente só foram julgados após ela, de modo que a análise antitruste teve que continuar seguindo, para esses casos, o regime da Lei 8.884/1994.

Portanto, não faria sentido considerar a data da entrada em vigor da Lei 12.529/2011 como divisora de dois períodos diferentes. É sabido que os anos de 2012 e 2013 foram bastante dominados pela análise de atos de concentração notificados ainda sob a vigência da Lei 8.884/1994⁶⁸⁶. Em menor número, em 2014 ainda foram decididos muitos casos notificados sob o regime da Lei 8.884/1994. Portanto, decidiu-se remover o ano de 2014 da análise e considerar a seguinte divisão de períodos: 1994-2013 (atos de concentração julgados com base na Lei 8.884/1994) e 2015-2018 (atos de concentração julgados com base na Lei 12.529/2011).

Adicionalmente, também foi considerado o período de 1998 a 2013, excluindo-se o período de 1994 a 1997 da apreciação. Conforme se discutiu acima, o período entre 1994 e 1997 apresenta números de aprovações com restrições extremamente elevados se comparados aos demais anos considerados, provavelmente remetendo a um resquício de aplicação do objetivo do antitruste relacionado à defesa da economia popular.

Os dados revelam que a tendência, após a vigência da Lei 12.529/2011, tem sido de um percentual anual ainda menor de aprovações com restrições do que aquele verificado sob a vigência da Lei 8.884/1994.

Se considerado o período entre 1994 e 2013, encontra-se uma média percentual anual de 11,75% dos casos aprovados com restrição. Excluindo-se da análise o período entre 1994 e 1997, tal média cai para 5,64%, mas ainda é bastante superior àquela encontrada para o período entre 2015 e 2018: 1,59%. O Gráfico 9 abaixo auxilia na visualização desse comparativo:

sob o regime anterior da Lei 8.884/1994, as partes tinham o prazo de 15 dias úteis para notificar o ato de concentração ao SBDC após a sua realização. O dia 19 de junho de 2012 foi justamente o dia em que se completaram 15 dias úteis da entrada em vigor da Lei 12.529/2011, em 29 de maio de 2012. Cf. Vinícius M. Carvalho e Carlos E. J. Ragazzo, orgs., *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos* (Brasília: CADE, 2013), 160.

⁶⁸⁶ Tal fato é revelado pela própria análise das atas de sessões de julgamento que se realizou neste trabalho (ver Apêndice A), mas também é mencionado, especificamente em relação ao período de junho de 2012 a junho de 2013, em *Ibidem*, 28–29.

Gráfico 9 – Médias de percentuais anuais de atos de concentração aprovados com restrição por período

Fonte: elaboração própria.⁶⁸⁷

Embora com a adoção da análise prévia e de novos filtros menos porosos pela Lei 12.529/2011 a lógica, à primeira vista, possa ter indicado para um caminho de mais restrições e reprovações, não foi isso que aconteceu, pelo menos de acordo com os dados considerados de 2015 a 2018. A expectativa pelo aumento de número de casos aprovados com restrição ou reprovados era advinda de dois argumentos principais, que indicavam dificuldades do regime da Lei 8.884/1994 em permitir a aplicação de remédios aos atos de concentração prejudiciais à concorrência, conforme já mencionado no subtópico 3.2.2 acima.

O primeiro argumento era o de que um regime pautado pela análise *a posteriori* de atos de concentração dificultava a aplicação de remédios. Isso pois, quando eventualmente se verificava o prejuízo concorrencial gerado pela operação, ela já tinha se consumado há muito tempo, e desfazê-la ou impor restrições a ela poderia gerar mais custos do que benefícios à sociedade.

O segundo argumento era o de que os filtros do Art. 54 da Lei 8.884/1994 que delimitavam quais operações deveriam ser notificadas ao CADE eram muito porosos. Eles permitiriam uma inundação do sistema com atos de concentração nada relevantes do ponto de vista concorrencial, daí porque muitos casos saíam do sistema completamente aprovados sem imposição de nenhuma restrição.

⁶⁸⁷ Para ressalvas e detalhes relacionados aos dados considerados, ver notas 650 a 675.

Diante do novo regime imposto pela Lei 12.529/2011, que corrigiu os dois problemas acima descritos – com a adoção da notificação prévia obrigatória e de dois filtros baseados no faturamento das empresas envolvidas –, era de se esperar, naturalmente, maiores números absoluto e proporcional de remédios e reprovações em decisões de atos de concentração. Isso porque não haveria mais a dificuldade de se aplicar o remédio após a consumação da operação, uma vez que a análise seria prévia, e também porque os filtros criados eram menos porosos, permitindo que somente operações muito grandes adentrassem ao sistema⁶⁸⁸.

É fácil perceber que os dados apreciados acima vão justamente no sentido contrário a essas expectativas. Na verdade, houve uma diminuição do percentual anual de atos de concentração aprovados com restrição e uma relativa constância do número de operações reprovadas⁶⁸⁹.

Entretanto, a análise até aqui realizada considera todas as restrições aplicadas como equivalentes entre si. Não é considerada a divisão entre restrições ancilares, comportamentais e estruturais, que foi mencionada acima. Por isso, é possível que, por exemplo, grande parte dos remédios aplicados ao longo dos períodos de 1994 a 2013 ou de 1998 a 2013 sejam ancilares, ao passo que todos os remédios aplicados entre 2015 e 2018 sejam comportamentais ou estruturais. Nesse caso, o resultado poderia ser uma equivalência de remédios entre os períodos analisados, dada a possibilidade de desconsideração de remédios ancilares em virtude da sua baixa influência sobre os níveis de concorrência dos mercados.

Dessa forma, o detalhamento e aprofundamento realizados no subtópico 4.1.1 abaixo, por meio da análise individual de cada um dos remédios aplicados desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018, responderão a esse e outros questionamentos que poderiam surgir em relação aos dados acima discutidos.

⁶⁸⁸ O número de atos notificados realmente caiu após a entrada em vigor da nova lei.

⁶⁸⁹ O número de reprovações sempre foi, de fato, extremamente baixo, com 0 reprovações em boa parte dos anos analisados. Qualquer alteração em números absolutos, como, por exemplo, o aumento ou a diminuição anual de apenas 1 reprovação de um período para o outro, poderia representar, percentualmente, um valor muito alto, eventualmente gerando a impressão de que a variação, em números absolutos, seria muito grande. É por isso que se evitou explorar os dados de reprovações percentualmente.

4.1.1. Raio X das restrições: ancilares, comportamentais ou estruturais?

Conforme já adiantado acima, o objetivo deste subtópico é explicitar o real conteúdo de cada restrição aplicada a atos de concentração pelo CADE desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018. O intuito dessa análise é desmembrar os dados de atos de concentração aprovados com restrição acima considerados para classificá-los como ancilares, comportamentais ou estruturais.

Consideram-se como ancilares remédios ou restrições pouco ou nada substanciais do ponto de vista das consequências geradas sobre o ambiente concorrencial. Essa classificação já foi utilizada em estudos brasileiros anteriores⁶⁹⁰ e ela será adotada aqui. Em geral, foram consideradas como ancilares restrições que obrigavam as partes a (i) removerem (ou alterarem o prazo, o raio e/ou os produtos ou serviços abarcados por) cláusulas de não-concorrência, não-solicitação, não-induzimento, não-aliciamento e/ou confidencialidade; (ii) apresentarem contratos ou versões finais de contratos relacionados à operação; e/ou (iii) comprovarem o pagamento de taxas processuais.

Ressalte-se, neste ponto, que a pesquisa foi conservadora ao classificar remédios como ancilares. Se havia qualquer dúvida sobre substancialidade da restrição, ela era então considerada como comportamental, e não ancilar. Tais situações de dúvida surgiram, por exemplo, em virtude de detalhamentos adicionais ao se desenhar a restrição, mesmo que ela fosse diretamente relacionada aos itens descritos no parágrafo acima, ou ao acúmulo de restrições diretamente relacionadas aos itens acima e outras também pouco substanciais envolvendo, por exemplo, a alteração de outras cláusulas dos contratos da operação.

Remédios comportamentais, para efeitos da pesquisa, são aqueles que não são ancilares e também não envolvem a transmissão definitiva de direitos e ativos. Também foram considerados remédios comportamentais aqueles advindos das situações de dúvida envolvendo remédios ancilares, conforme descrito no parágrafo acima.

Enfim, remédios estruturais, nesta pesquisa, são aqueles que envolvem a transmissão definitiva de direitos e ativos.

⁶⁹⁰ Cf. Goldberg, “O Controle de Estruturas no Brasil”, 68–70; Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”, 46–47.

A diferenciação entre remédios comportamentais e estruturais segue o Guia de Remédios Antitruste publicado pelo CADE em 2018⁶⁹¹. Embora esse documento seja recente, isso não significa que a diferenciação não existia anteriormente. A separação entre remédios estruturais e comportamentais acompanha o antitruste há muito tempo e já era conhecida pelo CADE no início do período considerado nesta pesquisa, ou seja, quando da entrada em vigor da Lei 8.884/1994.

De acordo com o Guia de Remédios do CADE, remédios comportamentais podem ser assim definidos e exemplificados:

“consistem em obrigações de práticas comerciais, financeiras ou econômicas das partes envolvidas no [ato de concentração], englobando ou não ativos diretamente afetados por ele, nos mercados relevantes relativos à operação. Estas obrigações incluem de forma não exaustiva os seguintes:

- i. separação contábil ou jurídica de atividades;
- ii. obrigações de transparência negocial com e para terceiros em atividades de fornecimento e compra de insumos e produtos;
- iii. comportamento não discriminatório e/ou concorrencialmente inapropriado com terceiros nas atividades de fornecimento e compras, em relação a partes relacionadas por meio do [ato de concentração];
- iv. suspensão ou eliminação de cláusulas de exclusividade de fato ou de direito em relações comerciais com partes relacionadas por meio do [ato de concentração];
- v. obrigação de fornecimento de insumos ou acesso a ativos-chave para concorrentes verticalmente relacionados;
- vi. obrigação de notificação de [ato de concentração], mesmo não notificável por critérios de faturamento;
- vii. suspensão de direitos políticos ou societários advindos de participações ou dos efeitos concorrenciais derivados de instrumentos financeiros;
- viii. impedimentos no acesso e transmissão de informações concorrencialmente relevantes entre partes relacionadas dos Requerentes do [ato de concentração];
- ix. licenciamento obrigatório de propriedade intelectual, inclusive marcas.”⁶⁹²

Por outro lado, os remédios estruturais são definidos e exemplificados da seguinte maneira pelo Guia de Remédios do CADE:

⁶⁹¹ Cf. CADE, Guia de Remédios Antitruste.

⁶⁹² Cf. *Ibidem*, 12.

“[d]e forma exemplificativa e baseando-se na experiência do Cade, nos termos do § 2º, art. 61 da Lei 12.529/2011, e na experiência internacional, as restrições estruturais incluem:

- i. Venda de ativos ou de um conjunto de ativos que constitua uma atividade empresarial;
- ii. Cisão de sociedade;
- iii. Alienação de controle societário ou de participações societárias;
- iv. Transmissão definitiva de direitos de propriedade intelectual, inclusive patentes, marcas e outros.”⁶⁹³

Para se realizar a pesquisa, foram testadas três diferentes estratégias metodológicas. A primeira delas foi totalmente falha. A segunda foi parcialmente falha, mas serviu, ao final, como meio para checagem da última metodologia que, enfim, foi aplicada.

A primeira estratégia metodológica fundou-se no pedido de acesso à informação nº 08850001178201997 ao CADE, baseado nos Arts. 6 e 10 da Lei 12.527/2011 e no Art. 11 do Decreto 7.724/2012. O pedido e a resposta a ele estão integralmente reproduzidos no Anexo A.

Basicamente, o que se fez foi solicitar ao CADE a discriminação de todos os atos de concentração analisados pelo CADE, desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, que foram reprovados ou aprovados com restrições. Além disso, solicitou-se que, no caso dos atos de concentração aprovados com restrições, fosse indicado o tipo de restrição realizada, se estrutural, comportamental ou ambas.

Em sua resposta, o CADE anexou planilha de Excel contendo todos atos de concentração julgados pelo CADE de 2007 a 2019. No entanto, o órgão justificou que não tinha consolidado os dados anteriores a 2007 ainda e que não realizava controle por tipo de restrição, de modo que não poderia responder integralmente à solicitação.

Com a planilha enviada pelo CADE em mãos, foi feita uma checagem de seu conteúdo por amostragem e, rapidamente, foi identificado que a planilha continha muitos equívocos. Por exemplo, ela indicava, em determinados anos, número de atos de concentração aprovados com restrição muito inferior ao que foi possível identificar por meio da análise das atas de sessões de julgamento do mesmo ano. Além disso, como a planilha não indicava o tipo de restrição imposta pelo CADE, ela seria de pouca utilidade

⁶⁹³ Cf. Ibidem, 11.

para os objetivos desta parte da pesquisa. Portanto, optou-se por não utilizar a planilha fornecida pelo CADE neste trabalho.

A segunda estratégia metodológica baseou-se na busca por estudos anteriores que eventualmente tivessem identificado todos os números de processo de todos os atos de concentração aprovados com restrição e reprovados pelo CADE a partir da entrada em vigor da Lei 8.884/1994.

Os trabalhos de Goldberg e Martinez⁶⁹⁴ mencionados acima foram restritos a espaços de tempo menores do que o período considerado nesta pesquisa. Além disso, embora contenham estimativas relacionadas ao tipo de restrições impostas pelo CADE, não indicam os números de processo dos atos de concentração considerados. Isso impedia a checagem das informações consideradas para se chegar às estimativas apresentadas. Assim, os dados apresentados em tais trabalhos também não puderam ser aproveitados na presente pesquisa.

Ademais, foi encontrada uma dissertação de mestrado, defendida por Cynthia A. Sato perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em 2015⁶⁹⁵, na qual consta, em apêndice⁶⁹⁶, planilha com relação de atos de concentração que receberam restrições ou foram reprovados pelo CADE de junho de 1994 a junho de 2014.

Feita uma checagem por amostragem inicial, a planilha de Sato não continha equívocos substanciais como aqueles apresentados pela planilha enviada pelo CADE como resposta ao pedido de acesso à informação. No entanto, ela também não continha, em geral, o tipo de restrição imposta, de modo que só foi utilizada para checagem dos dados coletados de acordo com a última das estratégias metodológicas. Ou seja, ao longo da pesquisa que seguiu a última estratégia metodológica a seguir exposta, utilizou-se a planilha de Sato para verificar se nela havia indicação de atos de concentração ausentes na planilha que se montava de acordo com a última estratégia metodológica.

Desse modo, só restou uma alternativa: verificar uma por uma as decisões de todos os atos de concentração que receberam restrições ou foram reprovados pelo CADE desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018. Como não se tinha certeza de quais

⁶⁹⁴ Cf. Goldberg, “O Controle de Estruturas no Brasil”; Martinez, “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”.

⁶⁹⁵ Cf. Cynthia A. Sato, “A Eficiência como Critério Decisório na Jurisprudência do CADE sobre Atos de Concentração” (Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015).

⁶⁹⁶ Cf. *Ibidem*, 122–31.

eram os atos de concentração que receberam restrições ou foram reprovados, isso significava verificar, na verdade, aproximadamente 8.000⁶⁹⁷ decisões de mérito emitidas pelo plenário do CADE em atos de concentração desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018. E foi isso que se realizou.

A checagem de cada uma das decisões objetivou, portanto, (i) selecionar todos os atos de concentração restritos ou reprovados pelo CADE e (ii) indicar, dentre os restritos, o tipo de restrição.

A implementação dessa última estratégia se deu por meio dos seguintes passos:

- (i) análise individual de 764 atas de sessão de julgamento (ordinárias, extraordinárias e reservadas), estando a grande maioria delas disponível no sítio eletrônico do CADE⁶⁹⁸;
- (ii) nos casos em que o conteúdo das atas não indicava o tipo de restrição ou era confuso, foi realizada a busca processual e posterior análise dos acórdãos ou certidões de julgamento do caso por meio do Sistema Eletrônico de Informações do CADE (“SEI-CADE”)⁶⁹⁹;
- (iii) nos casos em que o conteúdo dos acórdãos ou certidões de julgamento também não indicava o tipo de restrição ou era confuso, foram analisados os votos dos conselheiros que conduziram a decisão final do colegiado; e
- (iv) nos casos em que as restrições foram impostas por meio de Termo de Compromisso de Desempenho ou Acordo em Controle de Concentrações,

⁶⁹⁷ Conforme indicado na Tabela 6 acima, o número total de atos de concentração analisados no âmbito do SBDC desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018 aproxima-se de 10.000. No entanto, a partir da entrada em vigor da Lei 12.529/2011, atos de concentração passaram a depender de impugnação da Superintendência Geral (Art. 57, inciso II), de recurso por terceiro interessado ou agência reguladora (Art. 65, inciso I) ou de avocação por conselheiro (Art. 61, inciso II) para serem julgados no âmbito do tribunal (ou plenário) do CADE. Assim, a grande maioria deixou de constar nas atas de sessões de julgamento do plenário e também, por não receberem restrições, puderam ser descartados em bloco pela pesquisa. Portanto, se se considerarem apenas os atos de concentração notificados anteriormente à entrada em vigor da Lei 12.529/2011, por meio da soma dos números totais presentes na Tabela 6 acima desde 1994-1995 até 2013, chega-se a número próximo de 8.000 decisões. Foram incluídos os anos de 2012 e 2013 nessa estimativa porque, conforme já se afirmou no tópico 4.1 acima, a maior parte das decisões tomadas pelo plenário do CADE em atos de concentração nesses anos ainda se referia a operações notificadas sob o regime da Lei 8.884/1994.

⁶⁹⁸ Cf. CADE, “Pasta Geral Sessões”, acessado 23 de outubro de 2019, <http://www.cade.gov.br/assuntos/sessoes/sessoes-pasta-geral>.

⁶⁹⁹ Cf. CADE, “SEI-CADE”, acessado 23 de outubro de 2019, https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.

também foi feita a busca e posterior análise de tais instrumentos por meio da busca processual do SEI-CADE.

Após a conclusão dos passos acima, observou-se a ausência de alguns dados, o que motivou a realização de mais dois pedidos de acesso à informação ao CADE.

O primeiro pedido (08850005601201928) objetivou a obtenção de algumas atas de sessão de julgamento remanescentes que, embora existentes, não estavam disponíveis no sítio eletrônico do CADE. A resposta do CADE concedeu acesso à maior parte das atas faltantes e justificou a ausência das demais afirmando que não foi possível encontrá-las e que seria necessário maior tempo para tanto. As atas foram disponibilizadas diretamente no sítio eletrônico do CADE⁷⁰⁰. Dentre as que continuaram ausentes, algumas foram encontradas por meio de pesquisas realizadas diretamente no sítio eletrônico do Diário Oficial da União⁷⁰¹. O pedido e a resposta do CADE estão integralmente disponíveis no Anexo B.

O segundo pedido (08850005604201961) objetivou a obtenção de acesso aos autos integrais de alguns poucos atos de concentração que receberam restrições e não estavam disponíveis ou estavam apenas parcialmente disponíveis para consulta no SEI-CADE. A resposta do CADE concedeu acesso aos autos integrais dos casos solicitados, com exceção de alguns poucos, que demandaram maior tempo para a disponibilização. Em contatos posteriores por e-mail, os autos integrais faltantes (ou partes principais deles) também foram disponibilizados. O pedido e a resposta do CADE estão integralmente disponíveis no Anexo C.

Somente essa estratégia metodológica possibilitou (i) a identificação do maior número possível de atos de concentração que receberam restrição ou foram reprovados desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018, bem como (ii) o almejado alto

⁷⁰⁰ Cf. CADE, “Pasta Geral Sessões”.

⁷⁰¹ Cf. Secretaria Geral da Presidência da República, “Imprensa Nacional”, acessado 23 de outubro de 2019, <http://www.in.gov.br/web/guest/inicio>. Acredita-se que as poucas atas não encontradas – e, portanto, não consideradas no estudo – simplesmente não contenham ou contenham número insignificante de atos de concentração aprovados com restrição ou reprovados. Isso porque os números encontrados são, em geral, muito próximos àqueles números totais relatados nos relatórios anuais de gestão do CADE e no CADE em Números, inclusive excedendo-os em alguns casos, bem como porque a checagem com o estudo de Sato acima mencionado revelou poucas discrepâncias em termos de números de atos de concentração aprovados com restrição. Em geral, as discrepâncias surgidas em relação ao estudo de Sato foram atos de concentração não considerados como restritos naquele estudo, mas considerados no presente trabalho. Ou seja, em geral, em todas as hipóteses de discrepância numérica, seja em relação aos relatórios anuais do CADE, ao CADE em Números ou ao estudo de Sato, o presente estudo foi o que encontrou maior número de atos de concentração aprovados com restrição.

grau de precisão do detalhamento e da identificação do tipo de restrição imposta no caso de operações aprovadas com restrição, sempre seguindo um perfil conservador de identificação.

A análise que se realizou deu origem a uma planilha que consolida todos os dados encontrados, a qual está presente no Apêndice A. Abaixo, serão expostos e discutidos os principais resultados da implementação da metodologia que acaba de ser descrita. Esses resultados permitirão responder aos questionamentos que não puderam ser respondidos apenas com os dados agregados presentes no tópico 4.1 acima.

Em primeiro lugar, a Tabela 8 e os Gráficos 10 e 11 abaixo evidenciam, no período entre 11 de junho de 1994 e o final de 2018, a distribuição de decisões em atos de concentração entre aprovados sem restrição, reprovados, aprovados com restrição comportamental, aprovados com restrição estrutural e aprovados com restrição ancilar.

A Tabela 8 abaixo, além de apresentar a segregação, por ano, dos atos de concentração aprovados com restrição comportamental, estrutural e ancilar, também apresenta uma coluna que inclui a soma entre restrições comportamentais e estruturais (“restrições não-ancilares”), a fim de possibilitar a comparação contra o total de restrições ancilares.

Ademais, a Tabela 8 também apresenta uma última coluna, que faz uma segregação adicional. Para afastar qualquer suspeita quanto ao tipo de decisão que se classificou como ancilar, a última coluna apresenta a quantidade de restrições que, dentre aquelas consideradas ancilares, foram relacionadas exclusivamente à remoção ou alteração de conteúdo de cláusulas de não-concorrência.

Ressalte-se que, ao realizar a contabilização de atos de concentração que receberam mais de um tipo de restrição, privilegiaram-se as restrições mais rigorosas, seguindo-se a seguinte escala:

$$\text{estruturais} > \text{comportamentais} > \text{ancilares}$$

Por exemplo, caso um ato de concentração tenha recebido restrições comportamentais e estruturais, tal operação foi contabilizada somente na coluna de restrições estruturais. O mesmo, portanto, em relação a atos de concentração que receberam restrições ancilares e comportamentais, os quais foram contabilizados exclusivamente na coluna de restrições comportamentais.

Tabela 8 – Segregação de atos de concentração aprovados com restrição de 1994 a 2018 por tipo de restrição

Ano	Restrições puramente comportamentais	Restrições estruturais	Restrições não-ancilares	Restrições ancilares	Ancilares que são cláusula de não-concorrência
1994-1995	9	2	11	0	0
1996	4	1	5	0	0
1997	8	0	8	0	0
1998	2	1	3	2	2
1999	3	0	3	2	1
2000	1	1	2	14	13
2001	2	0	2	12	12
2002	1	0	1	11	7
2003	0	1	1	11	11
2004	7	1	8	47	47
2005	10	10	20	18	14
2006	8	1	9	11	10
2007	7	6	13	27	24
2008	8	4	12	50	50
2009	0	3	3	16	15
2010	9	2	11	18	18
2011	7	4	11	32	32
2012	3	5	8	32	32
2013	20	13	33	13	12
2014	7	13	20	0	0
2015	1	6	7	0	0
2016	5	1	6	0	0
2017	4	1	5	0	0
2018	3	3	6	0	0
Total	129	79	208	316	300
Percentual	24,62%	15,08%	39,69%	60,31%	57,25%
Percentuais em relação ao total de operações	1,32%	0,81%	2,13%	3,24%	3,07%

Fonte: elaboração própria.⁷⁰²

⁷⁰² Informações coletadas de acordo com a metodologia descrita neste subtópico 4.1.1 e disponíveis, em maior detalhe, no Apêndice A. O total de atos de concentração aprovados com restrição aqui considerados (524) é inferior ao total encontrado na Tabela 6 acima (529). Essa pequena diferença de 5 atos de concentração deve-se ao fato de que, ao elaborar a Tabela 6, seguiu-se uma metodologia conservadora que privilegiou sempre o maior número de atos de concentração aprovados com restrição disponível quando havia conflito entre o número encontrado nos relatórios anuais de gestão e o número encontrado na análise das atas de sessão de julgamento que se realizou para construção deste subtópico 4.1.1. Aqui, no entanto, só se podem considerar os atos de concentração encontrados por meio da análise das atas de sessão de julgamento, pois só deles é possível checar o conteúdo da decisão para classificá-la dentre as categorias requeridas neste subtópico 4.1.1 Os

Os números revelam um panorama ainda menos restritivo do controle de concentrações brasileiro. Se os números agregados de atos de concentração reprovados e aprovados com restrição apresentados ao longo do tópico 4.1 acima já indicavam um cenário de baixa intervenção, a segregação dos dados só intensifica essa conclusão preliminar.

Identificou-se que, do total de restrições, 24,62% são restrições puramente comportamentais e 15,08% são restrições estruturais. A grande maioria, 60,31%, é de restrições ancilares, sendo 57,25% exclusivamente relacionadas a cláusulas de não-concorrência. A diferença entre os 57,25% e os 60,31% (3,06%) é constituída por outros tipos de restrições ancilares, como remoção ou alteração de cláusulas de não-solicitação, não-induzimento, não-aliciamento e/ou confidencialidade; apresentação de contratos ou versões finais de contratos; ou comprovação de pagamento de taxas processuais. O Gráfico 10 abaixo facilita a visualização da segregação:

eventuais 5 atos de concentração existentes e não considerados aqui são desconhecidos, eles não aparecem nas atas de sessão de julgamento e, portanto, o conteúdo de sua decisão é inverificável. Não seria possível considerá-los nesta análise. Assim, todas as estimativas presentes neste subtópico 4.1.1 que realizam alguma comparação em relação ao total de atos de concentração apreciados pelo plenário do CADE desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 e o final de 2018 podem conter um erro intrínseco de estimativa decorrente da diferença de 5 atos de concentração considerados ao se construir o número total de atos de concentração. Esse possível erro, no entanto, beira a irrelevância, pois a diferença de 5 atos de concentração, num universo de 9859 casos, modificaria muito pouco os percentuais estimados. Seria suficiente apenas para alterar alguns centésimos dos números apresentados.

Gráfico 10 – Segregação de atos de concentração aprovados com restrição de 1994 a 2018 por tipo de restrição

Fonte: elaboração própria.⁷⁰³

No total, no tópico 4.1, havia sido identificado o percentual de 5,37% de atos de concentração aprovados com restrição entre a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 e o final de 2018. Segregando-se esses 5,37%, identificou-se 1,32% de restrições puramente comportamentais e 0,81% de restrições estruturais, totalizando 2,13% de restrições não ancilares. As restrições ancilares representam, portanto, 3,24% do total de operações analisadas pelo plenário do CADE desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 e o final de 2018 e consideradas neste estudo. O Gráfico 11 abaixo permite a melhor identificação dessas razões em relação ao total de atos de concentração analisados.

⁷⁰³ Informações coletadas de acordo com a metodologia descrita neste subtópico 4.1.1 e disponíveis, em maior detalhe, no Apêndice A.

Gráfico 11 – Decisões em atos de concentração de 1994 a 2018 com restrições segregadas por tipo de restrição

Fonte: elaboração própria.⁷⁰⁴

Considerando-se que os efeitos de uma aprovação com restrições ancilares são os mesmos ou, pelo menos, muito próximos aos de uma aprovação sem restrições, é possível somá-las. Ao fazer isso, o percentual de aprovações sem restrições encontrado no tópico 4.1 acima sobe de 94,42% para 97,66%. Ou seja, além de apenas 0,21% das operações terem sido reprovadas, apenas 2,13% delas receberam restrições relevantes (comportamentais ou estruturais). O Gráfico 12 auxilia na visualização dessa simulação:

⁷⁰⁴ Ver ressalvas presentes na nota 702.

Gráfico 12 – Decisões em atos de concentração de 1994 a 2018 com restrições segregadas e junção de ancilares a aprovados sem restrição

Fonte: elaboração própria.⁷⁰⁵

Até aqui, os Gráficos 10, 11 e 12 trabalharam com a segregação dos atos de concentração aprovados com restrição, mas apenas de maneira consolidada no período entre entrada em vigor da Lei 8.884/1994 e o final de 2018. Abaixo, a exemplo do que se fez no tópico 4.1, os dados serão analisados de maneira anual, conjugando-se sempre atos de concentração aprovados sem restrição àqueles com restrições ancilares. Isso permitirá a identificação da maneira pela qual o sistema de controle de concentrações brasileiro evoluiu ao longo das três últimas décadas e ajudará a esclarecer questionamentos levantados ao longo do tópico 4.1 acima.

⁷⁰⁵ Ver ressalvas presentes na nota 702.

Gráfico 13 – Representação anual de decisões em atos de concentração de 1994 a 2018 com restrições segregadas e junção de ancilares a aprovados sem restrição

Fonte: elaboração própria.⁷⁰⁶

O Gráfico 13 acima permite visualizar anualmente o panorama geral de decisões do CADE em atos de concentração desde 11 de junho de 1994 até o final de 2018, somando-se os casos nos quais houve aprovação sem restrição àqueles nos quais houve imposição de restrições ancilares. De maneira semelhante ao que se notou no Gráfico 7 acima, aqui ainda parece existir, embora com menor evidência, um ápice de aprovações com restrições – agora só comportamentais e estruturais – entre 2004 e 2014, o qual teve seu fim em 2015.

No entanto, permanece possível perceber que essa predominância de aprovações com restrições entre 2004 e 2014 continua acompanhada, de maneira geral, por um aumento do número total de atos de concentração julgados em cada um desses anos. Ou seja, é possível que, proporcionalmente ao total de atos de concentração julgados em cada ano, esse aumento de aprovações com restrições comportamentais e estruturais não seja tão relevante assim.

Para esclarecer essa possibilidade, a Tabela 9 revela os percentuais de atos de concentração aprovados sem restrição e com restrição ancilar, aprovados com restrição

⁷⁰⁶ Ver ressalvas presentes na nota 702.

comportamental, aprovados com restrição estrutural e reprovados em relação ao total de atos de concentração julgados em cada um dos anos considerados.

Ademais, o Gráfico 14, ao centrar-se exclusivamente nos percentuais dos atos de concentração aprovados com restrição não-ancilar (comportamental e estrutural), deixa ainda mais evidente a sua distribuição proporcional ao longo dos anos analisados.

Tabela 9 – Percentuais anuais de decisões em atos de concentração de 1994 a 2018 com restrições segregadas e junção de ancilares a aprovados sem restrição

Ano	Percentual anual de aprovados sem restrição	Percentual anual de aprovados com restrição ancilar	Percentual anual de aprovados sem restrição + ancilares	Percentual anual de aprovados com restrição comportamental	Percentual anual de aprovados com restrição estrutural	Percentual anual de reprovados
1994-1995	0,00%	0,00%	0,00%	69,23%	15,38%	15,38%
1996	70,59%	0,00%	70,59%	23,53%	5,88%	0,00%
1997	80,95%	0,00%	80,95%	19,05%	0,00%	0,00%
1998	96,43%	1,43%	97,86%	1,43%	0,71%	0,00%
1999	97,74%	0,90%	98,64%	1,36%	0,00%	0,00%
2000	96,46%	2,75%	99,21%	0,20%	0,20%	0,39%
2001	97,57%	2,08%	99,65%	0,35%	0,00%	0,00%
2002	97,52%	2,28%	99,79%	0,21%	0,00%	0,00%
2003	97,56%	2,24%	99,80%	0,00%	0,20%	0,00%
2004	90,94%	7,61%	98,54%	1,13%	0,16%	0,16%
2005	90,05%	4,71%	94,76%	2,62%	2,62%	0,00%
2006	94,62%	2,96%	97,58%	2,15%	0,27%	0,00%
2007	92,41%	5,12%	97,53%	1,33%	1,14%	0,00%
2008	89,66%	8,21%	97,87%	1,31%	0,66%	0,16%
2009	95,62%	3,50%	99,12%	0,00%	0,66%	0,22%
2010	95,13%	2,92%	98,05%	1,46%	0,32%	0,16%
2011	93,11%	4,59%	97,70%	1,00%	0,57%	0,00%
2012	93,82%	4,49%	98,31%	0,42%	0,70%	0,56%
2013	88,79%	2,97%	91,76%	4,58%	2,97%	0,69%
2014	95,16%	0,00%	95,16%	1,61%	3,00%	0,23%
2015	97,92%	0,00%	97,92%	0,26%	1,56%	0,26%
2016	98,36%	0,00%	98,36%	1,37%	0,27%	0,00%
2017	97,80%	0,00%	97,80%	1,10%	0,28%	0,83%
2018	98,21%	0,00%	98,21%	0,77%	0,77%	0,26%

Fonte: elaboração própria.⁷⁰⁷

⁷⁰⁷ Ver ressalvas presentes na nota 702.

Gráfico 14 – Proporção anual de aprovações com restrição não-ancilar de 1994 a 2018

Fonte: elaboração própria.⁷⁰⁸

A Tabela 9 e o Gráfico 14, de certa forma, confirmam a impressão advinda do Gráfico 13 de que houve uma leve predominância percentual de atos de concentração aprovados com restrição entre 2004 e 2014 em relação aos demais anos. Essa predominância, no entanto, é muito mais amena do que aquela que havia sido demonstrada no Gráfico 8 acima, o que significa que grande parte das decisões restritivas ocorridas nesse período foram, na verdade, condições ancilares.

Portanto, quando se olha somente para as restrições comportamentais e estruturais, a diferença percentual em relação aos demais anos é muito inferior, de modo que é até questionável se falar em predominância de restrições no referido período de 2004 a 2014. O que se nota, na verdade, aproxima-se muito mais de uma constância de índices interventivos extremamente baixos do que qualquer predominância restritiva.

Essa mesma conclusão não se aplica em relação ao período entre 1994 e 1997. Nele, os percentuais de aprovações com restrições permanecem muito altos mesmo quando se consideram restrições ancilares como se fossem aprovações sem restrições. A verdade é que

⁷⁰⁸ Ver ressalvas presentes na nota 702.

os percentuais permanecem os mesmos. Ou seja, não houve imposição de restrições ancilares entre 1994 e 1997, apenas restrições comportamentais e estruturais. Esses dados apenas confirmam as duas possíveis justificativas, delineadas no tópico 4.1 acima, para a predominância de índices de aprovações com restrições e reprovações tão altos nesse período.

O antitruste brasileiro, nessa época, ainda estava vivendo um período de transição. Passava-se de um modelo historicamente baseado na defesa da economia popular para um modelo surgido e então predominante nos Estados Unidos, fundado no anseio pela geração e aproveitamento de eficiências econômicas.

Para consolidar a transição, foi dada nova composição ao CADE, sob a presidência do economista Gesner de Oliveira⁷⁰⁹. Essa nova gestão, ao mesmo tempo que iniciou um amplo e importante processo de aprimoramento institucional e de construção de reconhecimento e respeitabilidade ao CADE, mudou totalmente os rumos do controle estrutural. De percentuais de aprovações com restrição não-ancilar e reprovações que chegavam a 100% dos casos apreciados (1994-1995), os índices despencaram para, já em 1998, atingirem a marca de 2,14% de aprovações com restrição não-ancilares e 0% de reprovação.

O último ponto enfrentado no tópico 4.1 acima foi relacionado à diferença entre as médias de aprovações com restrições entre os casos decididos com base nas regras da Lei 8.884/1994 e os decididos com fundamento na Lei 12.529/2011. Lá, revelou-se que a tendência, após a vigência da Lei 12.529/2011, tem sido de um percentual anual ainda menor de aprovações com restrições do que aquele verificado sob a vigência da Lei 8.884/1994.

Para o período entre 1994 e 2013, encontrou-se uma média percentual anual de 11,75% dos casos aprovados com restrição. Excluindo-se da análise o período entre 1994 e 1997, tal média caiu para 5,64%, mas ainda permaneceu bastante superior àquela encontrada para o período entre 2015 e 2018: 1,59.

No entanto, como a análise realizada no tópico 4.1 não considerava a segregação entre restrições ancilares, comportamentais e estruturais, ressaltou-se que era possível que, por exemplo, grande parte dos remédios aplicados ao longo dos períodos de 1994 a 2013 ou de 1998 a 2013 fossem ancilares, ao passo que todos os remédios aplicados ao entre 2015 e

⁷⁰⁹ Cf. CADE, “Relatório Anual 1996”, n. 22.

2018 fossem não-ancilares. Isso poderia indicar uma constância percentual de remédios não-ancilares ao longo dos anos analisados. Com a segregação feita neste subtópico 4.1.1, é possível responder a essa hipótese. O Gráfico 15, ao excluir os atos de concentração aprovados com restrição ancilar, fornece essa resposta:

Gráfico 15 – Médias de percentuais anuais de atos de concentração aprovados com restrição não-ancilar por período

Fonte: elaboração própria.⁷¹⁰

Ao remover as restrições ancilares do conjunto de atos de concentração aprovados com restrição, as médias de percentuais anuais dos períodos de 1998 a 2013 e 2015 a 2018 ficam muito mais semelhantes do que aquelas evidenciadas no Gráfico 9 presente no tópico 4.1 acima. O período de 2015 a 2018, marcado por decisões fundamentadas na Lei 12.529/2011, ainda apresenta uma média um pouco inferior (1,59%) do que o período de 1998 a 2013, marcado pelas decisões baseadas na Lei 8.884/1994 (1,92%).

O período de 1994 a 2013, que inclui os anos de 1994 a 1997, marcados por índices extremamente altos de aprovações com restrições, ainda apresenta uma diferença muito grande em relação aos demais, com uma média de 8,62%. Entretanto, conforme se esclareceu acima, os anos de 1994 a 1997 refletem uma transição de sistema e de objetivos do antitruste

⁷¹⁰ Ver ressalvas presentes na nota 702.

a ele atrelados, de modo que não guardam muita relação com o padrão decisório que acabou se consolidando a partir de 1998.

Ou seja, os dados segregados e esquematizados no Gráfico 15 fornecem duas conclusões importantes:

- (i) o período de 1994 a 2013 foi marcado por grande número de atos de concentração aprovados com restrições ancilares, o que não se repete no período entre 2015 e 2018; e
- (ii) há uma pequena redução da quantidade de restrições não-ancilares impostas pelo CADE a partir da entrada em vigor da Lei 12.529/2011, o que contraria as expectativas de um novo controle de concentrações, que, além de requerer a análise prévia, é muito menos poroso, por conter dois filtros de faturamento altos.

Antes de encerrar este subtópico 4.1.1, uma última análise é necessária. Até aqui, restrições comportamentais e estruturais foram muitas vezes tratadas em conjunto, como “não-ancilares”. Esse tratamento agregado pode dar a impressão de que os efeitos concorrenciais de ambas são semelhantes, de modo que elas poderiam ser alternativas intercambiáveis para a manutenção do ambiente competitivo. Tal impressão estaria equivocada e deve ser afastada.

Embora acima já se tenha tratado da diferenciação entre restrições comportamentais e estruturais e também colocado a restrição estrutural como representante de um nível maior de intervenção do que a comportamental, ainda não se detalhou algo muito importante. Há muito tempo, as restrições comportamentais têm sofrido severas críticas por não corresponderem a soluções concorrenciais adequadas à manutenção do ambiente competitivo.

Recentemente, essas críticas foram reforçadas por Kwoka, não apenas do ponto de vista teórico, mas com base em dados empíricos. Segundo ele,

“[p]or várias razões, remédios comportamentais são difíceis de escrever e de aplicar. Eles devem especificar completamente a conduta proibida em todas as circunstâncias possíveis, no presente e no futuro. Eles exigem a negação dos incentivos das empresas de evitar quaisquer restrições que diminuam seus lucros, exigindo essencialmente que ajam contra seus próprios interesses. Eles sofrem de assimetrias informacionais agudas que

colocam [as agências antitruste] em grande desvantagem na identificação de possíveis violações. Ademais, uma vez implantados, as agências antitruste não estão equipadas para se envolver no que é essencialmente a supervisão regulatória, a fim de avaliar a conformidade. Em síntese, as partes sujeitas a esses remédios têm todo o incentivo para escapar deles, e é improvável que a agência antitruste seja capaz de impedir isso.”⁷¹¹

Essa afirmação é baseada, dentre outros, em seus próprios levantamentos de dados presentes em estudos anteriores, conforme já demonstrado no subtópico 2.1.3 acima. Neles, Kwoka, de maneira geral, critica a imposição de restrições como alternativa ao simples bloqueio de operações potencialmente danosas à concorrência⁷¹². Isso porque, com base em dados empíricos, ele identificou que, nos Estados Unidos, operações aprovadas com restrições estruturais resultaram em aumentos de preço de 5,6%, ao passo que aquelas aprovadas com restrições comportamentais resultaram em aumentos de preço ainda maiores, de 13%.⁷¹³

Quem, ao mesmo tempo, olha para os dados aqui levantados e para o recente Guia de Remédios do CADE pode pensar que essas críticas só tenham chegado ao Brasil em 2018. Isso porque, no referido documento, foi dedicado um tópico inteiro só para tratar da preferência que deve ser dada às restrições de caráter estrutural:

“[r]emédios estruturais devem ser considerados prioritariamente, visto que a origem do problema concorrencial reside em mudança na configuração da estrutura de um mercado relevante, em [atos de concentração] horizontais e [atos de concentração] verticais. Nesse sentido, um remédio estrutural, tal como um desinvestimento, tende a ser mais efetivo, visto que direciona a causa do dano concorrencial de forma mais direta. Além disso, remédios estruturais trazem menor custo de monitoramento e menor risco de distorções do mercado pelos remédios impostos na operação.”⁷¹⁴

Entretanto, a verdade é que o SBDC já tinha conhecimento dos problemas das restrições comportamentais, pelo menos, desde a gestão presidida por Gesner de Oliveira. O

⁷¹¹ No original: “For several reasons, conduct remedies are difficult to write and difficult to enforce. They must fully specify the prohibited conduct in all possible circumstances both at present and in the future. They require negating the companies’ incentives to evade any constraints that diminish their profits, essentially requiring them to act against their own interests. They suffer from acute informational asymmetries that put [the antitrust agencies] at a major disadvantage in identifying possible violations. Moreover, once in place, the antitrust agencies are not equipped to engage in what is essentially regulatory oversight in order to assess compliance. In short, the parties subject to such remedies have every incentive to evade them, and the competition agency is unlikely to be able to prevent that.” Cf. Kwoka, “Reviving Merger Control”, 46–47.

⁷¹² Cf. Kwoka e Moss, “Behavioral Merger Remedies”; Kwoka, *Mergers, merger control, and remedies*, 105–42; Kwoka, “Reviving Merger Control”, 45–48.

⁷¹³ Cf. Kwoka, “Reviving Merger Control”, 47; Kwoka, *Mergers, merger control, and remedies*, 120; Kwoka, “Mergers, Merger Control and Remedies: A Response to the FTC Critique”, 14–15.

⁷¹⁴ Cf. CADE, Guia de Remédios Antitruste, 15–16.

próprio texto do Relatório Anual 1998/1999, fundamentado em recomendações do Banco Mundial e da OCDE⁷¹⁵, tornava expresso esse conhecimento:

“o próprio desenho dos compromissos foi alterado, conforme ficou patente a partir da decisão Kolynos/Colgate (1996), atribuindo-se maior importância a medidas estruturais relativamente às de caráter comportamental. Tal tendência está afinada com a doutrina internacional e nacional.”⁷¹⁶

Se assim era, seria de se esperar que, no período aqui apreciado, o número de aprovações com restrição estrutural tivesse superado o número de aprovações com restrição comportamental. Essa expectativa, como já se notou pelo Gráfico 10 acima, não se verificou. Mas é possível que o SBDC tenha, ao longo do período, progressivamente consolidado o entendimento de que restrições estruturais são mais recomendáveis que comportamentais. Para verificar essa hipótese, o Gráfico 16 abaixo auxilia na visualização de eventuais flutuações entre 1994 e 2018:

⁷¹⁵ “Structural remedies are generally preferred. They are more effective in the long run and, equally important, do not require continuing oversight or regulation by the competition agency.” (“Geralmente, remédios estruturais são preferidos. Eles são mais eficazes a longo prazo e, igualmente importante, não exigem supervisão ou regulamentação contínua pela agência antitruste.”) Cf. The World Bank, OECD, e R. Shyam Khemani, orgs., *A framework for the design and implementation of competition law and policy* (Washington, DC, Paris, 1999), 53.

⁷¹⁶ Cf. CADE, “Relatório Anual 1998/1999”, 69. A menção que se faz à decisão tomada no caso Kolynos/Colgate, todavia, é equivocada. Nesse caso, o CADE impôs três possíveis restrições para que as partes escolhessem obrigar-se a apenas uma dentre elas. De fato, uma das restrições era estrutural, a qual consistia na alienação da marca Kolynos. A opção das partes, entretanto, foi por outra das três possibilidades, aquela consistente na suspensão temporária do uso da marca Kolynos. Assim, seguindo-se a definição do próprio Guia de Remédios do CADE de 2018, tal restrição não poderia ser classificada como estrutural, pois não envolvia a “transmissão definitiva de direitos e ativos.” Cf. CADE, Guia de Remédios Antitruste, 11.

Gráfico 16 – Comparativo entre percentuais anuais de restrições estruturais e comportamentais entre 1994 e 2018

Fonte: elaboração própria.⁷¹⁷

Em 16 dos 25 anos considerados, o percentual de restrições comportamentais foi superior ao percentual de restrições estruturais. Considerando-se apenas o período entre 2015 e 2018, após a entrada em vigor da Lei 12.529/2011, o número de restrições comportamentais foi superior ao de restrições estruturais em 2 anos (2016 e 2017), inferior em apenas 1 ano (2015) e igual também em 1 ano (2018).

Isso demonstra que o desrespeito às recomendações para que se privilegiem restrições estruturais às comportamentais permanece presente mesmo após a mais moderna reforma do sistema concorrencial brasileiro com a entrada em vigor da Lei 12.529/2011. Não houve qualquer evolução no sentido de se aumentarem os números de restrições estruturais em relação às comportamentais.

Esse dado é extremamente curioso, pois o próprio CADE, além de se manifestar expressamente no sentido do reconhecimento da preferência pelas restrições estruturais no Relatório Anual 1998/1999⁷¹⁸, tomou a decisão de incluir um tópico inteiro no Guia de Remédios do CADE só para deixar essa preferência mais uma vez evidente. Nem mesmo a

⁷¹⁷ Ver ressalvas presentes na nota 702.

⁷¹⁸ Cf. CADE, “Relatório Anual 1998/1999”, 69.

convicção do próprio órgão antitruste, nesse caso, parece ter sido suficiente para permitir a aplicação da política mais recomendada por ele próprio.

Assim, é inegável que o panorama geral quantitativo exposto acima ao longo do tópico 4.1 e deste subtópico 4.1.1 nos aproxima de conclusões muito importantes, relacionadas a um nível extremamente baixo de intervenção do controle de estruturas brasileiro. Quando se olha para os números acima expostos, até mesmo uma visão concorrencialmente anarquista ganha argumentos. Torna-se inevitável uma reflexão sobre a necessidade de se investir relevantes recursos públicos para manter um controle de estruturas que, em nada menos que 97,66% das vezes, devolve o mesmo resultado para a sociedade que seria devolvido caso tal controle simplesmente não existisse.

Se se soubesse que o padrão decisório seria esse, talvez tivesse sido mais econômico e mais eficiente para a sociedade brasileira não ter um controle de concentrações econômicas. Importantes recursos poderiam ter sido economizados ao longo das últimas três décadas. É claro que outros muitos recursos teriam sido perdidos em virtude da má impressão que se passaria internacionalmente a investidores. Não se trata, no entanto, de uma hipótese facilmente descartável à primeira vista em virtude dos dados apresentados, o que, por si só, é extremamente preocupante.

Os dados apresentados no tópico 4.1 e neste subtópico 4.1.1, entretanto, não são suficientes para responder a um questionamento radical, com efeitos de carta curinga ou super trunfo: e se, de fato, praticamente todos os atos de concentração que chegam ao SBDC não apresentam nenhuma potencialidade danosa do ponto de vista concorrencial?

A resposta mais adequada a essa pergunta seria um vasto estudo retrospectivo de grande parte dos atos de concentração avaliados pelo CADE de 1994 a 2018. Conforme se demonstrará no subtópico 4.1.2 a seguir, infelizmente, essa ainda não é uma área muito explorada por economistas brasileiros, ao contrário do que ocorre nos Estados Unidos, conforme se pode inferir do estudo meta-analítico⁷¹⁹ de Kwoka⁷²⁰ detalhado no subtópico 2.1.3 acima.

⁷¹⁹ Sobre o conceito estatístico de meta-análise, ver nota 271.

⁷²⁰ Cf. Kwoka, *Mergers, merger control, and remedies*.

4.1.2. Relativa ausência de estudos retrospectivos no Brasil

Estudos retrospectivos de atos de concentração são aqueles que, por meio de alguma técnica estatística, tentam avaliar se os preços (ou outras características) variaram em virtude da realização da operação. A ideia desses estudos, basicamente, é comparar os preços praticados após a concentração com os preços que teriam sido praticados caso a operação não tivesse acontecido. E aí, como se pode notar, reside a maior dificuldade para a realização desses estudos. Essa dificuldade resume-se, basicamente, na verificação de dado inverificável. Ou seja, na identificação do preço que teria sido praticado na ausência da operação, mas nunca foi, não é e nunca será observado. É, em síntese, descobrir algo que nunca existiu, não existe e nunca existirá.

Surpreendentemente, há metodologias estatísticas que permitem essa identificação. A mais usada delas talvez seja a denominada *diferença em diferenças*. Ela é justamente a metodologia largamente utilizada nos estudos considerados na meta-análise de Kwoka⁷²¹, bem como nos poucos estudos brasileiros que serão apresentados abaixo.

De maneira geral, a maior dificuldade dos métodos estatísticos aplicados para a obtenção de estudos retrospectivos de atos de concentração é o controle de fatores estranhos à operação, também chamados de choques exógenos. Basicamente, a metodologia deve, de alguma forma, enfrentar a possibilidade de a alteração de preços verificada não ser decorrente da transação, mas de outros fatores alheios a ela. Esses fatores podem ser diversos e, por exemplo, afetar os custos de produção ou deslocar a demanda.

Para aplicação do método de *diferença em diferenças*, em apertada síntese, identificam-se dois grupos, um de tratamento e outro de controle, os quais são comparados para se identificar uma eventual *diferença* de variação de preço entre eles, considerando-se os momentos anterior e posterior ao ato de concentração.

Hipoteticamente, o grupo de tratamento é formado pelos produtos A, abarcados pela operação. O grupo de controle é formado por produtos B, não diretamente influenciados pela transação, mas cujos fatores estranhos variam da mesma maneira e na mesma medida que no mercado do produto A.

⁷²¹ Cf. Ibidem, 50–51, 56–70. Para outros modelos, ver também Ibidem, 47–49.

Assim, os preços tanto do produto A quanto do produto B antes da operação são comparados com os seus respectivos preços após o ato de concentração. Eventual *diferença* de variação de preço encontrada – a *diferença em diferenças* – só pode então ser decorrente da operação, uma vez que todos os outros fatores estranhos a ela se comportam da mesma maneira tanto no mercado do produto A quando no mercado do produto B.

Nesse mesmo exemplo, suponha-se que o preço do produto A (P_A) tenha variado de R\$10,00, antes da operação, para R\$18,00, após o ato de concentração. Nos mesmos momentos, considere-se que o preço do produto B (P_B) tenha variado de R\$10,00 para R\$15,00. Considerando-se apenas a variação de P_A , poder-se-ia concluir equivocadamente que o ato de concentração gerou um aumento de preços equivalente a R\$8,00.

No entanto, ao se controlar a possível influência de outros fatores estranhos à operação utilizando-se a variação de P_B , percebe-se que, na verdade, os efeitos causados pelo ato de concentração só são responsáveis por parcela do aumento de preços equivalente a R\$3,00. Essa parcela é a diferença entre o aumento de P_A e o aumento de P_B ($\Delta P_A - \Delta P_B = R\$3,00$), que consiste justamente na *diferença em diferenças*. Ou seja, R\$5,00 do aumento de preço, identificados tanto em P_A quanto em P_B , são decorrentes de outros fatores estranhos à operação, provavelmente relacionados a alterações de custos ou no comportamento da demanda desses mercados.

Assim, a maior dificuldade desse método consiste na identificação de grupo de controle adequado para ser comparado com os produtos ou serviços oferecidos pela empresa resultante da operação. Isso porque tanto o grupo de controle quanto o grupo de tratamento devem estar sujeitos às mesmas influências e variações de custos e demanda.

Nesta pesquisa, foram encontrados três estudos brasileiros que superaram essa dificuldade ao realizar análises dos efeitos de atos de concentração apreciados pelo CADE. Todas elas utilizaram a metodologia *diferença em diferenças* ou, pelo menos, alguma variação dela.

O primeiro estudo identificado foi a dissertação de mestrado defendida por Bruno R. Alvarenga perante o Departamento de Economia da Universidade de Brasília, intitulada “Efeito de Fusões sobre Preços: evidências empíricas da aquisição da Brasil Ferrovias pela

ALL”.⁷²² Como se pode inferir pelo próprio título do trabalho, o que se realizou foi um estudo retrospectivo do ato de concentração nº 08012.005747/2006-21⁷²³, que foi aprovado com restrições comportamentais constantes de um Termo de Compromisso de Desempenho (“TCD”).

No estudo, o grupo de tratamento, objeto da operação, foi definido como os serviços de transporte de soja e de farelo de soja prestados pelas companhias ferroviárias participantes do ato de concentração. O grupo de controle, por sua vez, consistiu nos serviços de transporte de soja e de farelo de soja prestados por outras oito companhias ferroviárias. Essas companhias não estavam envolvidas na operação e atuavam em mercados geográficos distintos. Isso permitiu supor que elas não foram contaminadas pelos possíveis efeitos competitivos decorrentes da operação, mas, ao mesmo tempo, sofreram com os mesmos choques exógenos durante o período analisado. Além disso, o autor ainda incluiu três outros controles para evitar distorções indesejadas nos resultados.⁷²⁴

Os resultados encontrados evidenciaram aumentos de preços após a operação. Considerando uma janela de tempo de 25 meses, o estudo indicou que houve, no mercado de transporte de soja, um aumento de preços equivalente a 219% e, no mercado de transporte de farelo de soja, um aumento de preços equivalente a 57%. Considerando todo o período analisado, tais percentuais caíram para, respectivamente, 197% e 54%, ressalvando-se que este último percentual (54%) não apresentou significância estatística.⁷²⁵

Assim, Alvarenga concluiu que, por ter acabado com a concorrência no transporte de soja do centro-oeste aos portos do sul e sudeste, a operação gerou bastante poder de mercado às companhias envolvidas na operação. Ainda segundo o autor, os remédios comportamentais impostos pelo CADE não foram suficientes para conter o abuso desse poder de mercado.⁷²⁶

O segundo estudo encontrado foi a tese de doutorado defendida por Cláudia A. dos S. Viegas perante a Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, intitulada “Fusões e Aquisições na Indústria de Alimentos e Bebidas do Brasil:

⁷²² Cf. Bruno R. Alvarenga, “Efeito de Fusões sobre Preços: evidências empíricas da aquisição da Brasil Ferrovias pela ALL” (Dissertação de Mestrado, Departamento de Economia da Universidade de Brasília, 2010).

⁷²³ Cf. CADE, 08012.005747/2006-21, Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz (2007).

⁷²⁴ Cf. Alvarenga, “Efeito de Fusões sobre Preços”, 28–29.

⁷²⁵ Cf. *Ibidem*, 44.

⁷²⁶ Cf. *Ibidem*.

análise dos efeitos nos preços ao consumidor”.⁷²⁷ Nele, a autora buscou responder se e como operações de fusão e aquisição influenciam os preços ao consumidor na indústria brasileira de alimentos e bebidas.

Diferentemente do que geralmente se faz em estudos retrospectivos de atos de concentração, a autora não avaliou o impacto de um ato de concentração em específico, mas de um conjunto de atos de concentração em variados mercados relevantes. A característica comum entre todos esses mercados relevantes foi o seu pertencimento à indústria de alimentos e bebidas.

Para fazer isso, Viegas também aplicou a metodologia de *diferença em diferenças* e considerou um grupo de tratamento e um grupo de controle, além de aplicar outros controles necessários para evitar distorções indesejadas nos resultados. O grupo de tratamento foi composto por atos de concentração que atendiam a quatro critérios estabelecidos no estudo. O grupo de controle, por sua vez, foi composto por atos de concentração que não atendiam a tais critérios.⁷²⁸

Os quatro critérios que dividiram os grupos foram os seguintes: (i) existência de concentração horizontal ou vertical; (ii) correspondência clara tanto na classe da Classificação Nacional de Atividade Econômica (“CNAE”) quanto na série do Índice de Preços ao Consumidor da Fundação Instituto de Pesquisas Econômicas (IPC-FIPE); (iii) ter efeitos de alcance global ou nacional; (iv) ter efeitos significativos dentro da classe CNAE.⁷²⁹

Após rodar o modelo proposto e comparar os grupos de tratamento e de controle gerados, a autora identificou que fusões e aquisições reduziram, em média, em 1,85% os preços ao consumidor na indústria brasileira de alimentos e bebidas entre 1998 e 2003. A autora mencionou que, ausentes os atos de concentração, o grupo de tratamento poderia ter apresentado preços superiores para os consumidores no período analisado.

⁷²⁷ Cf. Cláudia A. dos S. Viegas, “Fusões e Aquisições na Indústria de Alimentos e Bebidas do Brasil: análise dos efeitos nos preços ao consumidor” (Tese de Doutorado, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2006).

⁷²⁸ Cf. Ibidem, 41.

⁷²⁹ Para mais detalhes sobre os critérios aplicados e a divisão de grupo de tratamento e de controle adotada pela autora, ver Ibidem, 41–47.

Assim, a conclusão do estudo foi que, para a indústria de alimentos e bebidas brasileira, o efeito das eficiências geradas pelos atos de concentração foi superior ao efeito do aumento de poder de mercado no período entre 1998 e 2003.

Todavia, esse estudo, justamente por se centrar na variação média de preços de toda uma indústria, é pouco revelador quando o que se busca é algo mais específico: os efeitos de uma determinada decisão do CADE em um dado ato de concentração. É possível, por exemplo, que no universo de atos de concentração considerados, muitos tenham gerado, na verdade, aumentos de preços. No entanto, quando se fez a média para toda a indústria, tais aumentos podem ter sido compensados e até superados por outros casos que geraram reduções de preços.

O último estudo encontrado foi elaborado pelo próprio CADE e tem o seguinte título: “Avaliação *Ex-post* de Ato de Concentração: o caso Sadia-Perdigão”.⁷³⁰ Como logo se percebe, seu objeto de avaliação foi o ato de concentração 08012.004423/2009-18⁷³¹, por meio do qual a unificação entre a Sadia S.A. e a Perdigão S.A., originando a BRF S.A., foi aprovada com restrições estruturais e comportamentais constantes de um TCD.

Esse estudo, em especial, deve ser ressaltado. Trata-se da inauguração de estudos retrospectivos pelo CADE, a qual ocorreu, por pura coincidência, nos últimos meses de elaboração desta tese. Como se verá no tópico 4.2 adiante, a elaboração de estudos retrospectivos de atos de concentração é justamente uma das recomendações lá delineadas.

A constante evolução institucional do CADE demonstrada por esse primeiro estudo retrospectivo deve, portanto, ser ressaltada. Espera-se que ele sirva como um impulso não só para novas análises do mesmo tipo desenvolvidas pelo próprio CADE, mas, principalmente, também por acadêmicos, que têm a vantagem de sofrerem com menor pressão por potencial conflito de interesses, o que lhes dá maior liberdade.

Centrado na apreciação dos mercados relevantes de pizza de calabresa, lasanha bolonhesa e lasanha quatro queijos (grupo de tratamento), no período entre janeiro de 2008 e dezembro de 2013, o Departamento de Estudos Econômicos do CADE aplicou a

⁷³⁰ Cf. Lílian S. M. Severino, Guilherme M. Resende, e Felipe C. Bispo, *Avaliação Ex-post de Ato de Concentração: o caso Sadia-Perdigão*, Documentos de Trabalho (Brasília: CADE, Departamento de Estudos Econômicos, 2019).

⁷³¹ Cf. CADE, 08012.004423/2009-18, Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (2011).

metodologia de *diferença em diferenças* para avaliar os efeitos da operação sobre tais mercados.

Para o grupo de controle, consideraram-se os preços da cesta básica por média simples e por média ponderada. Além disso, foram considerados dois momentos marcantes para a avaliação da eventual alteração de preços. Em primeiro lugar, considerou-se a data da aprovação da operação pelo CADE, em novembro de 2011. Posteriormente, considerou-se também como marco temporal a data em que se finalizou a unificação total entre as empresas envolvidas na operação, janeiro de 2013.

Adotando-se como marco temporal a aprovação do ato de concentração em novembro de 2011 e a média simples do preço da cesta básica como grupo de controle, demonstrou-se que houve reduções de preços de 12,19% na pizza de calabresa e de 3,92% nas lasanhas bolonhesa e quatro queijos.⁷³² Considerando-se o mesmo marco temporal, mas utilizando-se a média ponderada do preço da cesta básica como grupo de controle, tais percentuais de redução de preços ficam, respectivamente, em 12,19% e 4,88%.⁷³³

Alterando-se o marco temporal para a unificação total entre as empresas em janeiro de 2013 e considerando-se a média simples do preço da cesta básica como grupo de controle, demonstrou-se que houve redução de preço de 11,31% na pizza de calabresa, mas nenhum efeito sobre os preços das lasanhas bolonhesa e quatro queijos.⁷³⁴ Considerando-se o mesmo marco temporal, mas utilizando-se a média ponderada do preço da cesta básica como grupo de controle, o percentual de redução de preço da pizza de calabresa fica em 12,19%, e as lasanhas bolonhesa e quatro queijos apresentam coeficientes estatisticamente insignificantes.⁷³⁵

Portanto, o estudo retrospectivo realizado pelo CADE identificou que houve, em geral, uma queda nos preços dos produtos após a realização do ato de concentração. Alternativamente, afirma-se, de maneira conservadora, que não houve um aumento de preços após a operação.⁷³⁶ Ressaltou-se, no entanto, que se tratou de um caso com características singulares que não podem ser esquecidas, como a importante entrada da Seara

⁷³² Cf. Severino, Resende, e Bispo, *Avaliação Ex-post de Ato de Concentração*, 22.

⁷³³ Cf. *Ibidem*, 23.

⁷³⁴ Cf. *Ibidem*, 22.

⁷³⁵ Cf. *Ibidem*, 23.

⁷³⁶ Cf. *Ibidem*.

como nova concorrente, produzindo quantidades similares e praticando menores preços que a BRF S.A. logo no final do período de análise.⁷³⁷

São esses os três estudos encontrados, sendo apenas dois deles plenamente aplicáveis à avaliação das decisões do CADE em atos de concentração. Em um deles, aparentemente a decisão foi equivocada ao se imporem apenas restrições comportamentais à operação que envolveu a ALL – América Latina Logística S.A. e a Brasil Ferrovias S.A. No outro, teria havido um acerto do órgão antitruste ao conjugar restrições comportamentais e estruturais na decisão que aprovou a operação entre a Sadia S.A. e a Perdigão S.A.

Apenas esses três estudos, infelizmente, não são capazes de responder ao questionamento curinga apresentado ao final do subtópico 4.1.1 acima. Para se dar uma resposta definitiva a ele, seria necessário ter um acervo de estudos retrospectivos muito mais amplo. Como esse acervo ainda não existe, resta apenas incentivar a sua produção, como se fará em uma das recomendações presentes no tópico 4.2 abaixo.

No entanto, esta pesquisa ainda conta com mais um levantamento de dados que pode auxiliar na resposta ao referido questionamento, embora não consiga, de fato, respondê-lo da maneira peremptória que seria possível por meio do acervo de estudos retrospectivos. É à análise desse último levantamento de dados que o subtópico 4.1.3 abaixo se dedica.

4.1.3. Análise dos casos decididos por maioria

Como já mencionado acima, diante dos dados analisados no tópico 4.1 e seu subtópico 4.1.1, os quais demonstram uma inegável baixa aplicação de restrições efetivas e reprovações a atos de concentração no Brasil, poder-se-ia ainda argumentar que, de fato, praticamente todos os atos de concentração que chegam ao SBDC não apresentam nenhuma potencialidade danosa do ponto de vista concorrencial. Isso justificaria os níveis baixos de restrições efetivas e reprovações.

No subtópico 4.1.2, viu-se que o acervo de estudos retrospectivos de atos de concentração brasileiros, por ser muito pequeno, ainda não ajuda muito a responder a tal argumento de maneira definitiva.

⁷³⁷ Cf. Ibidem, 5.

Neste subtópico 4.1.3, com o intuito de se aproximar de uma resposta possível, embora não definitiva, serão analisados 34 atos de concentração decididos por maioria pelo plenário do CADE desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018.

Esses 34 atos de concentração correspondem a todos os atos de concentração cuja decisão no plenário do CADE não foi tomada por unanimidade dos conselheiros votantes, exceto aqueles casos: (i) com efeitos exclusivamente verticais; (ii) em que a discordância se deu apenas em relação ao conteúdo de restrições não-ancilares impostas, mas todos os votos foram no sentido de imposição de algum tipo de restrição não-ancilar; (iii) em que a discordância se deu com base no embate entre votos que aprovavam a concentração sem restrições e votos que impunham restrições meramente ancilares; (iv) em que a discordância se deu apenas entre votos que determinavam a reprovação da operação e votos que determinavam a imposição de restrições não-ancilares; e/ou (v) em que nenhum dado de percentual de participação de mercado, CR4 ou HHI, relativo a qualquer dos mercados relevantes da operação, está disponível nos autos públicos.

Ou seja, foram aplicados seis filtros para selecionar os atos de concentração dos quais se extraíram dados para elaboração deste subtópico 4.1.3. O primeiro foi selecionar apenas os atos de concentração em que a decisão foi tomada por maioria dos conselheiros votantes. Os outros cinco filtros foram aqueles especificados nos itens “(i)”, “(ii)”, “(iii)”, “(iv)” e “(v)” do parágrafo acima.

Resta explicar o racional dessa metodologia. A ideia foi, basicamente, verificar a relevância dos potenciais problemas concorrenciais presentes nos atos de concentração cuja tomada de decisão sofreu com a dúvida dos conselheiros.

Se, nos atos de concentração em que há dúvida (e, portanto, decisão por maioria), e o potencial de geração de problemas concorrenciais já for muito elevado, é provável que, em alguns casos em que se decide pela aprovação sem restrições por unanimidade, também restem problemas concorrenciais. Nos casos em que a aprovação for por unanimidade com restrições, é provável que as restrições tenham sido insuficientes para manter o nível de concorrência nos mercados relevantes analisados.

Por outro lado, se quando há dúvida (e, portanto, decisão por maioria), o potencial de geração de problemas concorrenciais não for elevado, essas suspeitas não fariam sentido.

As decisões por maioria são, de certa forma, utilizadas como uma espécie de linha divisora, como uma rede em uma partida de tênis ou de vôlei.

Se as decisões por maioria são tomadas em atos de concentração que apresentam grave potencialidade danosa concorrencial, então a linha divisora está alta. Isso porque é necessário que os possíveis problemas concorrenciais sejam ainda mais evidentes e elevados para que se possa superar a linha e tomar, por unanimidade, uma decisão de imposição de restrições ou reprovação.

Por outro lado, se as decisões por maioria são tomadas em atos de concentração que apresentam uma baixa potencialidade danosa concorrencial, então a linha divisora está baixa. Isso pois conseguirão passar por ela problemas concorrenciais menos extremos, os quais serão suficientes para originar uma decisão unânime de imposição de restrições ou de reprovação.

Para se selecionar os atos de concentração aprovados por maioria desde 11 de junho de 1994 até o final de 2018, inicialmente, tentou-se também a alternativa mais simples do pedido de acesso à informação ao CADE. Assim, protocolou-se o pedido de acesso à informação nº 08850001177201942. O pedido e a resposta a ele estão integralmente reproduzidos no Anexo D.

Basicamente, o que se fez foi solicitar ao CADE a relação de todos os atos de concentração analisados desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 que foram decididos por maioria.

Em sua resposta, o CADE anexou planilha de Excel contendo atos de concentração julgados entre 2012 e 2019, com a identificação do mérito da decisão e se o julgamento se deu por maioria ou unanimidade. No entanto, o órgão justificou que não tinha consolidado os dados anteriores a 2012 ainda, de modo que não poderia responder integralmente à solicitação.

Como a planilha abarcava um período muito pequeno e já havia uma suspeita em relação à possibilidade de equívocos em planilhas fornecidas em pedidos de acesso à informação fundada no que se descreveu no subtópico 4.1.1, optou-se por não se utilizar a planilha fornecida pelo CADE.

Em vez disso, adotou-se a seguinte estratégia metodológica: aproveitou-se que, em virtude da análise realizada no subtópico 4.1.1 acima, foi necessário verificar aproximadamente 8.000⁷³⁸ decisões de mérito emitidas pelo plenário do CADE em atos de concentração para incluir como valor a ser extraído em tal verificação também a composição do julgamento, se por unanimidade ou maioria. É por isso que a última das colunas do Apêndice A contém essa informação.

Uma vez selecionados os casos decididos por maioria, foram aplicados os filtros “(i)”, “(ii)”, “(iii)”, “(iv)” e “(v)” descritos acima. Por fim, foram analisados os votos presentes em cada um dos casos que resultaram da filtragem realizada para se extraírem os seguintes dados: (i) mercados relevantes; (ii) participação de mercado após o ato de concentração; (iii) variação da participação de mercado entre o momento anterior e o posterior ao ato de concentração; (iv) CR4 após o ato de concentração; (v) variação do CR4 entre o momento anterior e o posterior ao ato de concentração; (vi) HHI após o ato de concentração; (vii) variação do HHI entre o momento anterior e o posterior ao ato de concentração; e (viii) se a tomada de decisão foi fundamentada ou não na geração de eficiências econômicas por meio do ato de concentração.

Ocorre que a seleção dos atos de concentração decididos por maioria incluiu alguns casos cujos autos não estavam integralmente disponíveis no SEI-CADE, de modo que foi preciso novamente se utilizar de pedidos de acesso à informação. Assim, com esse objetivo de acesso aos autos, foram protocolados os pedidos de acesso à informação nº 08850007207201924 e nº 08850000054202028. Os pedidos e as respostas a eles estão integralmente reproduzidos nos Anexos E e F, respectivamente.

A análise que se realizou deu origem a uma planilha que consolida todos os dados encontrados, a qual está presente no Apêndice B. Abaixo, serão expostos e discutidos os principais resultados da implementação da metodologia que acaba de ser descrita.

Resta apenas o esclarecimento de um detalhe metodológico antes de serem apresentados os resultados. Conforme já mencionado, a análise dependerá da divisão dos 34 atos de concentração em dois grupos, com base nos dados de participação de mercado, CR4 e HHI levantados: (i) atos de concentração com baixa potencialidade danosa concorrencial; e (ii) atos de concentração com elevada potencialidade danosa concorrencial.

⁷³⁸ Ver nota 697.

A métrica para se realizar essa divisão será fundamentada no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal do CADE, publicado em 2016⁷³⁹, e também no Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal da SEAE e da SDE, publicado em 2001⁷⁴⁰. O primeiro fundamentará os limiares de HHI. O segundo, os limiares de CR4.

Portanto, serão considerados atos de concentração com elevada potencialidade danosa concorrencial aqueles em que o HHI após a operação for superior a 2.500 pontos, mesmo que já se esteja sugerindo a redução de tal liminar nos Estados Unidos, conforme mencionado ao final do subtópico 3.3 acima⁷⁴¹. Nos casos em que o dado de variação de HHI também estiver disponível, serão consideradas apenas variações superiores a 100 pontos. No entanto, nem todos os casos disponibilizam a variação. Caso tal dado não esteja disponível, considerar-se-á que a operação tem elevada potencialidade danosa concorrencial mesmo assim, tendo em vista que o limiar, por si só, já é exagerado e se discute sua revisão para baixo, conforme se acaba de afirmar.

Quanto ao CR4, serão considerados atos de concentração com elevada potencialidade danosa concorrencial aqueles em que o CR4 após a operação for igual ou superior a 75%.

Por fim, serão também considerados atos de concentração com elevada potencialidade danosa concorrencial aqueles em que participação de mercado resultante da operação for superior a 50% em algum mercado relevante. Tal percentual é adotado com base no fato de que mercados com participação de empresa superior a 50% necessariamente resultam em HHI superior a 2500 pontos ($50^2 = 2500$).

Aplicados esses limiares de participação de mercado, CR4 e HHI, chega-se ao número de 28 atos de concentração com elevada potencialidade danosa concorrencial, dentre os 34 considerados. Em pelo menos um mercado relevante identificado em cada uma dessas operações, os limiares são atingidos ou superados.

Isso significa que, 82,35% dos casos filtrados apresentam elevada potencialidade danosa concorrencial.

O mais impressionante é que a maioria desses 28 casos não simplesmente gerou dúvidas aos conselheiros, resultando em decisões tomadas por maioria, mas foi aprovada

⁷³⁹ Cf. CADE, Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 25.

⁷⁴⁰ Cf. “Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001”, 11.

⁷⁴¹ Ver nota 638.

sem nenhuma restrição ou apenas com restrições ancilares. Deles, 19 casos foram integralmente aprovados, sem nenhuma restrição, ou aprovados com restrições ancilares. Especificamente, 12 foram integralmente aprovados e 7 foram aprovados com restrição ancilar relacionada a alguma alteração nas cláusulas de não-concorrência.

Isso significa que 67,86% dos casos identificados com alta potencialidade danosa concorrencial foram aprovados integralmente, sem nenhuma restrição, ou com restrição puramente ancilar. Especificamente, 42,86% foram integralmente aprovados e 25,00% foram aprovados com restrição ancilar relacionada a alguma alteração nas cláusulas de não-concorrência.

Ademais, verificou-se também quais dos 34 atos de concentração tiveram sua decisão fundamentada, de alguma maneira, na geração de eficiências econômicas, a fim de se medir o quanto a introdução desse conceito na legislação brasileira, conforme detalhado no subtópico 3.2.1 acima, tem poder de influenciar os julgamentos do CADE. Assim, foi possível identificar 14 casos nos quais a decisão foi fundamentada na geração de eficiências econômicas, ou seja, 42,17% dos 34 casos. Tal percentual demonstra a importância da decisão legislativa de se incluir a geração de eficiências econômicas como possível justificativa para a aprovação de atos de concentração danosos à concorrência.

Assim, a investigação desenvolvida neste subtópico 4.1.3 demonstra que, de fato, a linha divisora ou a rede do jogo de análise de atos de concentração está alta. Ou seja, é preciso que os possíveis problemas concorrenciais sejam ainda mais relevantes e elevados para se superar a linha a ponto de se tomar, por unanimidade, uma decisão de imposição de restrições ou reprovação. Além disso, notou-se também que, nos casos em que há dúvida, a tendência é a aprovação sem restrições ou então a aprovação com imposição de restrições ancilares.

A análise aqui realizada, portanto, indica para o mesmo sentido do estudo desenvolvido ao longo do tópico 4.1 e seu subtópico 4.1.1: um nível muito baixo de intervenção do controle de estruturas brasileiro.

4.2. A Reconstrução do Controle de Estruturas no Brasil passa necessariamente pelo Neo-Brandeisismo ou pelo Novo Estruturalismo Jurídico?

A resposta à pergunta que intitula este tópico 4.2 é que não necessariamente a reconstrução do controle de estruturas no Brasil passa pelo Neo-Brandeisismo. Muito provavelmente a simples revisão da história antitruste anterior à década de 1990 e também a revisão das contundentes críticas há tempos apresentadas por autores como Salomão Filho⁷⁴² já seriam suficientes para promover uma reforma importante e necessária do controle de estruturas no Brasil. Nesse sentido, aliás, a revisão da teoria do Novo Estruturalismo Jurídico⁷⁴³ já forneceria boa parte dos insumos necessários para tal reconstrução.

No entanto, como isso ainda não foi feito e tal passado e tais críticas parecem permanecer, de certa forma, ignorados, o estudo e a discussão da crítica Neo-Brandeisiana parecem servir de bom comburente para a reflexão sobre uma possível reconstrução do controle de estruturas brasileiro. Isso não quer dizer que todas as críticas e soluções do Neo-Brandeisismo devem ser tomadas como certas, até porque muitas delas realmente parecem ainda muito incipientes, pouco fundamentadas e também desconectadas da realidade brasileira, já que desenvolvidas com base no histórico antitruste estadunidense.

É tendo isso em vista que abaixo serão desenvolvidas algumas propostas que poderiam contribuir para uma importante reformulação do controle de concentrações

⁷⁴² “Nesse sentido, só pode ser digna de elogio uma postura mais interventiva do Cade (Conselho Administrativo de Defesa Econômica). É isso que dele se espera há décadas (para não dizer, no Brasil, séculos) – como venho defendendo há anos. Esse tipo de intervenção enfrenta com coragem as estruturas de poder econômico, restringindo ou desfazendo monopólios ou desnudando e sancionando com firmeza cartéis. Ela é fundamental para garantir a ética nas relações entre agentes econômicos, destes com agentes públicos e com consumidores.” Cf. Calixto Salomão Filho, “Concorrência e Intervenção na Economia”, *Folha de São Paulo*, 11 de abril de 2014, seq. Opinião, <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/04/1438954-calixto-salomao-filho-concorrenca-e-intervencao-na-economia.shtml?origin=folha>. “Nós temos estruturas de poder historicamente mais concentradas. O nosso controle das estruturas tem que ser mais incisivo. Mais incisivo em que sentido? Mais incisivo no sentido de proibir concentrações, de restringir, de impor limitações sérias às concentrações, seja proibindo, seja restringindo de uma maneira efetiva, impondo alienações parciais... Então eu acho que, particularmente no controle das estruturas, isso é necessário. Também é necessário em condutas bem disseminadas. Eu acho que, nessa parte, isso tem sido feito nos últimos anos com o combate aos cartéis, que realmente são uma prática disseminada no Brasil nas esferas privada e pública. Tem que ter um combate incisivo. Isso tem sido feito, mas não basta. É preciso um controle das estruturas realmente efetivo e que realmente imponha limitações nas concentrações.” Cf. Calixto Salomão Filho, Perfil: Calixto Salomão Filho, entrevista de Rodrigo F. Borges, *Revista Comercialista - Direito Comercial e Econômico*, 2014, 9, <http://comercialista.ibdce.com/numeros/>. No mesmo sentido, ver Calixto Salomão Filho, “Evolução ou Involução do Direito Antitruste?”, in *Evolução do Antitruste no Brasil*, org. Celso F. Campilongo e Roberto A. C. Pfeiffer (São Paulo: Singular, 2018), 211–19; Salomão Filho, “A Paralisia do Antitruste”; Salomão Filho, *Direito Concorrencial*, 2013, 17–74.

⁷⁴³ Ver nota 753.

brasileiro. Algumas delas são, sim, também incorporadas na crítica Neo-Brandeisianista, mas, na maioria das vezes, não são originárias de tal formulação, sendo advindas de outros estudos de autores que não se identificam como Neo-Brandeisianistas.

De todo modo, antes de apresentar tais propostas, um cauteloso exercício é verificar o que o debate Neo-Brandeisianista já gerou na prática, a fim de avaliar a eventual adequação de tais possíveis efeitos práticos da introdução desse novo debate no Brasil. Duas principais propostas de alteração legislativa surgiram nos Estados Unidos juntamente com a difusão do movimento Neo-Brandeisianista.

A primeira delas, introduzida pela Senadora Amy Klobuchar Jean do Partido Democrata⁷⁴⁴, é bem vista por parte da literatura antitruste estadunidense⁷⁴⁵. O principal intuito das alterações propostas é, em geral, tornar o controle de estruturas mais agressivo⁷⁴⁶.

Dentre as alterações, além de alguns simples ajustes de linguagem no *Clayton Act*, está presente a positivação da presunção estrutural de ilegalidade, na linha do que havia sido definido no caso *Philadelphia National Bank*⁷⁴⁷, bem como a criação de limiares acima dos quais o ato de concentração seria entendido, em princípio, como ilegal.⁷⁴⁸

⁷⁴⁴ Cf. Amy Klobuchar, “Consolidation Prevention and Competition Promotion Act of 2017”, Pub. L. No. S.1812 (2017), <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1812/text>.

⁷⁴⁵ Cf. Herbert Hovenkamp e Carl Shapiro, “Horizontal Mergers, Market Structure, and Burdens of Proof”, *Yale Law Journal* 127 (2018): 2021–24.

⁷⁴⁶ Cf. Ibidem, 2021.

⁷⁴⁷ Ver nota 100 e subtópico 2.1.2.2. Cf. Ibidem, 2023.

⁷⁴⁸ “Section 7 of the Clayton Act (15 U.S.C. 18) is amended (1) in the first and second undesignated paragraphs, by striking ‘substantially’ each place that term appears and inserting ‘materially’; (2) by inserting ‘or a monopsony’ after ‘monopoly’ each place that term appears; and (3) by adding at the end the following: ‘In a case brought by the United States, the Federal Trade Commission, or a State attorney general, a court shall determine that the effect of an acquisition described in this section may be materially to lessen competition or create a monopoly or a monopsony if ‘(1) the acquisition would lead to a significant increase in market concentration in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country; or ‘(2)(A) the acquisition is not a transaction that is described in section 7A(c); and ‘(B)(i) as a result of such acquisition, the acquiring person would hold an aggregate total amount of the voting securities and assets of the acquired person in excess of \$5,000,000,000 (as adjusted and published for each fiscal year beginning after September 30, 2018, in the same manner as provided in section 8(a)(5) to reflect the percentage change in the gross national product for such fiscal year compared to the gross national product for the year ending September 30, 2017); or ‘(ii)(I) the person acquiring or the person being acquired has assets, net annual sales, or a market capitalization greater than \$100,000,000,000 (as so adjusted and published); and ‘(II) as a result of such acquisition, the acquiring person would hold an aggregate total amount of the voting securities and assets of the acquired person in excess of \$50,000,000 (as so adjusted and published), unless the acquiring and acquired person establish, by a preponderance of the evidence, that the effect of the acquisition will not be to tend to materially lessen competition or tend to create a monopoly or a monopsony. In this paragraph, the term ‘materially lessen competition’ means more than a de minimis amount.” (“O Art. 7 do *Clayton Act* (15 U.S.C. 18) é alterado (1) no primeiro e no segundo parágrafos não designados, removendo ‘substancialmente’ em cada local em que o termo aparece e inserindo ‘materialmente’; (2) inserindo ‘ou um monopsônio’ após ‘monopólio’ em cada local em que esse termo aparece; e (3) adicionando, ao final, o seguinte: ‘Em um caso apresentado pelos Estados Unidos, pela Comissão Federal de Comércio ou por um procurador geral do Estado, um tribunal

Além disso, nos casos em que as partes da operação e as autoridades de concorrência entram em acordo, haveria a criação da obrigação de as partes enviarem relatórios anuais às autoridades durante um período de cinco anos, a fim de possibilitar o monitoramento do impacto concorrencial da operação⁷⁴⁹. Essa prática, em particular, já é bastante presente na jurisprudência do SBDC.

A segunda das propostas surgiu no âmbito da campanha presidencial da Senadora Elizabeth Ann Warren do Partido Democrata⁷⁵⁰. Ao contrário das propostas da Senadora Klobuchar, não são vistas com bons olhos por parte relevante da literatura⁷⁵¹.

Não há dúvidas de que as sugestões da Senadora Warren são bastante populistas, já que estão inseridas no debate presidencial. Além disso, elas claramente se sustentam em parte dos autores do Neo-Brandeisianismo que é centrada na luta contra as empresas gigantes do ramo tecnológico, como *Amazon*, *Facebook* e *Google*.

Duas são as principais sugestões da Senadora Warren: (i) proibir os proprietários das grandes plataformas tecnológicas de também comercializarem seus próprios produtos nas plataformas, separando, assim, a plataforma dos seus participantes; e (ii) reverter concentrações ocorridas no setor tecnológico, especialmente aquelas aquisições de empresas menores pelas gigantes do setor tecnológico, como a aquisição da *Whole Foods* pela

determinará que o efeito de uma aquisição descrita neste artigo pode ser materialmente diminuir a concorrência ou tender a criar um monopólio ou um monopólio se (1) a aquisição levar a um aumento significativo na concentração de mercado em qualquer linha de comércio ou em qualquer atividade que afete o comércio em qualquer parte do país; ou (2)(A) a aquisição não for uma transação descrita no Art. 7A(c); e (B)(i) como resultado dessa aquisição, a pessoa adquirente deteria um valor total agregado de títulos e ativos com direito a voto da pessoa adquirida superior a US\$ 5.000.000.000,00 (conforme ajustado e publicado para cada ano fiscal iniciando após 30 de setembro de 2018, da mesma forma prevista no Art. 8(a)(5) para refletir a variação percentual do produto interno bruto para esse ano fiscal em comparação com o produto nacional bruto para o ano findo em 30 de setembro de 2017); ou (ii)(I) a pessoa adquirindo ou a pessoa que está sendo adquirida possui ativos, vendas anuais líquidas ou uma capitalização de mercado superior a US\$ 100.000.000.000,00 (conforme ajustado e publicado); e (II) como resultado dessa aquisição, a pessoa adquirente deteria um valor total agregado dos títulos e ativos votantes da pessoa adquirida em superior a US\$ 50.000.000 (conforme ajustado e publicado), a menos que a pessoa adquirente e a adquirida estabeleçam, por meio de provas robustas, que o efeito da aquisição não tenderá a materialmente diminuir a concorrência ou tender a criar um monopólio ou um monopólio. Neste parágrafo, a expressão ‘diminuir materialmente a concorrência’ significa mais do que uma quantidade *de minimis*.”) Cf. Klobuchar, Consolidation Prevention and Competition Promotion Act of 2017, 5–7.

⁷⁴⁹ Cf. *Ibidem*, 7–9.

⁷⁵⁰ Cf. Elizabeth A. Warren, “Here’s How We Can Break up Big Tech”, 8 de março de 2019, seç. Team Warren, <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c>.

⁷⁵¹ Cf. Herbert Hovenkamp, “The Warren Campaign’s Antitrust Proposals”, *University of Pennsylvania Law and Economics Research Paper Series* 19–14 (25 de março de 2019), <https://ssrn.com/abstract=3353716>.

Amazon, as aquisições do *WhatsApp* e do *Instagram* pelo *Facebook* e a aquisição do *Waze* pelo *Google*⁷⁵².

No primeiro caso, a ideia seria evitar o conflito de interesses por meio do qual a detentora da plataforma poderia privilegiar a venda de seus próprios produtos em detrimento dos produtos dos outros participantes da plataforma, quebrando os concorrentes. No segundo caso, a ideia seria combater o aniquilamento precoce de potenciais concorrentes.

Apesar das fundamentadas críticas e do claro populismo dessas propostas da Senadora Warren, também é possível retirar alguma inspiração delas para a promoção da necessária reforma do controle de estruturas brasileiro, principalmente no tocante à manutenção da concorrência em potencial, conforme se verá adiante.

Apresentados os efeitos práticos do debate Neo-Brandeisianista nos Estados Unidos, é possível, com ainda mais cuidado, avaliar quaisquer recomendações que poderiam ser feitas para a reforma do controle de estruturas brasileiro que tenham também sido incorporadas pelos autores desse movimento. Quais seriam, portanto, as recomendações para uma reforma do controle de estruturas brasileiro?

Em primeiro lugar, parece ter lugar uma maior reflexão acadêmica e também no âmbito do próprio SBDC sobre os objetivos do antitruste a serem perseguidos no Brasil. Conforme demonstrado ao longo deste trabalho, os objetivos do antitruste têm grande influência no grau de intervenção da política de defesa da concorrência posta em prática em determinado país.

Em um país cujo primeiro objetivo do antitruste era a proteção da economia popular, parece irrazoável simplesmente esquecer os objetivos não-baseados em eficiência em favor de um objetivo implantado só no início da década de 1990, de perseguição das eficiências econômicas. Considerando que o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo⁷⁵³ e que,

⁷⁵² Cf. Warren, “Here’s How We Can Break up Big Tech”.

⁷⁵³ Cf. De acordo com diferentes estudos, o Brasil recorrentemente aparece entre os dez países mais desiguais do mundo, chegando até mesmo a figurar entre os cinco mais desiguais, dependendo da métrica utilizada. Cf. Pedro H. G. F. de Souza e Marcelo Medeiros, “The Concentration of Income at the Top in Brazil, 2006-2014”, *International Policy Centre for Inclusive Growth Working Papers*, novembro de 2017, 7; Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, “Human Development Report 2019”, 2019, <http://hdr.undp.org/en/2019-report/download>. A despeito de diferentes teorias pretenderem explicar, cada uma sob a sua perspectiva, as origens das desigualdades e a evolução da pobreza no Brasil, sustenta-se, com poucas controvérsias, que o processo de colonização em muito contribuiu para a perpetuação de condições propícias à concentração de recursos ao longo dos séculos. Nesse sentido, recentemente tem se destacado uma teoria que guarda forte relação com as preocupações contidas neste trabalho relacionadas à concentração dos mercados, o chamado “Novo Estruturalismo Jurídico” ou “Neo-estruturalismo Jurídico”, em parte inspirada no estruturalismo

conforme visto no subtópico 2.1.3, níveis elevados de concentração de mercado podem estar ligados à geração de desigualdades econômicas, essa preocupação parece ainda mais relevante.

A segunda recomendação é justamente a realização e propagação de estudos retrospectivos de atos de concentração julgados pelo SBDC⁷⁵⁴. Seria interessante que tais estudos fossem realizados não só pelo SBDC, mas também – e principalmente – no círculo acadêmico, porque a academia naturalmente sofre menos com eventuais conflitos de interesse. Tais estudos permitirão uma constante fiscalização dos efeitos gerados pelas decisões do SBDC na análise de atos de concentração, a qual, por sua vez, possibilitará a percepção de possíveis equívocos, que seriam evitados em casos posteriores.

A terceira recomendação é a efetivação de uma cada vez maior submissão dos julgamentos de atos de concentração ao recente Guia de Remédios do CADE, obedecendo

cepalino – em especial, nos escritos de Celso M. Furtado –, mas indo além dele. Furtado relata que, no período colonial, havia tendência à concentração de renda tanto nas etapas de prosperidade e alta cíclica quanto naquelas de declínio cíclico. A mão-de-obra escrava teria se revelado, desde o início do processo de colonização, como essencial à manutenção do colono no Brasil, o que teria contribuído sobremaneira para a concentração da renda e para garantir a inexistência de fluxos de renda internos. Assim, toda a renda gerada na colônia, desde o início, era concentrada nas mãos do agente econômico dominante. O sistema colonial sustentava-se tanto no monopólio de exportação, que garantia o funcionamento do sistema, quanto no monopólio de importação, que mantinha a submissão da colônia em relação à metrópole. Nesse sentido, além de toda a produção colonial ser direcionada à exportação para a metrópole, a colônia também tinha que se submeter à metrópole no momento em que importava outros bens que não aqueles produzidos no ciclo econômico vigente, pois a metrópole impedia a colônia de produzir esses bens internamente. A teoria Neo-estruturalista defende que o desenvolvimento das atividades econômicas, no período colonial, ocorreu de maneira que nenhum recurso além do mínimo necessário fosse empregado em outras atividades que não as monopolistas, fazendo com que os outros setores fossem mantidos em níveis mínimos de subsistência. Desse modo, teria ocorrido, no período colonial, uma tripla drenagem de recursos advinda (i) do mercado de trabalho, tendo em vista que o gasto com o escravo era o mínimo necessário para a sua subsistência; (ii) do mercado de consumo, que importava praticamente todos os produtos da Europa, destinando àquele continente toda a renda; e (iii) de setores econômicos dominantes, que impediam o desenvolvimento de outros setores com dinâmica própria. Ocorre que, segundo tal teoria, o monopólio colonial teria fincado suas raízes de tal forma a criar estruturas econômicas internas que guiarão todo o processo de subdesenvolvimento dos países colonizados, como o Brasil, o que culminaria com a permanência de indicadores socioeconômicos muito ruins. Tais estruturas seriam marcadas pelo poder econômico concentrado e pela distribuição de renda desigual e tenderiam a se perpetuar – guiando os processos de industrialização dos países nos quais elas permanecem –, expandir-se e globalizar-se. Cf. Celso M. Furtado, *Formação Econômica do Brasil*, 34^a (São Paulo: Companhia das Letras, 2007), 76, 79–80, 238–39; Calixto Salomão Filho, Brisa L. de M. Ferrão, e Ivan C. Ribeiro, *Concentração, Estruturas e Desigualdade: as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda* (São Paulo: Grupo de Direito e Pobreza, IDCID, 2008), 15–16; 52–61; Calixto Salomão Filho, *Monopolies and Underdevelopment: from colonial past to global reality* (Cheltenham: Edward Elgar, 2015), 37–45, 54–55, 65–66, 90–122, 125–43; “Novo Estruturalismo Jurídico: uma alternativa para o direito?”, *Revista dos Tribunais* 101, n° 926 (dezembro de 2012): 533–50. Para interessante debate sobre o Neo-estruturalismo Jurídico, ver também Abel Mateus, “Book Review: Monopolies and Underdevelopment, by Calixto Salomão Filho. (Edward Elgar, 2015)”, *World Competition Law and Economics Review* 39, n° 1 (2016): 143–46; Calixto Salomão Filho, “Book Review: Monopolies and Underdevelopment, by Calixto Salomão Filho. (Edward Elgar, 2015). Some Clarifications”, *World Competition Law and Economics Review* 40, n° 1 (2017): 182–88.

⁷⁵⁴ Nesse sentido, ver Kwoka, “Reviving Merger Control”, 48–50.

sempre, em especial, a preferência pela imposição de remédios estruturais ou reprovações em detrimento de remédios puramente comportamentais⁷⁵⁵.

A quarta recomendação é o reforço da presunção de ilegalidade estrutural, seguindo a ideia de parte das propostas da Senadora Klobuchar⁷⁵⁶. Uma forma de torná-la mais eficaz é a redução dos limiares de HHI presentes no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, publicado em 2016⁷⁵⁷, uma vez que são inspirados⁷⁵⁸ nos patamares do Guia de Concentrações Horizontais do Departamento de Justiça e da FTC de 2010⁷⁵⁹, os quais já vem sendo criticados⁷⁶⁰. O grande problema da adoção de limiares tão altos é a hipótese em que o SBDC acabe não seguindo estritamente os limiares, aprovando atos de concentração que apresentem valores um pouco superiores aos presentes no guia. Caso os limiares fossem mais baixos, tal hipótese geraria também menos danos à concorrência.

A quinta recomendação é proteger com maior vigor a concorrência potencial de pequenos competidores disruptivos, dificultando a sua aquisição especialmente por parte das grandes empresas já consolidadas nos respectivos setores⁷⁶¹. Essa recomendação guarda relação com a segunda das propostas da Senadora Warren⁷⁶². Ela já foi incorporada no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, publicado em 2016⁷⁶³ e sua aplicação deve ser cada vez mais intensificada, dada a importância da proteção de pequenos concorrentes disruptivos, especialmente em mercados caracterizados pelo uso intensivo de tecnologia.

A última recomendação é aumentar os recursos destinados ao SBDC, especialmente no tocante ao número de servidores alocados. Com a Lei 12.529/2011, foram criados duzentos novos cargos de especialistas em políticas públicas e gestão governamental para serem alocados no SBDC, mas tal alocação nunca aconteceu por completo⁷⁶⁴. Sem isso, será

⁷⁵⁵ Nesse sentido, ver *Ibidem*, 45–48.

⁷⁵⁶ Cf. Klobuchar, *Consolidation Prevention and Competition Promotion Act of 2017*, 5–7.

⁷⁵⁷ Cf. CADE, *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*, 24–27.

⁷⁵⁸ Ver notas 23 e 24.

⁷⁵⁹ Cf. U.S. Department of Justice e U.S. Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 19.

⁷⁶⁰ Cf. Kwoka, “Reviving Merger Control”, 29.

⁷⁶¹ Cf. Hovenkamp, “The Warren Campaign’s Antitrust Proposals”; Kwoka, “Reviving Merger Control”, 33–37; Wu, *The Curse of Bigness*, 128.

⁷⁶² Cf. Warren, “Here’s How We Can Break up Big Tech”.

⁷⁶³ Cf. CADE, *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal*, 51–52.

⁷⁶⁴ Cf. OECD, *OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy*, 33–34.

impossível desenvolver um controle de estruturas mais intenso e, ao mesmo tempo, manter o curto período de análise atualmente aplicado.⁷⁶⁵

⁷⁶⁵ Nesse sentido, ver Kwoka, “Reviving Merger Control”, 51–54; Baker e Salop, “Antitrust, Competition Policy, and Inequality”, 18.

5. CONCLUSÃO

A hipótese deste trabalho foi a de que há, no Brasil, um descontrole de estruturas semelhante àquele que recentemente vem sendo identificado nos Estados Unidos, o qual (i) decorre de um exagero de objetivos importados do antitruste baseados em eficiência e uma cegueira em relação a objetivos não-baseados em eficiência, e (ii) contribui para a geração de desigualdades econômicas.

Essa hipótese foi testada por meio de três passos principais, os quais deram origem aos capítulos 2, 3 e 4 do trabalho.

Inicialmente, no capítulo 2, foi preciso descobrir se fazia sentido falar em um eventual relacionamento entre níveis altos de concentração de mercados e a geração de desigualdades econômicas. Nesse sentido, foram identificados e discutidos estudos que matematicamente apontam para tal relação.

Ademais, foram debatidos os motivos para o esquecimento e posterior ressurgimento dos estudos centrados nessa relação. Ao se fazer isso, percebeu-se um outro relacionamento, aquele entre os objetivos do direito da concorrência aplicados em determinadas épocas e o esquecimento ou ressurgimento dos referidos estudos.

Com isso, foi estudado também o grande debate sobre os objetivos do direito da concorrência, ocasião em que eles foram divididos em dois grupos principais: os baseados em eficiência e os não-baseados em eficiência. Descobriu-se, assim, que, de maneira geral, a aplicação do primeiro grupo está relacionada com o esquecimento do debate sobre a eventual relação entre níveis de concentração de mercados e geração de desigualdade econômica. A aplicação do segundo grupo, por outro lado, está associada ao ressurgimento desse debate, o qual, por sua vez, contribuiu para o aparecimento de um novo movimento antitruste, o Neo-Brandeisianismo.

Na sequência, no capítulo 3, a investigação da hipótese adentrou no Brasil. Lá, verificou-se a possibilidade de uma divisão tríplice da história da política antitruste brasileira.

Da década de 1930 ao início da década de 1990, identificou-se um longo período de incipiência do antitruste no Brasil, o qual foi majoritariamente marcado pela perseguição do objetivo de proteção da economia popular. Notou-se que, nesse período, a defesa da

concorrência enfrentou diversas barreiras políticas características da história do Brasil, o que dificultou a sua efetiva aplicação, embora, em termos legislativos e teóricos, tenha havido uma importante evolução ao longo dos anos analisados.

Na década de 1990, foi possível identificar o surgimento de um novo período, marcado principalmente pela introdução das eficiências econômicas como possíveis justificadoras da aprovação de atos de concentração prejudiciais à concorrência.

Por fim, com a Lei 12.529/2011, entendeu-se que houve o início de mais um período, o terceiro na divisão proposta. Ele é marcado por uma forte evolução institucional do SBDC, a qual permite enxergar um espaço para possível suavização da perseguição dos objetivos baseados em eficiência.

O caminho perseguido nos capítulos 2 e 3 e as respostas neles encontradas permitiram a continuação da investigação da hipótese para que, no capítulo 4, fossem realizados os testes mais importantes. Esses testes foram baseados no levantamento e na análise de decisões do SBDC em controle de concentrações, tomadas desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018.

Em primeiro lugar, o panorama geral das decisões do CADE já demonstrou um contexto de baixa intervenção do controle de estruturas brasileiro. Foi identificado que, de maneira agregada, desde 11 de junho de 1994 até o final de 2018, o CADE aprovou sem qualquer tipo de restrição aproximadamente 94,42% dos atos de concentração econômica submetidos a sua análise. As aprovações com restrições abarcaram aproximadamente 5,37% das operações, 529 dos 9859 casos considerados. As reprovações foram quase inexistentes, representando 0,21% do total das operações, ou apenas 21 dos 9859 casos considerados nesse período. A média anual de reprovações não chegou sequer a uma unidade, atingindo apenas a marca de 0,84 caso por ano.

No entanto, tal panorama geral precisou ser mais bem detalhado, a fim de que fossem entendidos os conteúdos das restrições impostas. Realizou-se, portanto, o que se chamou de “radiografia dos remédios”, que intensificou a percepção inicial de baixa intervenção. Nesse sentido, foram analisados individualmente 545 atos de concentração que sofreram restrição do CADE desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018.

Esse estudo demandou a verificação de aproximadamente 8.000 decisões de mérito tomadas no plenário do CADE, a qual foi realizada por meio da análise individual de 764

atas de sessões de julgamento, bem como de diversos acórdãos, certidões de julgamento, votos de conselheiros, Termos de Compromisso de Desempenho e Acordos em Controle de Concentrações nos casos em que as atas de julgamento não continham todas as informações necessárias.

A radiografia permitiu a identificação de que, do total de restrições, 24,62% foram restrições puramente comportamentais e 15,08% foram restrições estruturais. A grande maioria, 60,31%, foi de restrições ancilares, sendo 57,25% exclusivamente relacionadas a cláusulas de não-concorrência. A diferença entre os 57,25% e os 60,31% (3,06%) foi constituída por outros tipos de restrições ancilares, como remoção ou alteração de cláusulas de não-solicitação, não-induzimento, não-aliciamento e/ou confidencialidade; apresentação de contratos ou versões finais de contratos; ou comprovação de pagamento de taxas processuais.

Com isso, percebeu-se que as restrições ancilares representaram 3,24% do total de operações analisadas pelo plenário do CADE no período analisado. Considerando-se que os efeitos de uma aprovação com restrições ancilares são os mesmos ou, pelo menos, muito próximos aos de uma aprovação sem restrições, foi possível somá-las. Ao fazer isso, o percentual de aprovações sem restrições encontrado subiu de 94,42% para 97,66%.

Portanto, além de apenas 0,21% das operações terem sido reprovadas no período analisado, concluiu-se que apenas 2,13% delas receberam restrições relevantes (comportamentais ou estruturais), sendo 1,32% de restrições comportamentais e 0,81% de restrições estruturais.

Adiante, tentou-se realizar mais um teste da hipótese, por meio do levantamento de estudos retrospectivos de atos de concentração realizados no Brasil. No entanto, verificou-se que tais estudos ainda são muito escassos na literatura brasileira, de forma que não foi possível considerar a quantidade de estudos existentes como elementos suficientes para um efetivo teste da hipótese.

Em compensação, realizou-se mais um teste. Foram analisados 34 atos de concentração decididos por maioria pelo plenário do CADE desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994 até o final de 2018. Chegou-se a tais 34 casos por meio da aplicação de seis filtros metodológicos que foram detalhados no subtópico 4.1.3.

Essa análise também caminhou no sentido da confirmação da hipótese. Identificou-se que 82,35% dos casos filtrados apresentaram elevada potencialidade danosa concorrencial, ou seja, 28 dos 34 atos de concentração considerados.

A maioria desses 28 casos não simplesmente gerou dúvidas aos conselheiros, impedindo a tomada de decisão por unanimidade, mas foi aprovada sem nenhuma restrição ou apenas com restrições ancilares. 19 (67,28%) casos foram integralmente aprovados, sem nenhuma restrição, ou aprovados com restrições ancilares. Especificamente, 12 (42,86%) foram integralmente aprovados e 7 (25,00%) foram aprovados com restrição ancilar relacionada a alguma alteração nas cláusulas de não-concorrência.

Portanto, entendeu-se que a linha divisora ou a rede do jogo de análise de atos de concentração está alta. Ou seja, é preciso que os possíveis problemas concorrenciais sejam ainda mais relevantes e elevados para se superar a linha a ponto de se tomar, por unanimidade, uma decisão de imposição de restrições ou reprovação. Além disso, notou-se também que, nos casos em que há dúvida, a tendência é a aprovação sem restrições ou então a aprovação com imposição de restrições ancilares.

Além disso, esse mesmo teste permitiu identificar que, dos 34 atos de concentração considerados, 14 (42,17%) tiveram decisões fundamentadas, de alguma maneira, na geração de eficiências econômicas. Isso mostrou a importância da introdução, na legislação brasileira, de tal critério como possível justificativa para a aprovação de atos de concentração econômica prejudiciais à concorrência.

Percebe-se, portanto, que o trabalho desenvolvido permitiu a abordagem de estudos e a coleta e sistematização de dados que, em conjunto, indicam para o caminho da confirmação da hipótese. No entanto, ainda restou ainda uma possibilidade, ainda que mínima, de refutação da hipótese. Essa possibilidade, atualmente, é inverificável. Consequentemente, ela se transformou em uma recomendação deste trabalho.

Trata-se da análise retrospectiva de atos de concentração apreciados pelo CADE. No subtópico 4.1.2, evidenciou-se a relativa ausência desse tipo de estudo no Brasil, bem como a importância de seu incentivo e sua propagação como contribuição ao desenvolvimento do antitruste brasileiro, inclusive no sentido de eventualmente refutar esta tese.

No tópico 4.2, tal recomendação juntou-se a outras cinco, que, em conjunto, possibilitariam uma reforma aparentemente necessária do controle de estruturas brasileiro. Em síntese, as outras cinco recomendações foram as seguintes:

- (i) maior reflexão sobre os objetivos do antitruste a serem perseguidos no Brasil, tendo em vista a possível relação tríplice entre tais objetivos, o nível de concentração de mercados e a geração de desigualdades econômicas;
- (ii) maior submissão ao Guia de Remédios do CADE, no sentido de se respeitar a preferência pela imposição de remédios estruturais ou reprovações em detrimento de remédios puramente comportamentais;
- (iii) reforço da presunção de ilegalidade estrutural, reduzindo-se os limiares de HHI presentes no Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, publicado em 2016⁷⁶⁶;
- (iv) proteção mais vigorosa da concorrência potencial de pequenos competidores disruptivos; e
- (v) aumento dos recursos destinados ao SBDC, especialmente no tocante ao número de servidores alocados.

A implementação dessas recomendações parece um bom começo para a necessária reformulação do controle de estruturas no Brasil. Como demonstrado ao longo do trabalho, a hipótese de descontrole de estruturas está, com os dados atualmente disponíveis, demonstrada, bem como a sua potencial ligação com um enfoque na aplicação de objetivos antitruste baseados em eficiência e com a geração de desigualdades.

⁷⁶⁶ Cf. CADE, Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal, 24–27.

BIBLIOGRAFIA

“A Giant Problem”. *The Economist*, 17 de setembro de 2016.
<https://www.economist.com/leaders/2016/09/17/a-giant-problem>.

African National Congress. *Ready to Govern: ANC Policy Guidelines [Sic] for a Democratic South Africa Adopted at the National Conference 28-31 May 1992*. Johannesburg: Policy Unit of the African National Congress, 1992.

Aghion, Philippe, Nicholas Bloom, Richard Blundell, Rachel Griffith, e Peter Howitt. “Competition and Innovation: An Inverted U Relationship”. *The Quarterly Journal of Economics* 120, nº 2 (maio de 2005): 701–28.

Alvarenga, Bruno R. “Efeito de Fusões sobre Preços: evidências empíricas da aquisição da Brasil Ferrovias pela ALL”. Dissertação de Mestrado, Departamento de Economia da Universidade de Brasília, 2010.

Areeda, Phillip E., e Herbert Hovenkamp. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. 3ª ed. Vol. IV. New York: Wolters Kluwer, 2009.

———. *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. 4ª ed. Vol. I. New York: Wolters Kluwer, 2013.

Areeda, Phillip E., e Louis Kaplow. *Antitrust analysis: problems, text, cases*. 5ª ed. New York: Aspen Law & Business, 1997.

Arrow, Kenneth J. “Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention”. In *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, 609–26. Princeton University Press, 1962.

Atkinson, Anthony B. *Inequality: what can be done?* Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015.

Averitt, Neil W., e Robert H. Lande. “Consumer Sovereignty: A Unified Theory of Antitrust and Consumer Protection Law”. *Antitrust Law Journal* 65 (1997): 713–56.

———. “Using the ‘Consumer Choice’ Approach to Antitrust Law”. *Antitrust Law Journal* 74, nº 1 (2007): 175–264.

Bain, Joe S. *Barriers to New Competition: Their Character and Consequences in Manufacturing Industries*. Cambridge: Harvard University Press, 1956.

———. *Industrial Organization*. 2ª. New York: Wiley, 1968.

———. “Relation of Profit Rate to Industry Concentration: American Manufacturing, 1936-1940”. *The Quarterly Journal of Economics* 65, nº 3 (agosto de 1951): 293–324.

Baker, Jonathan B., e Steven C. Salop. “Antitrust, Competition Policy, and Inequality”. *Georgetown Law Journal Online* 104 (2015): 1–28.

Balto, David A. “Antitrust Enforcement in the Clinton Administration”. *Cornell Journal of Law and Public Policy* 9, nº 1 (1999): 61–132.

Barbieri Filho, Carlo. *Disciplina da Concorrência: abuso do poder econômico*. São Paulo: Resenha Tributária, 1984.

Bertão, Naiara I. “Acordo entre Telefônica e TIM escancara Concentração do Setor de Telefonia no Brasil”. *Veja*, 28 de setembro de 2013. <https://veja.abril.com.br/economia/acordo-entre-telefonica-e-tim-escancara-concentracao-do-setor-de-telefonica-no-brasil/>.

Blair, Roger D., e D. Daniel Sokol. “The Rule of Reason and the Goals of Antitrust: An Economic Approach”. *Antitrust Law Journal* 78, nº 2 (2012): 471–504.

Blonigen, Bruce A., e Justin R. Pierce. *Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency*. Finance and Economics Discussion Series 2016–082. Washington, DC: Board of Governors of the Federal Reserve System, 2016.

Bok, Derek C. “Section 7 of the Clayton Act and the Merging of Law and Economics”. *Harvard Law Review* 74, nº 2 (dezembro de 1960): 226–355.

Borges, Rodrigo F. “Uma Análise Comparativa entre a Notificação Prévia e a Notificação a posteriori dos Atos de Concentração Econômica”. *Revista Comercialista - Direito Comercial e Econômico*, 2013.

Bork, Robert H. “Antitrust in Dubious Battle”. *St. John’s Law Review* 44 (1970): 663–76.

———. “Legislative Intent and the Policy of the Sherman Act”. *The Journal of Law & Economics* 8 (outubro de 1966): 7–48.

———. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. New York: Basic Books, 1978.

———. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: Free Press, 1993.

———. “The Goals of Antitrust Policy”. *The American Economic Association* 57, nº 2 (maio de 1967): 242–53.

Bork, Robert H., e Ward S. Bowman Jr. “The Crisis in Antitrust”. *Antitrust Bulletin* 9 (1964): 587–606.

Boushey, Heather, J. Bradford De Long, e Marshall Steinbaum. “Introduction: Capital in the Twenty-First Century, Three Years Later”. In *After Piketty: The Agenda for Economics and Inequality*, organizado por Heather Boushey, J. Bradford De Long, e Marshall Steinbaum. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017.

Brandeis, Louis D. “A Curse of Bigness”. *Harper’s Weekly*, 10 de janeiro de 1914.

———. *The Curse of Bigness: Miscellaneous Papers of Louis D. Brandeis*. Organizado por Osmond K. Fraenkel. New York: The Viking Press, 1935.

———. “The New Haven - an Unregulated Monopoly”. *Boston Journal*. 13 de dezembro de 1912.

Brandeis, Louis D., e Melvin I. Urofsky. *Other People’s Money and How the Bankers use It*. The Bedford Series in History and Culture. Boston: Bedford Books of St. Martin’s Press, 1995.

Brandeis, Louis D., Melvin I. Urofsky, e David W. Levy. *The Family Letters of Louis D. Brandeis*. Norman: University of Oklahoma Press, 2002.

Brodley, Joseph F. “The Economic Goals of Antitrust: Efficiency, Consumer Welfare and Technological Progress”. *New York University Law Review* 62 (1987): 1020–53.

Cabral, José Bernardo. “Mensagem nº 150, de 1990”. *Diário do Congresso Nacional*. 11 de outubro de 1990, 66ª edição.

———. “Mensagem nº 202, de 1990”. *Diário do Congresso Nacional*. 24 de outubro de 1990, 71ª edição.

Cabral, José Bernardo, e Zélia M. C. de Mello. “Mensagem nº 127, de 1990”. *Diário do Congresso Nacional*. 22 de agosto de 1990, 61ª edição.

Cabral, Mário A. M. “A Aplicação do Antitruste no Brasil: o mito da falta de efetividade da Lei de Crimes contra a Economia Popular de 1938”. *Nomos - Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC* 38.2 (julho de 2018): 171–90.

———. “Estado, Concorrência e Economia: convergência entre antitruste e pensamento econômico no Brasil”. Tese de Doutorado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2016.

———. “O Sentido de ‘Economia Popular’: a origem do antitruste no Brasil nos anos 1930”. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM* 14, nº 1 (janeiro de 2019). <https://periodicos.ufsm.br/revistadireito/article/view/30971>.

CADE. 08012.004423/2009-18, Conselheiro Relator Carlos Emmanuel Joppert Ragazzo (2011).

———. 08012.005747/2006-21, Conselheiro Relator Luis Fernando Schuartz (2007).

———. “CADE em Números”. Acessado 16 de outubro de 2019. <http://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>.

———. *Diligências de Busca e Apreensão Cíveis: informações gerais sobre operacionalização* (2017).

———. *Guia de Remédios Antitruste* (2018). http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/copy_of_GuiaRemdios.pdf/view.

———. *Guia para Análise de Atos de Concentração Horizontal* (2016). http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-para-analise-de-atos-de-concentracao-horizontal.pdf/view.

———. *Guia para Programas de Compliance: orientações sobre estruturação e benefícios da adoção dos programas de compliance concorrencial* (2016). http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-compliance-versao-oficial.pdf/view.

———. Guia Termo de Compromisso de Cessação para Casos de Cartel (2016). http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/publicacoes-institucionais/guias_do_Cade/guia-tcc-atualizado-11-09-17.

———. “Histórico de Autoridades do CADE 1963-2019”. Brasília. Acessado 17 de outubro de 2019. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/institucional/autoridades-do-cade-desde-1963.pdf>.

———. “Pasta Geral Sessões”. Acessado 23 de outubro de 2019. <http://www.cade.gov.br/assuntos/sesoes/sesoes-pasta-geral>.

———. “Prêmios”. Acessado 18 de outubro de 2019. <http://www.cade.gov.br/premiacoes>.

———. “Prestação de Contas Ordinária Anual: Relatório de Gestão do Exercício de 2009”. Brasília, 31 de março de 2010. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2009>.

———. “Prestação de Contas Ordinária Anual: Relatório de Gestão do Exercício de 2010”. Brasília, março de 2011. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2010>.

———. “Prestação de Contas Ordinária Anual: Relatório de Gestão do Exercício de 2012”. Brasília, março de 2013. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2012>.

———. “Relatório Anual 1996”. Brasília, fevereiro de 1997. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-1996>.

———. “Relatório Anual 1997”. Brasília, março de 1998. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-1997>.

———. “Relatório Anual 1998/1999”. Brasília, maio de 1999. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-1998>.

———. “Relatório de Atividades: exercício de 1995”. Brasília, 29 de fevereiro de 1996. http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/copy_of_auditorias-1996.

———. “Relatório de Gestão 2004”. Brasília, 11 de fevereiro de 2005. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2004>.

———. “Relatório de Gestão 2005”. Brasília, 24 de fevereiro de 2006. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2005>.

———. “Relatório de Gestão 2006”. Brasília, 27 de fevereiro de 2007. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2006>.

———. “Relatório de Gestão 2018”. Brasília, 2019. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1>.

———. “Relatório de Gestão do Exercício de 2013”. Brasília, março de 2014. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2013>.

———. “Relatório de Gestão do Exercício de 2014”. Brasília, abril de 2015. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2014>.

———. “Relatório de Gestão do Exercício de 2015”. Brasília, março de 2016. http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/copy_of_auditorias-2014.

———. “Relatório de Gestão do Exercício de 2016”. Brasília, março de 2017. <http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2016>.

———. “Relatório de Gestão do Exercício de 2017”. Brasília, março de 2018. http://www.cade.gov.br/aceso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/copy_of_auditorias-2016.

———. “Relatório de Gestão (exercício de 2000)”. Brasília, março de 2001.
<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2000>.

———. “Relatório de Gestão (exercício de 2001)”. Brasília, 15 de março de 2002.
<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2001>.

———. “Relatório de Gestão (exercício de 2002)”. Brasília, 14 de março de 2003.
<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2002>.

———. “Relatório de Gestão (exercício de 2003)”. Brasília, 30 de março de 2004.
<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2003>.

———. “Relatório de Gestão (exercício de 2007)”. Brasília, 31 de março de 2008.
<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2007>.

———. “Relatório de Gestão (exercício de 2008)”. Brasília, 27 de abril de 2009.
<http://www.cade.gov.br/acesso-a-informacao/auditorias-1/auditorias-anexos/auditorias-exercicios-anteriores/auditorias-2008>.

———. “SEI-CADE”. Acessado 23 de outubro de 2019.
https://sei.cade.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_processo_pesquisar.php?acao_externa=protocolo_pesquisar&acao_origem_externa=protocolo_pesquisar&id_orgao_acesso_externo=0.

Campos, Francisco L. da S. “A Lei de Proteção à Economia Popular. Entrevista do Sr. Ministro da Justiça, concedida a ‘A Noite’, em 28 de novembro de 1938”. In *Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio*, por Nelson Hungria, 190. Rio de Janeiro: Jacintho, 1939.

Carlton, Dennis W. “Does Antitrust Need to Be Modernized?” *The Journal of Economic Perspectives* 21, nº 3 (2007): 155–76.

Carvalho, Vinícius M., e Carlos E. J. Ragazzo, orgs. *Defesa da Concorrência no Brasil: 50 anos*. Brasília: CADE, 2013.

Chamberlin, Edward. *The Theory of Monopolistic Competition: A Re-Orientation of the Theory of Value*. 8ª. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1962.

Clark, John W. “Competition Policy and Regulatory Reform in Brazil: A Progress Report”. *OECD Journal of Competition Law and Policy* 2, nº 3 (outubro de 2000): 182–232.

Comanor, William S., e Robert H. Smiley. “Monopoly and the Distribution of Wealth”. *The Quarterly Journal of Economics* 89, nº 2 (maio de 1975): 177–94.

———. “Monopoly and the Distribution of Wealth: Revisited”. *The Quarterly Journal of Economics* 94, nº 1 (fevereiro de 1980): 195–98.

Comissão Europeia. “Orientações para a Avaliação das Concentrações Horizontais nos Termos do Regulamento do Conselho relativo ao Controlo das Concentrações de Empresas”. *Jornal Oficial da União Europeia*, 5 de fevereiro de 2004, 31 edição, seq. C.

Cordeiro, Marcelo R. “Parecer”. *Diário do Congresso Nacional*. 13 de dezembro de 1990, 88ª edição.

Cournot, A. Augustin. *Researches into the Mathematical Principles of the Theory of Wealth*. Traduzido por Nathaniel T. Bacon. London: The Macmillan Company, 1897.

Cowling, Keith, e Michael Waterson. “Price-Cost Margins and Market Structure”. *Economica* 43, nº 171 (agosto de 1976): 267–74.

Crane, Daniel A. “Antitrust and Wealth Inequality”. *Cornell Law Review* 101, nº 5 (2015): 1171–1228.

Creedy, John, e Robert Dixon. “The Distributional Effects of Monopoly”. *Australian Economic Papers* 8, nº 3 (1999): 223–37.

DePillis, Lydia. “America’s Wealth Gap Is Bigger than Ever”. *CNN*, 3 de novembro de 2017. <https://money.cnn.com/2017/11/03/news/economy/wealth-gap-america/index.html>.

Dorsey, Elyse, Jan Rybníček, e Joshua D. Wright. “Hipster Antitrust Meets Public Choice Economics: The Consumer Welfare Standard, Rule of Law, and Rent-Seeking”. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, abril de 2018, 2–13.

Douglas, William O. “Louis Brandeis: Dangerous Because Incorruptible”. *The New York Times*. 5 de julho de 1964. <https://www.nytimes.com/1964/07/05/archives/louis-brandeis-dangerous-because-incorruptible-justice-on-trial-the.html>.

Easterbrook, Frank H. “The Limits of Antitrust”. *Texas Law Review* 63, nº 1 (1984): 1–40.

Ennis, Sean F., Pedro Gonzaga, e Chris Pike. “Inequality: A Hidden Cost of Market Power”. *OECD Discussion Papers*, 2017. <http://www.oecd.org/daf/competition/inequality-a-hidden-cost-of-market-power.htm>.

———. “The Effects of Market Power on Inequality”. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, 14 de outubro de 2017, 1–7.

Ennis, Sean F., e Yunhee Kim. “Market Power and Wealth Distribution”. In *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*, organizado por World Bank Group e OECD, 133–53. Trade and Development Series. Washington, DC: World Bank Group, 2017.

Farrell, Joseph, e Michael L. Katz. “The Economics of Welfare Standards in Antitrust”. *Competition Policy International* 2, nº 2 (2006): 3–28.

Federal Trade Commission. “Report of the Federal Trade Commission on the Merger Movement: A Summary Report”. Washington, DC: United States Government Printing Office, 1948.

Ferraz Júnior, Tércio S. “Lei de Defesa da Concorrência: origem história e base constitucional”. *Arquivos do Ministério da Justiça* 45, nº 180 (julho de 1992): 175–85.

First, Harry. “Woodstock Antitrust”. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, abril de 2018, 1–6.

Flynn, John J. “The Reagan Administration’s Antitrust Policy, Original Intent and the Legislative History of Sherman Act”. *Antitrust Bulletin* 33 (1988): 259–307.

Flynn, John J., e James F. Ponsoldt. “Legal Reasoning and the Jurisprudence of Vertical Restraints: the limitations of neoclassical economic analysis in the resolution of antitrust disputes”. *New York University Law Review* 62 (1987): 1125–52.

Foer, Albert A. “The Goals of Antitrust: Thoughts on Consumer Welfare in the US”. In *Handbook of Research in Trans-Atlantic Antitrust*, 566–93. Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006.

Fonseca, João B. L. da. *Lei de Proteção da Concorrência: comentários à legislação antitruste*. 2ª. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

Forgioni, Paula A. *Os Fundamentos do Antitruste*. 4ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

———. *Os Fundamentos do Antitruste*. 8ª. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

Fox, Eleanor M. “Against Goals”. *Fordham Law Review* 81, nº 5 (2013): 2157–61.

———. “Economic Development, Poverty, and Antitrust: The Other Path”. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 13, nº 2 (2007): 211–36.

———. “Equality, Discrimination, and Competition Law: Lessons from and for South Africa and Indonesia”. *Harvard International Law Journal* 41, nº 2 (2000): 579–94.

———. “Imagine: Pro-Poor(Er) Competition Law”. OCDE, 2013.

———. “The Battle for the Soul of Antitrust”. *California Law Review* 75, nº 3 (1987): 917–23.

———. “The Modernization of Antitrust: A New Equilibrium”. *Cornell Law Review* 66 (1981): 1140–92.

Fox, Eleanor M., e Michal S. Gal. “Drafting Competition Law for Developing Jurisdictions: Learning from Experience”. *New York University Law and Economics Research Papers Series* 14–11 (abril de 2014): 1–68.

Fox, Eleanor M., e Lawrence A. Sullivan. “Antitrust - Retrospective and Prospective: Where Are We Coming From? Where Are We Going?”. *New York University Law Review* 62 (novembro de 1987): 936–88.

———. *Cases and materials on antitrust*. American casebook series. St. Paul, MN: West Pub. Co, 1989.

Fox, Eleanor M., Lawrence A. Sullivan, e Rudolph J. R. Peritz. *Cases and materials on U.S. antitrust in global context*. 2ª ed. American casebook series. St. Paul, MN: Thomson/West, 2004.

Franceschini, José Inácio G., e José Luiz V. de A. Franceschini. *Poder Econômico: exercício e abuso*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1985.

Francis, Theo, e Ryan Knutson. “Wave of Megadeals Tests Antitrust Limits in U.S.” *The Wall Street Journal*. 18 de outubro de 2015. <https://www.wsj.com/articles/wave-of-megadeals-tests-antitrust-limits-in-u-s-1445213306>.

Freyer, Tony A. *Regulating Big Business: antitrust in Great Britain and America, 1880-1990*. Cambridge: Cambridge University Press, 1992.

Fukuyama, Francis. “Keeping Up With the Chávèzes”. *The Wall Street Journal*. 1º de fevereiro de 2007. <https://www.wsj.com/articles/SB117030161530694662>.

Furtado, Celso M. *Formação Econômica do Brasil*. 34ª. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

Gini, Corrado. *Variabilità e mutabilità: contributo allo studio delle distribuzioni e delle relazioni statistiche*. Bologna: Tipografia di Paolo Cuppini, 1912.

Goettler, Ronald L., e Brett R. Gordon. “Does AMD Spur Intel to Innovate More?” *Journal of Political Economy* 119, nº 6 (dezembro de 2011): 1141–1200.

Goldberg, Daniel K. “O Controle de Estruturas no Brasil: reflexões sobre o estudo de José Tavares”. In *Por uma Moderna Política de Competição: ampliando as bases do alto crescimento no Brasil*, organizado por João Paulo dos R. Velloso, 63–78. Rio de Janeiro: José Olympio, 2006.

Goldhammer, Arthur. “The Piketty Phenomenon”. In *After Piketty: The Agenda for Economics and Inequality*, organizado por Heather Boushey, J. Bradford De Long, e Marshall Steinbaum, 27–47. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2017.

Gomes, Helton S. “Super-ricos ficam com 82% da Riqueza Gerada no Mundo em 2017, diz Estudo”. *G1*, 22 de janeiro de 2018. <https://g1.globo.com/economia/noticia/super-ricos-ficam-com-82-da-riqueza-gerada-no-mundo-em-2017-diz-estudo.ghtml>.

Griliches, Zvi. “R&D and Productivity: Measurement Issues and Econometric Results”. *Science* 237, nº 4810 (3 de julho de 1987): 31–35.

Handler, Milton. “Introduction”. *Antitrust Bulletin* 35 (1990): 13–23.

Hicks, John R. “The Foundations of Welfare Economics”. *The Economic Journal* 49, nº 196 (1939): 696.

Hirschman, Albert O. *National Power and the Structure of Foreign Trade*. Berkeley: University of California Press, 1945.

———. “The Paternity of an Index”. *The American Economic Review* 54, nº 5 (setembro de 1964): 761–62.

Hofstadter, Richard. “What Happened to the Antitrust Movement?” In *The Paranoid Style in American Politics and Other Essays*, 188–237. 1st Harvard University Press paperback edition. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1996.

Hovenkamp, Erik. “Patent Prospect Theory and Competitive Innovation”. *SSRN Electronic Journal*, 2016. <https://www.ssrn.com/abstract=2765478>.

Hovenkamp, Herbert. “Antitrust Policy After Chicago”. *Michigan Law Review* 84 (1985): 213–84.

———. “Antitrust Policy and Inequality of Wealth”. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, outubro de 2017, 1–7.

———. “Antitrust’s Protected Classes”. *Michigan Law Review* 88, nº 1 (1989): 1–48.

———. “Distributive Justice and Consumer Welfare in Antitrust”. *SSRN Electronic Journal*, agosto de 2011, 1–23.

———. “Distributive Justice and the Antitrust Laws”. *George Washington Law Review* 51, nº 1 (novembro de 1982): 1–31.

———. *Enterprise and American Law, 1836-1937*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991.

———. *Federal Antitrust Policy: the law of competition and its practice*. 3^a ed. Hornbook series. St. Paul, MN: Thomson/West, 2005.

———. “Implementing Antitrust’s Welfare Goals”. *Fordham Law Review* 81, nº 5 (2013): 2471–96.

———. “Is Antitrust’s Consumer Welfare Principle Imperiled?” *University of Pennsylvania Law and Economics Research Paper Series* 18–15 (junho de 2018): 1–37.

———. “Progressive Antitrust”. *University of Illinois Law Review* 2018, nº 1 (2018): 71–113.

———. *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 2008.

———. “The Warren Campaign’s Antitrust Proposals”. *University of Pennsylvania Law and Economics Research Paper Series* 19–14 (25 de março de 2019). <https://ssrn.com/abstract=3353716>.

———. “United States Competition Policy in Crisis: 1890-1955”. *Minnesota Law Review* 94 (2009): 311–67.

———. “Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?” *Notre Dame Law Review* 94, nº 2 (janeiro de 2019): 583–638.

Hovenkamp, Herbert, e Carl Shapiro. “Horizontal Mergers, Market Structure, and Burdens of Proof”. *Yale Law Journal* 127 (2018): 1996–2025.

Hungria, Nelson. “Atas das Comissões”. *Diário do Congresso Nacional*. 22 de fevereiro de 1956, 29ª edição, seq. 1.

———. *Dos Crimes contra a Economia Popular e das Vendas a Prestações com Reserva de Domínio*. Rio de Janeiro: Jacintho, 1939.

Hüschelrath, Kai, e Jürgen Weigand. “A Framework to Enforce Anti-Predation Rules”. *ZEW - Centre for European Economic Research Discussion Papers*, 2009. <http://www.ssrn.com/abstract=1547088>.

International Competition Network. “Competition Enforcement and Consumer Welfare: Setting the Agenda”. Haia, maio de 2011. <http://eulawenforcement.com/wp-content/uploads/2019/01/Competition-Enforcement-and-Consumer-Welfare-Setting-the-Agenda.pdf>.

———. “ICN Recommended Practices For Merger Analysis”, 2018 de 2002. <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/recommended-practices-for-merger-analysis/>.

———. “ICN Recommended Practices for Merger Notification & Review Procedures”, 2018 de 2002. <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/merger-np-recommended-practices/>.

———. “Report on the Objectives of Unilateral Conduct Laws, Assessment of Dominance/Substantial Market Power, and State-Created Monopolies”. Moscou, maio de 2007. <https://www.internationalcompetitionnetwork.org/portfolio/report-on-the-objectives-of-unilateral-conduct-laws/>.

International Competition Policy Advisory Committee. “Final Report to the Attorney General and Assistant Attorney General for Antitrust”, 28 de fevereiro de 2000. <https://www.justice.gov/atr/final-report>.

Kaldor, Nicholas. “Welfare Propositions of Economics and Interpersonal Comparisons of Utility”. *The Economic Journal* 49, n° 195 (1939): 549.

Kaysen, Carl. *United States v. United Shoe Machinery Corporation An Economic: Analysis of an Anti-Trust Case*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1959.

Kaysen, Carl, e Donald F. Turner. *Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1959.

Kefauver, Estes. “Prevention of Corporations from Acquiring Another Corporation by Means of Acquisition of Its Assets”. *Congressional Record: Proceedings and Debates of the 81st Congress*. dezembro de 1950, 96 edição.

Kennedy, David. “Some Caution about Property Rights as a Recipe for Economic Development”. *Accounting, Economics, and Law: A Convivium* 1, n° 1 (2011): vi–vii.

Kennedy, Duncan. “Cost-Benefit Analysis of Entitlement Problems: A Critique”. *Stanford Law Review* 33, n° 3 (1981): 387–445.

Kerber, Wolfgang. “Should Competition Law Promote Efficiency? Some Reflections of an Economist on the Normative Foundations of Competition Law”. In *Economic Theory and*

Competition Law, 12952. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2009.
<https://ssrn.com/abstract=1075265>.

Khan, Lina. “Amazon’s Antitrust Paradox”. *The Yale Law Journal* 126, nº 3 (janeiro de 2017): 710–805.

———. “The New Brandeis Movement: America’s Antimonopoly Debate”. *Journal of European Competition Law & Practice* 9, nº 3 (março de 2018): 131–32.

———. Twitter, 19 de junho de 2017.
<https://twitter.com/linamkhan/status/876866907441201156>.

Khan, Lina, e Sandeep Vaheesan. “Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents”. *Harvard Law and Policy Review* 11 (2017): 235–94.

Kirkwood, John B., e Robert H. Lande. “The Chicago School’s Foundation Is Flawed: Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency”. In *How the Chicago School Overshot the Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, organizado por Robert Pitofsky, 89–106. Oxford: Oxford University Press, 2008.

———. “The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency”. *Notre Dame Law Review* 84, nº 1 (2008): 191–243.

Kitch, Edmund W. “The Fire of Truth: A Remembrance of Law and Economics at Chicago, 1932-1970”. *The Journal of Law & Economics* 26, nº 1 (1983): 163–234.

Klebanow, Diana, e Franklin L. Jonas. *People’s Lawyers: crusaders for justice in American history*. Armonk: M.E. Sharpe, 2003.

Klobuchar, Amy. Consolidation Prevention and Competition Promotion Act of 2017, Pub. L. No. S.1812 (2017). <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1812/text>.

Kovacic, William E. “Failed Expectations: The Troubled Past and Uncertain Future of the Sherman Act as a Tool for Deconcentration”. *Iowa Law Review* 74 (1989): 1105–50.

———. “Out of Control? Robert Bork’s Portrayal of the U.S. Antitrust System in the 1970s”. *Antitrust Law Journal* 79, nº 3 (2014): 855–79.

———. “Public Choice and the Public Interest: Federal Trade Commission Antitrust Enforcement during the Reagan Administration”. *Antitrust Bulletin* 33 (1988): 467–504.

———. “The Antitrust Paradox Revisited: Robert Bork and the Transformation of Modern Antitrust Policy”. *The Wayne Law Review* 36 (1990): 1413–71.

———. “The Modern Evolution of U.S. Competition Policy Enforcement Norms”. *Antitrust Law Journal* 71 (2003): 377–478.

Krattenmaker, Thomas G., e Robert Pitofsky. “Antitrust Merger Policy and the Reagan Administration”. *Antitrust Bulletin* 33 (1988): 211–32.

Krugman, Paul. Paul Krugman on Politics, Inequality, and Following Your Curiosity. Entrevista de Tyler Cowen, 10 de outubro de 2018. <https://medium.com/conversations-with-tyler/tyler-cowen-paul-krugman-economics-bipartisanship-politics-254dcee15b98>.

———. “Robots and Robber Barons”. *The New York Times*. 9 de dezembro de 2012. <https://www.nytimes.com/2012/12/10/opinion/krugman-robots-and-robber-barons.html>.

Kwoka, John E. “Does Merger Control Work? A Retrospective on U.S. Enforcement Actions and Merger Outcomes”. *Antitrust Law Journal* 78, n° 3 (2013): 619–50.

———. “Mergers, Merger Control and Remedies: A Response to the FTC Critique”. *SSRN Electronic Journal*, 31 de março de 2019. <https://ssrn.com/abstract=2947814>.

———. *Mergers, Merger Control, and Remedies: a retrospective analysis of U.S. policy*. Cambridge Massachusetts: The MIT Press, 2015.

———. “Reviving Merger Control: A Comprehensive Plan for Reforming Policy and Practice”. *SSRN Electronic Journal*, 2018.

———. “The Herfindahl Index in Theory and Practice”. *Antitrust Bulletin* 30 (1985): 915–47.

Kwoka, John E., e Diana L. Moss. “Behavioral Merger Remedies: Evaluation and Implications for Antitrust Enforcement”. *The Antitrust Bulletin* 57, n° 4 (dezembro de 2012): 979–1011.

Lambert, Lance. “Here’s How They Play Monopoly in America, and Who Wins”. *Bloomberg*, 5 de abril de 2017. <https://www.bloomberg.com/news/articles/2017-04-05/here-s-how-they-play-monopoly-in-america-and-who-wins>.

Lande, Robert H. “A Traditional and Textualist Analysis of the Goals of Antitrust: Efficiency, Preventing Theft from Consumers, and Consumer Choice”. *Fordham Law Review* 81, nº 5 (2013): 2349–2403.

———. “Chicago’s False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust”. *Antitrust Law Journal* 58, nº 3 (1989): 631–44.

———. “Consumer Choice as the Ultimate Goal of Antitrust”. *University of Pittsburgh Law Review* 62, nº 3 (2001): 503–25.

———. “Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged”. *Hastings Law Journal* 34, nº 1 (setembro de 1982): 65–151.

Lankford, Ralph, e John F. Stewart. “A General Equilibrium Analysis of Monopoly Power and the Distribution of Income”. In *The Economics of Firms Size, Market Structure and Social Performance*, 104–28. Washington, DC: Federal Trade Commission, 1980.

Lemley, Mark A. “A New Balance between IP and Antitrust”. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas* 13, nº 2 (2007): 237–56.

———. “Industry-Specific Antitrust Policy for Innovation”. *Columbia Business Law Review* 2011, nº 3 (2011): 637–53.

“Let’s Look at the Facts”. *The Economist*, 26 de setembro de 2009.

Letwin, William. *Law and Economic Policy in America: The Evolution of the Sherman Antitrust Act*. New York: Random House, 1965.

Lonergan, Raymond. “A Steadfast Friend of Labor”. In *Mr. Justice Brandeis: Great American*. Saint Louis, MO: The Modern View Press, 1941.

Lorenz, Max O. “Methods of Measuring the Concentration of Wealth”. *Publications of the American Statistical Association* 9, nº 70 (junho de 1905): 209–19.

Lynn, Barry C. “America’s Monopolies Are Holding Back the Economy”. *The Atlantic*, 22 de fevereiro de 2017. <https://www.theatlantic.com/business/archive/2017/02/antimonopoly-big-business/514358/>.

———. *Cornered: The New Monopoly Capitalism and the Economics of Destruction*. Hoboken, N.J.: Wiley, 2011.

Lyra Filho, João. *Problemas de Economia Popular*. Rio de Janeiro: Alba, 1939.

Lyra, Roberto. *Crimes contra a Economia Popular: doutrina, legislação e jurisprudência*. Rio de Janeiro: Jacinto, 1940.

Madrigal, Alexis C. “A Silicon Valley Congressman Takes on Amazon”. *The Atlantic*, 19 de junho de 2017. <https://www.theatlantic.com/technology/archive/2017/06/ro-khanna-amazon-whole-foods/530805/>.

Magalhães, Agamenon. “Abuso do Poder Econômico”. *Revista Forense* 124 (1949).

———. “Expediente”. *Diário do Congresso Nacional*. 16 de abril de 1948, 64ª edição.

Magalhães, Paulo Germano de. “As Origens do Nome ‘Lei Malaia’”. *Revista do CADE* 4 (janeiro de 1988).

Martinez, Ana P. “Histórico e Desafios do Controle de Concentrações Econômicas no Brasil”. In *Temas Atuais de Direito da Concorrência*, organizado por Ana P. Martinez, 23–68. São Paulo: Singular, 2012.

Mason, Edward S. *Economic Concentration and the Monopoly Problem*. Cambridge, MA: Harvard University Press, 1957.

Mateus, Abel. “Book Review: Monopolies and Underdevelopment, by Calixto Salomão Filho. (Edward Elgar, 2015)”. *World Competition Law and Economics Review* 39, nº 1 (2016): 143–46.

Mattos, César C. A. de. “A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos”. In *A Revolução do Antitruste no Brasil: a teoria econômica aplicada a casos concretos*, organizado por César C. A. de Mattos, 1ª., 19–21. São Paulo: Singular, 2003.

May, James. “Antitrust in the Formative Era: Political and Economic Theory in Constitutional and Antitrust Analysis”. *Ohio State Law Journal* 50 (1989): 257–395.

McElroy, Katherine M., John J. Siegfried, e George H. Sweeney. “The Incidence of Price Changes in the U.S. Economy”. *The Review of Economics and Statistics* 64, nº 2 (maio de 1982): 191–203.

Medvedovsky, Konstantin. Twitter, 19 de junho de 2017. <https://twitter.com/kmedved/status/876869328934711296>.

———. Twitter. Acessado 2 de agosto de 2019. <https://twitter.com/kmedved>.

Meese, Alan J. “Debunking the Purchaser Welfare Account of Section 2 of the Sherman Act: How Harvard Brought Us a Total Welfare Standard and Why We Should Keep It”. *New York University Law Review* 85, nº 3 (junho de 2010).

Michel, Jean-Baptiste., Yuan K. Shen, Aviva P. Aiden, Adrian Veres, Matthew K. Gray, The Google Books Team, Joseph P. Pickett, et al. “Quantitative Analysis of Culture Using Millions of Digitized Books”. *Science* 331, nº 6014 (14 de janeiro de 2011): 176–82.

Milhomem Neto, Gumercindo de S., Elizabeth Azize, e Augusto S. de Carvalho. “Recurso nº 16, de 1990”. *Diário do Congresso Nacional*. 31 de outubro de 1990, 73ª edição.

Milhomem Neto, Gumercindo de S., José C. Brandão Monteiro, e Augusto S. de Carvalho. “Recurso nº 25, de 1990”. *Diário do Congresso Nacional*. 13 de dezembro de 1990, 88ª edição.

Millstein, Ira M., e Jeffrey L. Kessler. “The Antitrust Legacy of the Reagan Administration”. *Antitrust Bulletin* 33 (1988): 505–41.

Ministério da Fazenda, e Ministério da Justiça. “Portaria Conjunta SEAE/SDE nº 50, de 1º de agosto de 2001”. *Diário Oficial da União*. 17 de agosto de 2001, 158-E edição, seq. 1.

Mueller, Willard F. “Antitrust in the Reagan Administration”. *Revue Française D’études Américaines* 21/22 (1984): 427–34.

Naím, Moisés. “Thomas Piketty and the End of Our Peaceful Coexistence With Inequality”. *The Atlantic*, 19 de maio de 2014.

<https://www.theatlantic.com/international/archive/2014/05/thomas-piketty-and-the-end-of-our-peaceful-coexistence-with-inequality/371154/>.

“Notes”. *Yale Law Journal* 58, nº 5 (1949).

“Novo Estruturalismo Jurídico: uma alternativa para o direito?” *Revista dos Tribunais* 101, nº 926 (dezembro de 2012): 533–50.

Nusdeo, Ana Maria de O. *Defesa da Concorrência e Globalização Econômica: o controle da concentração de empresas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

OECD. “Mergers and Dynamic Efficiencies”. Policy Brief, setembro de 2008. <http://www.oecd.org/competition/mergers/41359037.pdf>.

———. *OECD Peer Reviews of Competition Law and Policy: Brazil*. Paris: OECD Publications, 2019. <https://www.oecd.org/daf/competition/oecd-peer-reviews-of-competition-law-and-policy-brazil-2019.htm>.

OECD, e Inter-American Development Bank. *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review*. Paris: OECD Publications, 2005. <https://www.oecd.org/daf/competition/35445196.pdf>.

———. *Competition Law and Policy in Brazil: A Peer Review*. Paris: OECD Publications, 2010. <https://www.oecd.org/daf/competition/competitionlawandpolicyinbrazilapeerreview.htm>.

———. *Follow-up to the Nine Peer Reviews of Competition Law and Policy of Latin American Countries: Argentina, Brazil, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras, Mexico, Panama and Peru*. Paris: OECD Publications, 2013. <https://www.oecd.org/daf/competition/follow-up-of-nine-latin-american-competition-reviews-2012.htm>.

———. *Peer Reviews of Competition Law and Policy in Latin America: A Follow-Up*. Paris: OECD Publications, 2008. <https://www.oecd.org/daf/competition/follow-up-of-latin-american-competition-reviews-2007.htm>.

Oliveira, Elias de. *Crimes contra a Economia Popular e o Juri Tradicional: doutrina, jurisprudência e legislação*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

Oliveira, Gesner, e João G. Rodas. *Direito e Economia da Concorrência*. 2ª. Coleção Biblioteca de direito e economia. São Paulo, SP, Brasil: Revista dos Tribunais, 2013.

Orbach, Barak Y. “The Antitrust Consumer Welfare Paradox”. *Journal of Competition Law and Economics* 7 (2011): 133–64.

Palma, José G. “Globalizing Inequality: ‘Centrifugal’ and ‘Centripetal’ Forces at Work”. *United Nations Department of Economic and Social Affairs Working Papers* 35 (setembro de 2006): 1–23.

———. “Homogeneous Middles vs. Heterogeneous Tails, and the End of the ‘Inverted-U’: It’s All About the Share of the Rich”. *Development and Change* 42, nº 1 (janeiro de 2011): 87–153.

Pareto, Vilfredo. *Manuel D’économie Politique*. Traduzido por Alfred Bonnet. Paris: V. Giard & E. Brière, 1909.

Peneder, Michael. “Competition and Innovation: Revisiting the Inverted-U Relationship”. *Journal of Industry, Competition and Trade* 12, nº 1 (março de 2012): 1–5.

Pfeiffer, Roberto A. C. *Defesa da Concorrência e Bem-Estar do Consumidor*. São Paulo: Revi, 2015.

Piketty, Thomas. *Le Capital au XXIe Siècle*. Les livres du nouveau monde. Paris: Éditions du Seuil, 2013.

———. *O Capital no Século XXI*. Traduzido por Mônica B. de Bolle. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

Piraino Jr., Thomas A. “Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century”. *Indiana Law Journal* 82, nº 2 (2007): 345–409.

Pitofsky, Robert. “Proposals for Revised United States Merger Enforcement in a Global Economy”. *Georgetown Law Journal* 81 (1992): 195–250.

———. “The Political Content of Antitrust”. *University of Pennsylvania Law Review* 127 (1979): 1051–75.

Portugal Gouvêa, Carlos. P. B. “Regulação da Propriedade Privada: inovações na política agrária e a redução dos custos de equidade”. In *Regulação e Desenvolvimento: novos temas*, organizado por Calixto Salomão Filho, 158–89. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

Posner, Richard A. *Antitrust Law: An Economic Perspective*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

———. “The Chicago School of Antitrust Analysis”. *University of Pennsylvania Law Review* 127 (1979): 925–48.

———. “The Ethical and Political Basis of the Efficiency Norm in Common Law Adjudication”. *Hofstra Law Review* 8, n° 3 (1980): 487–508.

———. “The Social Costs of Monopoly and Regulation”. *The Journal of Political Economy* 83, n° 4 (1975): 807–28.

Powell, Irene. “The Effect of Reductions in Concentration on Income Distribution”. *The Review of Economics and Statistics* 69, n° 1 (fevereiro de 1987): 75–82.

Prawiranegara, Sjafruddin. “Pancasila as the Sole Foundation”. *Indonesia, Southeast Asia Program Publications at Cornell University*, 38 (outubro de 1984): 74–83.

Priest, George L. “Limits of Antitrust and the Chicago School Tradition”. *Journal of Competition Law and Economics* 6, n° 1 (2010): 1–9.

———. “The Abiding Influence of The Antitrust Paradox”. *Harvard Journal of Law and Public Policy* 31, n° 2 (2008): 455–63.

Proença, José M. M., org. “A Reforma da Lei da Concorrência – Lei nº 8.884/94”. São Paulo, 2011.

———. *Concentração Empresarial e o Direito da Concorrência*. São Paulo: Saraiva, 2001.

Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento. “Human Development Report 2019”, 2019. <http://hdr.undp.org/en/2019-report/download>.

———. “Relatório do Desenvolvimento Humano 2015: O Trabalhador como Motor do Desenvolvimento Humano”, 2015. <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/library/idh/relatorios-de-desenvolvimento-humano/relatorio-do-desenvolvimento-humano-200014/>.

Republic of Indonesia. Elucidation on the Law of the Republic of Indonesia Number 5 Year 1999 concerning the Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition (1999).

———. Law of the Republic of Indonesia Number 5 Year 1999 concerning the Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition, Pub. L. No. 5 (1999).

Republic of South Africa. Competition Act, Pub. L. No. 89 (1998).

República Federativa do Brasil. I Plano Nacional de Desenvolvimento, Pub. L. No. 5727 (1971).

———. II Plano Nacional de Desenvolvimento, Pub. L. No. 6151 (1974).

———. “Medida Provisória nº 276, de 5 de dezembro de 1990”. *Diário do Congresso Nacional*. 18 de dezembro de 1990, 92ª edição.

Ribeiro, Gustavo. “Brasil ainda sofre com Alta Concentração no Mercado da Aviação Comercial”. *Gazeta do Povo*, 26 de agosto de 2014. <https://www.gazetadopovo.com.br/blogs/avioes-em-foco/brasil-ainda-sofre-com-alta-concentracao-de-mercado-da-aviacao-comercial/>.

Rocha, Júlia, e Ralph Mayer. “Muitas Cervejas, Poucas Cervejarias: a concentração do mercado”. *Nexo*, 22 de novembro de 2015. <https://www.nexojornal.com.br/grafico/2015/11/22/Muitas-cervejas-poucas-cervejarias-a-concentra%C3%A7%C3%A3o-do-mercado>.

Rossi, Marina. “Seis brasileiros concentram a mesma riqueza que a metade da população mais pobre”. *El País*, 27 de setembro de 2017. https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/22/politica/1506096531_079176.html.

Salomão Filho, Calixto. “A Paralisia do Antitruste”. In *Teoria Crítico-Estruturalista do Direito Comercial*, 233–50. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

———. “Book Review: Monopolies and Underdevelopment, by Calixto Salomão Filho. (Edward Elgar, 2015). Some Clarifications”. *World Competition Law and Economics Review* 40, nº 1 (2017): 182–88.

———. “Concorrência e Intervenção na Economia”. *Folha de São Paulo*. 11 de abril de 2014, seç. Opinião. <https://www1.folha.uol.com.br/opiniao/2014/04/1438954-calixto-salomao-filho-concorrenca-e-intervencao-na-economia.shtml?origin=folha>.

———. *Direito Concorrencial*. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.

———. *Direito Concorrencial: as estruturas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

———. “Evolução ou Involução do Direito Antitruste?” In *Evolução do Antitruste no Brasil*, organizado por Celso F. Campilongo e Roberto A. C. Pfeiffer, 211–19. São Paulo: Singular, 2018.

———. *Monopolies and Underdevelopment: from colonial past to global reality*. Cheltenham: Edward Elgar, 2015.

———. Perfil: Calixto Salomão Filho. Entrevista de Rodrigo F. Borges. *Revista Comercialista - Direito Comercial e Econômico*, 2014. <http://comercialista.ibdce.com/numeros/>.

Salomão Filho, Calixto, Brisa L. de M. Ferrão, e Ivan C. Ribeiro. *Concentração, Estruturas e Desigualdade: as origens coloniais da pobreza e da má distribuição de renda*. São Paulo: Grupo de Direito e Pobreza, IDCID, 2008.

Sato, Cynthia A. “A Eficiência como Critério Decisório na Jurisprudência do CADE sobre Atos de Concentração”. Dissertação de Mestrado, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2015.

Savage, Michael. “Richest 1% on Target to Own Two-Thirds of All Wealth by 2030”. *The Guardian*, 7 de abril de 2018. <https://www.theguardian.com/business/2018/apr/07/global-inequality-tipping-point-2030>.

Scherer, Frederic M. *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Chicago: Rand McNally, 1970.

Schumpeter, Joseph A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. London: Routledge, 1994.

Schwartz, Louis B. “‘Justice’ and Other Non-Economic Goals of Antitrust”. *University of Pennsylvania Law Review* 127 (1979): 1076–81.

SEAE. “Grupo de Trabalho apresenta Modelo da ANC”, 26 de outubro de 2000. <http://www.fazenda.gov.br/noticias/2000/r001026>.

Secretaria Geral da Presidência da República. “Imprensa Nacional”. Acessado 23 de outubro de 2019. <http://www.in.gov.br/web/guest/inicio>.

Severino, Lílian S. M., Guilherme M. Resende, e Felipe C. Bispo. *Avaliação Ex-post de Ato de Concentração: o caso Sadia-Perdigão*. Documentos de Trabalho. Brasília: CADE, Departamento de Estudos Econômicos, 2019.

Shapiro, Carl. “Competition and Innovation: Did Arrow Hit the Bull’s Eye?” In *The Rate and Direction of Inventive Activity Revisited*, 361–404. National Bureau of Economic Research Conference Report. Chicago: The University of Chicago Press, 2012.

Sherman, John. “Trusts and Combinations”. *Congressional Record: Proceedings and Debates of the 51st Congress*. 21 de março de 1890, 21ª edição.

Shieber, Benjamin M. *Abusos do Poder Econômico: direito e experiência antitruste no Brasil e nos EUA*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966.

Shughart II, William F. “Antitrust Policy in the Reagan Administration: Pyrrhic Victories?” In *Regulation and the Reagan Era: Politics, Bureaucracy, and the Public Interest*, organizado por Roger E. Meiners e Bruce Yandle, 89–103. Independent Studies in Political Economy. New York: Holmes & Meier, 1989.

———. “The Fleeting Reagan Antitrust”. *Antitrust Bulletin* 45, nº 2 (2000): 271–89.

Silva, José A. da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 37ª. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

Singh, Ajit. “Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and Developmental Dimensions”. In *Growth and Economic Development: Essays in Honour of A. P. Thirlwall*, organizado por Philip Arestis, John S.L. McCombie, e Roger Vickerman. Cheltenham: Edward Elgar, 2007.

Smiley, Robert H. “Firm Size, Market Power and the Distribution of Income and Wealth: A Survey”. In *The Economics of Firms Size, Market Structure and Social Performance*, 90–103. Washington, DC: Federal Trade Commission, 1980.

Solow, Robert M. “Technical Change and the Aggregate Production Function”. *The Review of Economics and Statistics* 38, nº 3 (agosto de 1957): 312–20.

Soto, Hernando de. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. London: Black Swan, 2001.

———. *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*. 1ª. New York: Harper & Row, 1989.

South African Department of Trade and Industry. Proposed Guidelines for Competition Policy: a framework for competition, competitiveness, and development (1997).

Souza, Pedro H. G. F. de, e Marcelo Medeiros. “The Concentration of Income at the Top in Brazil, 2006-2014”. *International Policy Centre for Inclusive Growth Working Papers*, novembro de 2017, 3–18.

Statistics South Africa. “Living Conditions of Households in South Africa: An Analysis of Household Expenditure and Income Data Using the LCS 2014/2015”. Pretoria, 27 de janeiro de 2017.

Stiglitz, Joseph E. *The Price of Inequality: how today's divided society endangers our future*. New York: W. W. Norton & Company, 2013.

Streitfeld, David. “Amazon’s Antitrust Antagonist Has a Breakthrough Idea”. *The New York Times*. 7 de setembro de 2018. <https://www.nytimes.com/2018/09/07/technology/monopoly-antitrust-lina-khan-amazon.html>.

Strum, Philippa. *Louis D. Brandeis: justice for the people*. Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1984.

Stucke, Maurice E. “Reconsidering Antitrust’s Goals”. *Boston College Law Review* 53 (2012): 551–629.

Subchefia de Assuntos Parlamentares. “Exposição de Motivos nº 00107-A – MJ/MF/MP”, 1º de setembro de 2005. http://www.presidencia.gov.br/ccivil_03/Projetos/EXPMOTIV/EMI/2005/107%20A%20-%20MJ%20MF%20MP.htm.

Sullivan, E. Thomas, org. *The Political Economy of the Sherman Act: the first one hundred years*. New York: Oxford University Press, 1991.

Sullivan, E. Thomas, Herbert Hovenkamp, Howard A. Shelanski, e Christopher R. Leslie. *Antitrust Law, Policy, and Procedure: cases, materials, problems*. Seventh edition. New Providence, NJ: LexisNexis, 2014.

Sullivan, Lawrence A., e Wolfgang Fikentscher. “On the Growth of the Antitrust Idea”. *Berkeley Journal of International Law* 16 (1998): 197–233.

Summers, Lawrence H. “The Inequality Puzzle”. *Democracy: A Journal of Ideas* 33 (2014). <https://democracyjournal.org/magazine/33/the-inequality-puzzle/>.

Takar, Téo. “Bancos nas Mãos de Poucos”. *UOL*, 18 de setembro de 2017. <https://www.uol/economia/especiais/concentracao-de-bancos.htm#bancos-nas-maos-de-poucos>.

Teachout, Zephyr, e Lina Khan. “Market Structure and Political Law: A Taxonomy of Power”. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy* 9, nº 1 (2014): 37–74.

Temporary National Economic Committee. “Investigation of Concentration of Economic Power: Final Report and Recommendations”. Washington, DC, 31 de março de 1941.

The Editorial Board. “How Mergers Damage the Economy”. *The New York Times*. 31 de outubro de 2015. https://www.nytimes.com/2015/11/01/opinion/sunday/how-mergers-damage-the-economy.html?_r=0.

The World Bank, OECD, e R. Shyam Khemani, orgs. *A framework for the design and implementation of competition law and policy*. Washington, DC, Paris, 1999.

Thomas, Lacy G. “Monopoly and the Distribution of Wealth: A Reappraisal”. *The Quarterly Journal of Economics* 94, nº 1 (fevereiro de 1980): 185–94.

Thorelli, Hans B. *The Federal Antitrust Policy: Origination of an American Tradition*. Baltimore: The Johns Hopkins Press, 1955.

Thurow, Lester C. “A Weakness in Process Technology”. *Science* 238, nº 4834 (18 de dezembro de 1987): 1659–63.

Tingvall, Patrik G., e Andreas Poldahl. “Is There Really an Inverted U-Shaped Relation Between Competition and R&D?” *Economics of Innovation and New Technology* 15, nº 2 (março de 2006): 101–18.

Tollison, Robert D. “Antitrust in the Reagan Administration: A Report from the Belly of the Beast”. *International Journal of Industrial Organization* 1, nº 2 (junho de 1983): 211–21.

“Too Much of a Good Thing”. *The Economist*, 26 de março de 2016. <https://www.economist.com/briefing/2016/03/26/too-much-of-a-good-thing>.

Turner, Donald F. “The Validity of Tying Arrangements under the Antitrust Laws”. *Harvard Law Review* 72, nº 1 (1958): 50–75.

Urofsky, Melvin I. *Louis D. Brandeis: a life*. 1st ed. New York: Pantheon Books, 2009.

U.S. Department of Justice. 1968 Merger Guidelines (1968). <https://www.justice.gov/archives/atr/1968-merger-guidelines>.

———. 1982 Merger Guidelines (1982). <https://www.justice.gov/archives/atr/1982-merger-guidelines>.

———. 1984 Merger Guidelines (1984). <https://www.justice.gov/archives/atr/1984-merger-guidelines>.

U.S. Department of Justice, e U.S. Federal Trade Commission. 1992 Merger Guidelines (1992). <https://www.justice.gov/archives/atr/1992-merger-guidelines>.

———. 1997 Merger Guidelines (1997). <https://www.justice.gov/archives/atr/1997-merger-guidelines>.

———. Horizontal Merger Guidelines (2010). <https://www.justice.gov/atr/horizontal-merger-guidelines-08192010>.

U.S. Federal Trade Commission. Statement of Federal Trade Commission Concerning Horizontal Mergers (1982).

Vaheesan, Sandeep. “The Evolving Populisms of Antitrust”. *Nebraska Law Review* 93, nº 2 (2014): 370–428.

Vaz, Isabel. *Direito Econômico da Concorrência*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

Viegas, Cláudia A. dos S. “Fusões e Aquisições na Indústria de Alimentos e Bebidas do Brasil: análise dos efeitos nos preços ao consumidor”. Tese de Doutorado, Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, 2006.

Vita, Michael. “Kwoka’s Mergers, Merger Control, and Remedies: Rejoinder to Kwoka”. *Research in Law and Economics* 28 (29 de agosto de 2018): 433–44.

Vita, Michael, e David F. Osinski. “John Kwoka’s Mergers, Merger Control, and Remedies: A Critical Review”. *Antitrust Law Journal* 82, nº 1 (2018): 361–88.

Waked, Dina I. “Adoption of Antitrust Laws in Developing Countries: Reasons and Challenges”. *Journal of Law, Economics and Policy* 12, nº 2 (2016): 193–230.

———. “Antitrust Enforcement in Developing Countries: reasons for enforcement & non-enforcement using resource-based evidence”, 1–23. New Haven: SSRN, 2010. <https://ssrn.com/abstract=1638874>.

———. “Antitrust Goals in Developing Countries: Policy Alternatives and Normative Choices”. *Seattle University Law Review* 38, nº 3 (2015): 945–1006.

———. “Development Studies through the Lens of Critical Law and Economics: Efficiency and Redistribution Revisited in Market Structure Analyses in the South”. *Transnational Legal Theory* 5, nº 4 (2014): 649–66.

———. “Do Developing Countries Enforce Their Antitrust Laws? A Statistical Study of Public Antitrust Enforcement in Developing Countries”. *SSRN Electronic Journal*, 2011, 1–98.

Warren, Elizabeth A. “Here’s How We Can Break up Big Tech”, 8 de março de 2019, seq. Team Warren. <https://medium.com/@teamwarren/heres-how-we-can-break-up-big-tech-9ad9e0da324c>.

Weinstock, David S. “Some Little-Known Properties of the Herfindahl-Hirschman Index: Problems of Translation and Specification”. *Antitrust Bulletin* 29 (1984): 705–17.

Weiss, Leonard W. “The Structure-Conduct-Performance Paradigm and Antitrust”, *University of Pennsylvania Law Review* 127, nº 4 (1979): 1104–40.

Williamson, Oliver E. “Economies as an Antitrust Defense Revisited”. *University of Pennsylvania Law Review* 125, n° 4 (abril de 1977): 699–736.

———. “Economies as an Antitrust Defense: The Welfare Tradeoffs”. *American Economic Review* 58 (1968): 18–35.

World Bank Group, e OECD, orgs. *A Step Ahead: Competition Policy for Shared Prosperity and Inclusive Growth*. Trade and Development Series. Washington, DC: World Bank Group, 2017.

Wright, Joshua D. Twitter, 19 de junho de 2017. <https://twitter.com/ProfWrightGMU/status/876869118124621824>.

Wu, Tim. “After Consumer Welfare, Now What? The ‘Protection of Competition’ Standard in Practice”. *Competition Policy International Antitrust Chronicle*, abril de 2018, 1–12.

———. *The Curse of Bigness: antitrust in the new gilded age*. New York, NY: Columbia Global Reports, 2018.

———. “The ‘Protection of the Competitive Process’ Standard”. *Columbia Public Law Research Papers*, Federal Trade Commission Hearings, 14–612 (novembro de 2018): 1–5.

APÊNDICE A. DETALHAMENTO DE ATOS DE CONCENTRAÇÃO REPROVADOS OU APROVADOS COM RESTRIÇÃO PELO CADE ENTRE 1994 E 2018

ATO DE CONCENTRAÇÃO	DATA ACÓRDÃO	JULGAMENTO	TIPO PRINCIPAL DE RESTRIÇÃO	COMPOSIÇÃO DO ACÓRDÃO
0001/1994	01/12/94	Reprovado	N/A	Maioria
0006/1994	25/11/94	Reprovado	N/A	Unanimidade
0011/1994	23/11/94	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Maioria
0005/1994	19/10/95	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0013/1994	31/10/95	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0016/1994	29/03/95	Aprovado com restrição	Estrutural	Maioria
0019/1994	13/11/95	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0026/1995	07/11/95	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0056/1995	19/12/95	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0014/1994	16/02/96	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0015/1994	06/03/96	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0018/1994	21/08/96	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0024/1995	10/07/96	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0025/1995	07/08/96	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0041/1995	06/03/96	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0062/1995	09/10/96	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0012/1994	30/09/94	Aprovado com restrição	Estrutural	Unanimidade
0022/1995	14/05/97	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0027/1995	18/09/96	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural ou comportamental	Maioria
0047/1995	20/08/97	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0058/1995	11/06/97	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Maioria

0083/1996	23/07/97	Aprovado com restrição (reapreciado e aprovado condicionado a TCD)	Comportamental	Maioria
0069/1996	13/08/97	Aprovado com restrição	Comportamental	Maioria
0079/1996	19/11/97	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Maioria
0139/1997	08/10/97	Aprovado com restrição	Comportamental	Maioria
0002/1994	28/05/97	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Maioria
0054/1995	11/02/98	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Maioria
0122/1997	24/03/99	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Maioria
0084/1996	12/08/98	Aprovado com restrição	Estrutural	Maioria
08012.000167/1998-11	25/11/98	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
0163/1997	02/12/98	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005226/1998-57	25/11/98	Aprovado com restrição de aditamento ao TCD do AC 0079/1996	Comportamental	Unanimidade
0145/1997	01/09/99	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
0078/1996	01/09/99	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.007618/1998-88	06/10/99	Aprovado com restrição	Cláusula de não-concorrência e notificação a clientes	Unanimidade
08012.000469/1998-71	03/11/99	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005473/1997- 45 (0189/97)	01/03/00	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Unanimidade
08012.005846/1999-12	30/03/00	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Maioria
08012.008814/1999-32	12/04/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.002103/1999-81	26/04/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.012312/1999-98	19/07/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005968/1999-08	19/07/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004190/2000-62	02/08/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004191/2000-25	30/08/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007269/2000-27	30/08/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002207/2000-92	13/09/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000285/2000-25	20/09/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010266/1999-00	11/10/00	Aprovado com restrição de apresentação de contrato	Apresentação de contrato	Maioria
08012.000643/2000-63	11/10/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002746/2000-39	11/10/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008111/1999-22	18/10/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009344/1999-14	01/11/00	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.002315/1999-50	22/11/00	Reprovado	N/A	Unanimidade
08012.004117/1999-67	22/11/00	Reprovado	N/A	Unanimidade

08012.003318/2000-23	07/02/01	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003166/2000-69	21/03/01	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.012591/1999-53	21/03/01	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008101/1999-79	30/05/01	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.013801/1997-52 (0155/97)	30/05/01	Aprovado com restrição ou TCD	Comportamental	Maioria
08012.000383/2001-88	05/06/01	Aprovado com restrição de exclusão de não-concorrência e outras	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000220/2001-03	12/09/01	Aprovado com restrição de exclusão de não-concorrência e outras	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002439/2001-39	10/10/01	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001409/2001-13	24/10/01	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.002921/2000-98	24/10/01	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006478/2000-24	14/11/01	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001739/2001-09	21/11/01	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007698/2000-11	21/11/01	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005239/2001-38	12/12/01	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.002653/2001-95	27/02/02	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003274/2001-12	06/03/02	Aprovado com restrição temporal de não-induzimento / não-solicitação	Cláusula de não-induzimento / não-solicitação	Unanimidade
08012.002227/2001-51	03/04/02	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005984/2000-04	17/04/02	Aprovado com restrição de alteração de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001099/2002-18	08/05/02	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003778/2000-51	29/05/02	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001224/2001-09	26/06/02	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002422/2002-62	07/08/02	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Unanimidade
08012.007863/2001-70	26/09/02	Aprovado com restrição de apresentação de versão final de contratos	Versão final de contratos	Unanimidade
08012.003213/2002-36	16/10/02	Aprovado com restrição de apresentação de versão final de contratos	Versão final de contratos	Unanimidade
08012.010301/1999-09	06/11/02	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005834/2001-73	13/11/02	Aprovado com restrição de apresentação de versão final de contratos	Versão final de contratos	Unanimidade
08012.001856/2002-45	12/03/03	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003331/2002-44	02/04/03	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.004793/2001-06	23/07/03	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007861/2001-81	06/08/03	Aprovado com restrição de exclusão de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006859/2002-75	06/08/03	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002421/2002-18	13/08/03	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007094/2000-29	13/08/03	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007182/2002-92	03/09/03	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004326/2001-78	26/11/03	Aprovado com restrição temporal e geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007094/2001-18	03/12/03	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001362/2003-41	03/12/03	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006976/2001-58	17/12/03	Aprovado com restrição	Estrutural	Unanimidade
08012.000497/2000-01	04/02/04	Aprovado com restrição e condicionado a TCD	Comportamental	Maioria
08012.004904/2000-97	04/02/04	Aprovado com restrição e condicionado a TCD	Comportamental	Maioria
08012.007454/2000-49	04/02/04	Aprovado com restrição e condicionado a TCD	Comportamental	Maioria
08012.001697/2002-89	04/02/04	Reprovado	N/A	Maioria
08012.001927/2003-91	11/02/04	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002454/2002-68	11/02/04	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004818/2000-82	18/02/04	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Maioria

08012.006688/2001-01	18/02/04	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Maioria
08012.006055/2003-57	18/02/04	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007563/2003-52	17/03/04	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001002/2003-40	01/04/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008750/2002-72	28/04/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000108/2004-15	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000111/2004-21	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005583/2002-16	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000412/2002-92	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007585/2002-31	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007117/2001-86	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009278/2002-95	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009077/2002-98	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004240/2001-45	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.007584/2002-97	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006915/2003-52	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005042/2003-61	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005905/2001-38	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004834/2003-18	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001228/2002-60	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007684/2001-32	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008480/2002-08	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007350/2001-69	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002176/2003-20	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007666/2001-51	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001788/2002-14	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005906/2001-82	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003390/2003-01	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.007900/2001-40	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007992/2003-20	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008276/2002-89	05/05/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009691/2003-31	02/06/04	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005135/1998-01	19/05/04	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
08012.000109/2004-51	02/06/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000112/2004-75	02/06/04	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004912/2002-01	01/07/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005843/2001-64	01/07/04	Aprovado com restrição de exclusão de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000212/2002-30	14/07/04	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Maioria
08012.003048/2004-84	25/08/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009823/2003-24	29/09/04	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003632/2001-97	29/09/04	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Unanimidade
08012.003325/2002-97	20/10/04	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004997/2003-09	27/10/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria

08012.000920/2003-51	27/10/04	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002990/2004-25	27/10/04	Aprovado com restrição de exclusão do termo "empregados" da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.006589/2004-64	08/12/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000918/2004-63	15/12/04	Aprovado com restrição de exclusão do termo "empregados" da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005348/2004-06	15/12/04	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006152/2002-69	15/12/04	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007013/2000-91	26/01/05	Aprovado com restrição	Comportamental	Maioria
08012.007736/2001-74	26/01/05	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010678/2004-13	31/08/05	Aprovado com restrição de alteração de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002243/2005-78	18/05/05	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.001895/2005-95	11/05/05	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010817/2004-09	11/05/05	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010784/2004-99	18/05/05	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.002734/2005-19	13/07/05	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.001855/2005-43	10/08/05	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006084/2005-81	28/09/05	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006131/2005-96	05/10/05	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004117/2005-58	05/10/05	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002088/2000-03	13/04/05	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
08012.002213/2000-57	13/04/05	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
08012.003138/2005-56	14/09/05	Aprovado com restrição temporal e material da não-concorrência e de apresentação de versão final de contratos	Cláusula de não-concorrência e versão final de contratos	Unanimidade
08012.000777/2005-60	27/04/05	Aprovado com restrição de exclusão do termo "empregados" da cláusula de não-aliciamento	Cláusula de não-aliciamento	Maioria
08012.003504/2005-77	28/06/05	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002556/2002-83	06/04/05	Aprovado com restrição de alteração de cláusula de exclusividade	Comportamental	Unanimidade
08012.005832/2000-01	15/06/05	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
53500.000641/2001	09/03/05	Aprovado com restrição de recolhimento de taxa processual	Taxa processual	Unanimidade
08012.004757/2002-68	14/09/05	Aprovado com restrição temporal, geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009500/2003-31	13/07/05	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de exclusividade	Comportamental	Maioria
08012.003427/2003-93	13/10/05	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de exclusividade	Comportamental	Unanimidade

08012.007073/2003-56	13/10/05	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de exclusividade	Comportamental	Unanimidade
08012.005042/2004-41	13/10/05	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de exclusividade	Comportamental	Unanimidade
08012.009279/2004-00	13/10/05	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de exclusividade	Comportamental	Unanimidade
08012.005226/2000-88	10/08/05	Aprovado com restrição	Estrutural ou comportamental	Maioria
08012.005250/2000-17	10/08/05	Aprovado com restrição	Estrutural ou comportamental	Maioria
08012.000640/2000-09	10/08/05	Aprovado com restrição	Estrutural ou comportamental	Maioria
08012.001872/2000-76	10/08/05	Aprovado com restrição	Estrutural ou comportamental	Maioria
08012.002838/2001-08	10/08/05	Aprovado com restrição	Estrutural ou comportamental	Maioria
08012.002962/2001-65	10/08/05	Aprovado com restrição	Estrutural ou comportamental	Maioria
08012.006472/2001-38	10/08/05	Aprovado com restrição	Estrutural ou comportamental	Maioria
08012.006363/2005-44	28/09/05	Aprovado com restrição de apresentação de versão final de contratos	Versão final de contratos	Unanimidade
08012.006204/2005-40	13/10/05	Aprovado com restrição subjetiva e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005116/2000-16	13/10/05	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade
08012.005117/2000-61	13/10/05	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade
08012.005118/2000-13	13/10/05	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade
08012.003997/2003-83	15/03/06	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Unanimidade
08012.003711/2000-17	15/03/06	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Maioria
08012.009176/2005-12	12/04/06	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001015/2004-08	26/04/06	Aprovado com restrição	Comportamental	Maioria
08012.000169/2006-36	26/04/06	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.000267/2006-73	10/05/06	Aprovado com restrição temporal e geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011065/2005-76	10/05/06	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002816/2001-30	24/05/06	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008442/2003-28	24/05/06	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000070/2004-72	24/05/06	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
53500.002423/2003	24/05/06	Aprovado com restrição	Comportamental	Maioria
53500.029160/2004	24/05/06	Aprovado com restrição	Comportamental	Maioria
08012.002207/2006-95	21/06/06	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002366/2006-90	16/08/06	Aprovado com restrição temporal e geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005539/2004-60	13/09/06	Aprovado com restrição	Estrutural e comportamental	Maioria
08012.006076/2006-15	27/09/06	Aprovado com restrição de apresentação de versão final de contratos	Versão final de contratos	Maioria
08012.011178/2005-71	04/10/06	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.004661/2006-81	06/12/06	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
08012.009130/2006-84	13/12/06	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000501/2006-62	13/12/06	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
08012.009729/2006-18	17/01/07	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002004/2006-07	31/01/07	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.005868/2006-72	14/02/07	Aprovado com restrição temporal e geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000469/2007-04	28/03/07	Aprovado com restrição de apresentação de versão final de contratos	Versão final de contratos	Unanimidade
08012.009843/2005-67	11/04/07	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Unanimidade
08012.003299/2006-21	11/04/07	Aprovado com restrição	Estrutural	Unanimidade
08012.005747/2006-21	18/04/07	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.008131/2006-10	25/04/07	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001180/2007-02	25/04/07	Aprovado com restrição temporal da cláusula de confidencialidade e anúncios	Cláusula de confidencialidade e anúncios	Unanimidade
08012.007690/2006-02	25/04/07	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.006486/2006-66	25/04/07	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.009064/2006-42	25/04/07	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007787/2006-15	13/06/07	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008658/2006-36	11/07/07	Aprovado com restrição temporal e geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000311/2007-26	25/07/07	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Maioria
08012.010192/2004-77	08/08/07	Aprovado com restrição	Estrutural e comportamental	Maioria
08012.010195/2004-19	08/08/07	Aprovado com restrição	Estrutural e comportamental	Maioria
08012.008633/2007-13	08/08/07	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008344/2007-14	22/08/07	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.008824/2007-85	22/08/07	Aprovado com restrição temporal e geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008790/2006-48	04/09/07	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000043/2006-61	04/09/07	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009508/2007-21	10/10/07	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010800/2007-96	24/10/07	Aprovado com restrição de apresentação de versão final de contratos	Versão final de contratos	Unanimidade
08012.009959/2003-34	24/10/07	Aprovado com restrição	Estrutural	Maioria
08012.011481/2007-36	07/11/07	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
53500.002400/2004	21/11/07	Aprovado com restrição	Comportamental	Maioria
08012.001230/2007-43	21/11/07	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006967/2002-48	28/11/07	Aprovado com restrição temporal e geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.012379/2007-58	28/11/07	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.012350/2007-76	12/12/07	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003972/2001-18	12/12/07	Aprovado com restrição	Estrutural	Unanimidade
53500.029599/2006	12/12/07	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.011611/2007-31	12/12/07	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.006127/2005-28	12/12/07	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.011047/2004-11	12/12/07	Aprovado com restrição	Estrutural	Maioria
08012.003296/2007-78	12/12/07	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Maioria
08012.004091/2007-18	12/12/07	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Maioria
08012.000395/2007-06	12/12/07	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.012377/2007-69	12/12/07	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001885/2007-11	23/07/08	Reprovado	N/A	Unanimidade
08012.009329/2006-11	16/01/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.013061/2007-94	16/01/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.012440/2007-67	30/01/08	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.014090/2007-73	13/02/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.014715/2007-05	27/02/08	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000533/2007-49	19/03/08	Aprovado com restrição temporal, geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009419/2004-31	19/03/08	Aprovado com restrição	Estrutural	Maioria
08012.009285/2007-00	19/03/08	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011966/2007-20	09/04/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010240/2007-70	09/04/08	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.010258/2007-71	09/04/08	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.014118/2007-72	09/04/08	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009463/2006-11	23/04/08	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.012229/2007-44	23/04/08	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001133/2008-31	23/04/08	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003426/2007-72	23/04/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.001723/2008-64	07/05/08	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
08012.000979/2008-54	07/05/08	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.012706/2007-71	21/05/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011518/2006-45	21/05/08	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
53500.022515/2006	04/06/08	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.000298/2007-13	04/06/08	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.003267/2007-14	25/06/08	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.014536/2007-60	25/06/08	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.013103/2007-97	25/06/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002813/2007-91	09/07/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria

08012.002816/2007-25	09/07/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.002818/2007-14	09/07/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.014599/2007-16	09/07/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.005881/2008-93	09/07/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006153/2008-07	09/07/08	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011068/2007-71	09/07/08	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.014585/2007-01	09/07/08	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.001266/2008-16	09/07/08	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008848/2005-72	23/07/08	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Maioria
08012.012835/2007-60	23/07/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002148/2008-17	23/07/08	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.008847/2005-28	23/07/08	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Maioria
08012.005715/2008-97	23/07/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010656/2007-98	27/08/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011838/2007-86	03/09/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.006593/2008-56	03/09/08	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006789/2008-41	03/09/08	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.013500/2007-69	17/09/08	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.010903/2007-56	17/09/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007550/2008-98	17/09/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000180/2007-87	17/09/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000405/2008-86	01/10/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003330/2008-95	01/10/08	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002939/2008-47	01/10/08	Aprovado com restrição de preservação de cláusulas em contrato	Comportamental	Unanimidade
08012.014612/2007-37	01/10/08	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007664/2007-38	15/10/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008353/2008-96	06/11/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008550/2007-24	06/11/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.014296/2007-01	06/11/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.013792/2007-30	12/11/08	Aprovado com restrição de alteração de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.008782/2008-63	10/12/08	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007852/2008-66	10/12/08	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.014128/2007-16	17/12/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011196/2005-53	17/12/08	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.002820/2007-93	17/12/08	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.006940/2007-60	17/12/08	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008853/2008-28	22/07/09	Reprovado	N/A	Unanimidade
08012.002397/2008-11	04/02/09	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007166/2008-95	04/02/09	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005777/2008-07	04/03/09	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008939/2008-51	04/03/09	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009079/2008-72	04/03/09	Aprovado com restrição temporal e geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011981/2008-59	04/03/09	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009624/2008-21	04/03/09	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria

08012.000329/2009-90	15/04/09	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001896/2009-63	29/04/09	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010218/2008-19	29/04/09	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000167/2009-90	13/05/09	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002591/2007-15	13/05/09	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.005981/2008-10	13/05/09	Aprovado com restrição de alteração de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001383/2007-91	17/06/09	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade
08012.003739/2008-10	08/07/09	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.013152/2007-20	26/08/09	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.005779/2008-98	16/09/09	Aprovado com restrição de renúncia a direitos de não-concorrência, não-contratação e não-solicitação	Cláusulas de não-concorrência, não-contratação e não-solicitação	Maioria
08012.009679/2007-50	30/09/09	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007066/2009-40	25/11/09	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004478/2009-28	21/01/10	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000208/2009-48	17/03/10	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
53500.001477/2008	07/04/10	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
53500.012487/2007	28/04/10	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade

08012.003189/2009-10	19/05/10	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade
08012.002764/2010-92	19/05/10	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009025/2008-15	07/07/10	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Maioria
08012.001166/2008-81	07/07/10	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade
08012.005296/2010-16	07/07/10	Aprovado com restrição quanto à interpretação da cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005880/2010-63	21/07/10	Aprovado com restrição quanto à interpretação da cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011736/2008-41	04/08/10	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Maioria
08012.010371/2008-38	18/08/10	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002609/2007-71	22/09/10	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000229/2008-82	22/09/10	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000829/2009-21	06/10/10	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002467/2008-22	06/10/10	Reprovado	N/A	Unanimidade
08012.004935/2009-84	06/10/10	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005789/2008-23	20/10/10	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
53500.012477/2008	20/10/10	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.007190/2008-24	20/10/10	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002252/2009-92	20/10/10	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.008647/2010-32	03/11/10	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.006487/2010-97	03/11/10	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010968/2008-82	03/11/10	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000236/2009-65	24/11/10	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.007640/2010-01	24/11/10	Aprovado com restrição de eventual cláusula de-não concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009829/2010-21	24/11/10	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.007602/2010-41	24/11/10	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005879/2010-39	15/12/10	Aprovado com restrição temporal e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006171/2010-03	15/12/10	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
08012.003822/2010-03	19/01/11	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011752/2010-59	19/01/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004341/2009-73	09/02/11	Aprovado com restrição	Estrutural	Maioria
08012.008551/2007-79	09/02/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005563/2010-47	09/02/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003521/2008-57	09/02/11	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade
08012.000715/2010-15	09/02/11	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade
08012.007776/2008-99	09/02/11	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.011748/2010-91	23/02/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.008261/2010-21	23/02/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009381/2010-45	23/02/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001205/2010-65	23/02/11	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.007482/2009-48	02/03/11	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.012989/2010-57	23/03/11	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010178/2010-11	04/05/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002253/2011-51	04/05/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000412/2011-83	18/05/11	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002340/2011-17	15/06/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011971/2010-38	14/12/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005014/2008-58	15/06/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002916/2011-38	13/07/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008526/2009-57	29/06/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004423/2009-18	13/07/11	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Maioria
08012.007728/2009-81	13/07/11	Aprovado com restrição de informar interpretação da cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.003177/2011-00	27/07/11	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004591/2011-28	10/08/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004592/2011-72	10/08/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005786/2011-95	10/08/11	Aprovado com restrição de alteração de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003849/2011-79	31/08/11	Aprovado com restrição temporal e geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011496/2010-08	31/08/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005856/2010-24	14/09/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004436/2010-21	28/09/11	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Unanimidade
08012.002539/2011-37	05/10/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005697/2009-24	05/10/11	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.008463/2011-53	05/10/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008876/2011-38	05/10/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002508/2011-86	26/10/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003467/2011-45	26/10/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011114/2007-32	09/11/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria

08012.000332/2011-28	07/12/11	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
08012.006533/2010-58	07/12/11	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009497/2010-84	14/12/11	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
08012.005889/2010-74	14/12/11	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.011612/2011-61	25/01/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.012089/2011-91	25/01/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005526/2010-39	14/03/12	Aprovado com restrição	Estrutural	Unanimidade
08012.009852/2011-04	14/03/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006669/2011-49	25/04/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002342/2011-06	25/04/12	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011550/2011-98	09/05/12	Aprovado com restrição de vinculação ao TCD do AC 08012.004423/2009-18	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.009604/2011-55	23/05/12	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001709/2012-47	23/05/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.009468/2011-01	29/05/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001875/2010-81	04/07/12	Reprovado	N/A	Unanimidade
08012.001879/2010-69	04/07/12	Reprovado	N/A	Unanimidade
08012.002018/2010-07	04/07/12	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade
08012.002259/2012-18	04/07/12	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade

08012.011495/2011-36	04/07/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.005872/2012-89	18/07/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011442/2011-15	01/08/12	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000655/2011-11	01/08/12	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011571/2010-22	01/08/12	Aprovado com restrição temporal e geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006492/2012-61	01/08/12	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08700.003695/2012-48	15/08/12	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004862/2010-64	15/08/12	Aprovado com restrição de alteração de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004448/2011-36	15/08/12	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010783/2011-73	15/08/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010094/2008-63	29/08/12	Reprovado	N/A	Unanimidade
08012.006653/2010-55	29/08/12	Reprovado	N/A	Unanimidade
08012.004527/2011-47	12/09/12	Aprovado com restrição de alteração de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001157/2009-71	12/09/12	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.002734/2012-48	26/09/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.008378/2011-95	10/10/12	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade

08012.012106/2011-90	10/10/12	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.003441/2012-88	10/10/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Maioria
08012.008342/2011-10	31/10/12	Aprovado com restrição de alteração de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011059/2011-67	07/11/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.001551/2011-24	07/11/12	Aprovado com restrição de alteração de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011602/2011-26	07/11/12	Aprovado com restrição temporal e geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006610/2011-51	07/11/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.005575/2012-33	21/11/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.004596/2011-51	05/12/12	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
08012.005394/2012-15	05/12/12	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010734/2010-50	05/12/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006927/2010-14	12/12/12	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08700.009303/2012-54	12/12/12	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.000122/2012-11	12/12/12	Aprovado com restrição temporal e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08700.007680/2012-59	30/01/13	Reprovado	N/A	Unanimidade
08700.003978/2012-90	03/04/13	Reprovado	N/A	Unanimidade

08700.004054/2012-19	09/10/13	Reprovado	N/A	Unanimidade
08700.008751/2012-31	23/01/13	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.006121/2012-80	30/01/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.007540/2011-58	20/02/13	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002467/2012-17	20/02/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.001380/2012-14	06/03/13	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002512/2012-25	06/03/13	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08700.004155/2012-81	06/03/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.008945/2011-11	20/03/13	Aprovado com restrição de alteração de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.011533/2011-51	03/04/13	Aprovado com restrição temporal da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.010473/2009-34	17/04/13	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade
08012.005791/2012-89	17/04/13	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade
08012.008074/2009-11	17/04/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.002148/2012-01	17/04/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.002149/2012-48	17/04/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.003367/2012-08	17/04/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08700.004226/2012-46	17/04/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08700.004230/2012-12	17/04/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.010274/2010-60	17/04/13	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade

08012.009906/2009-17	17/04/13	Aprovado com restrição de alteração de cláusula de não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08700.004151/2012-01	08/05/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08700.006437/2012-13	22/05/13	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08700.009882/2012-35	22/05/13	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural	Unanimidade
08012.008215/2010-21	22/05/13	Aprovado com restrição de supressão de cláusula de exclusividade	Comportamental	Unanimidade
08012.004979/2011-29	22/05/13	Aprovado com restrição material da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08700.004150/2012-59	05/06/13	Aprovado com restrição	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.012185/2011-39	05/06/13	Aprovado condicionado a TCD e com restrição geográfica e material da não-concorrência	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.011421/2011-08	05/06/13	Aprovado condicionado a TCD e com restrição geográfica da não-concorrência	Comportamental	Unanimidade
08012.006400/2011-62	07/08/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08700.004809/2013-58	07/08/13	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08700.003898/2012-34	28/08/13	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Maioria
08700.003937/2012-01	28/08/13	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Maioria
08012.006706/2012-08	28/08/13	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Maioria
08012.002870/2012-38	28/08/13	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Maioria
08012.000377/2012-83	28/08/13	Aprovado com restrição	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.007541/2011-01	28/08/13	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08012.002689/2011-41	09/10/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.011323/2010-81	06/11/13	Aprovado com restrição	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.000109/2011-81	06/11/13	Aprovado com restrição	Estrutural e comportamental	Unanimidade

08012.010967/2011-33	06/11/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.009861/2011-97	20/11/13	Aprovado condicionado a TCD e com restrição geográfica da não-concorrência	Estrutural	Unanimidade
08012.003886/2011-87	20/11/13	Aprovado condicionado a TCD e com restrição geográfica da não-concorrência	Estrutural	Maioria
08700.004083/2012-72	20/11/13	Aprovado condicionado a TCD	Comportamental	Unanimidade
08012.010038/2010-43	04/12/13	Aprovado condicionado a TCD e com restrição geográfica da não-concorrência	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.013200/2010-85	04/12/13	Aprovado com restrição geográfica e material da não-concorrência e do não-aliciamento	Cláusulas de não-concorrência e não-aliciamento	Unanimidade
53500.021373/2010	04/12/13	Aprovado com restrição	Estrutural	Unanimidade
08012.002520/2012-71	18/12/13	Aprovado com restrição geográfica da não-concorrência	Cláusula de não-concorrência	Unanimidade
08700.004957/2013-72	22/01/14	Aprovado com restrição de alterações em contrato	Comportamental	Unanimidade
08012.003065/2012-21	19/02/14	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
08012.000170/2011-28	12/03/14	Aprovado com restrição	Comportamental	Unanimidade
08012.003047/2011-69	02/04/14	Aprovado com restrição	Estrutural	Unanimidade
08012.000309/2012-14	09/04/14	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.003324/2012-14	09/04/14	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08700.004065/2012-91	09/04/14	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.009198/2011-21	09/04/14	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.011603/2011-71	30/04/14	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural	Unanimidade
08700.005447/2013-12	14/05/14	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08700.009198/2013-34	14/05/14	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Unanimidade
08700.002372/2014-07	16/07/14	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Unanimidade
08012.013191/2010-22	06/08/14	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Unanimidade

08012.008447/2011-61	06/08/14	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08012.008448/2011-13	06/08/14	Aprovado condicionado a TCD	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08700.010688/2013-83	20/08/14	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08700.000658/2014-40	20/08/14	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural	Unanimidade
08700.009924/2013-19	01/10/14	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Unanimidade
08700.000436/2014-27	12/11/14	Reprovado	N/A	Unanimidade
08700.007621/2014-42	10/12/14	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural	Unanimidade
08700.000344/2014-47	10/12/14	Aprovado condicionado a ACC e com restrição de supressão de cláusula de não-concorrência	Comportamental	Unanimidade
08700.004185/2014-50	29/01/15	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural	Unanimidade
08700.005719/2014-65	11/02/15	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Unanimidade
08700.008607/2014-66	25/02/15	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08700.009731/2014-49	25/03/15	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08700.009732/2014-93	25/03/15	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08700.009988/2014-09	02/09/15	Reprovado	N/A	Unanimidade
08700.001437/2015-70	25/11/15	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08700.006567/2015-07	09/12/15	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural e comportamental	Unanimidade
08700.010266/2015-70	13/04/16	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Unanimidade
08700.009363/2015-10	11/05/16	Aprovado com restrição	Comportamental	Maioria
08700.006723/2015-21	11/05/16	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Maioria
08700.010790/2015-41	08/06/16	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Unanimidade
08700.003462/2016-79	14/09/16	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural	Unanimidade
08700.002792/2016-47	09/11/16	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Maioria
08700.004211/2016-10	08/03/17	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Unanimidade
08700.004860/2016-11	22/03/17	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Maioria
08700.005937/2016-61	17/05/17	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural	Unanimidade

08700.006185/2016-56	28/06/17	Reprovado	N/A	Maioria
08700.006444/2016-49	02/08/17	Reprovado	N/A	Unanimidade
08700.001642/2017-05	16/08/17	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Unanimidade
08700.007553/2016-83	18/10/17	Reprovado	N/A	Unanimidade
08700.001390/2017-14	18/10/17	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Unanimidade
08700.002165/2017-97	07/02/18	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural	Maioria
08700.001097/2017-49	07/02/18	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural e comportamental	Maioria
08700.004163/2017-32	07/02/18	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Maioria
08700.008483/2016-81	28/02/18	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Unanimidade
08700.002155/2017-51	28/02/18	Reprovado	N/A	Maioria
08700.004431/2017-16	14/03/18	Aprovado condicionado a ACC	Comportamental	Maioria
08700.007777/2017-76	13/06/18	Aprovado condicionado a ACC	Estrutural	Unanimidade

APÊNDICE B. CARACTERÍSTICAS DOS ATOS DE CONCENTRAÇÃO DECIDIDOS POR MAIORIA DE 1994 A 2018

ATO DE CONCENTRAÇÃO	DATA ACÓRDÃO	MOTIVAÇÃO DA DISCORDÂNCIA	MERCADO RELEVANTE	PART. PÓS	Δ PART.	CR4 PÓS	ΔCR4	HHI PÓS	ΔHHI	DECISÃO BASEADA EM EFICIÊNCIAS?
0042/1995	31/07/96	<u>Sem restrição</u> x Reprovação	Mercado de varejo de bens não-duráveis na região metropolitana de Salvador	51,48%	4,90%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Sim
0003/1994	30/10/96	<u>Sem restrição</u> x Com restrição	Mercado nacional de truque	100,00%	56,40%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Sim
			Mercado nacional de aparelhos de choque e tração	96,00%	85,20%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado nacional de engates	75,80%	38,20%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado nacional de quinta roda	88,00%	81,00%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
0077/1996	15/10/97	<u>Sem restrição</u> x Com restrição	Mercado nacional de margarinas	28,90%	1,80%	95,00%	1,80%	2864,59	100,8	Sim
0079/1996	19/11/97	Sem restrição x <u>Com restrição</u>	Mercado nacional de painéis de uso comum, com ou sem revestimento	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Sim
			Mercado nacional de painéis de pressão	54,20%	26,30%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
0084/1996	12/08/98	Sem restrição x <u>Com restrição</u>	Mercado nacional de pistões originais	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	6458	1549,38	Sim

			Mercado nacional de pistões de reposição	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	5090,7	2214,46	
			Mercado nacional de camisas de cilindros originais	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	10000	4561,92	
			Mercado nacional de camisas de cilindros de reposição	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	4792,94	2238,7	
			Mercado nacional de peças sinterizadas	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	1757	624	
08012.009247/1998-79	14/07/99	<u>Sem restrição</u> x Com restrição	Mercado municipal de supermercados em Petrópolis	82,50%	3,00%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	477	Não
			Mercado municipal de supermercados em Teresópolis	71,00%	3,80%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado municipal de supermercados em Niterói	17,60%	5,60%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
08012.004327/1998-29	18/08/99	<u>Sem restrição</u> x Com restrição	Mercado nacional de papel higiênico	24,44%	0,60%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Sim
			Mercado nacional de papel toalha	20,64%	2,70%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado nacional de guardanapos	26,96%	1,60%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado nacional de lenços de papel	70,90%	29,40%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	

08000.000588/1997-64 (0114/97)	07/02/01	<u>Sem restrição</u> x Com restrição x Reprovação	Mercado de cimento portland nos estados da região sul, e Minas Gerais e Mato Grosso do Sul.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Sim
			Mercado de cimento portland nos estados da região sul e no estado de São Paulo	59,00%	5,00%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado de cimento portland nos estados da região sul	80,10%	13,70%	99,90%	1,10%	6604,6	1818,3	
08000.013759/1997-98 (0154/97)	03/07/02	<u>Sem restrição</u> x Com restrição	Mercado nacional de reposição de bombas d'água	65,24%	12,86%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Sim
			Mercado nacional de bombas de combustível mecânicas	96,43%	46,43%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
08012.004818/2000-82	18/02/04	Sem restrição x <u>Com restrição</u>	Mercado de provimento de acesso à internet via linha discada em Bauru	27,00%	23,00%	91,00%	87,00%	N/A	N/A	Não

			Mercado de provimento de acesso à internet via linha dedicada	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
08012.012223/1999-60	14/07/04	<u>Sem restrição</u> x Com restrição	Mercado nacional de gomas de mascar incluindo chicles de bola	74,30%	13,10%	Indisp.	Indisp.	5658	2045	Sim
			Mercado nacional de gomas de mascar (adulto)	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	>1800	Indisp.	
			Mercado nacional de chiles de bola (infantil)	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	>1800	Indisp.	
			Mercado nacional de guloseimas (candies / confectionery)	15,40%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
08012.001639/2002-55	01/09/04	<u>Sem restrição</u> x Com restrição	Mercado de areia para construção civil da região de Arealândia e Descalvado	14,12%	2,87%	57,52%	0,55%	Indisp.	Indisp.	Não
			Mercado de areia para fins industriais da região de Arealândia e Descalvado	68,75%	26,30%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	

			Mercado de areia para fins industriais da região de Jaguaruna e Viamão	25,68%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
08012.005878/2005-27	13/12/06	<u>Sem restrição</u> x Com restrição	Mercado de serviços portuários para exportação de suco de laranja concentrado a granel no Porto de Santos	25,01%	6,32%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Não
08012.005877/2005-82	17/01/07	<u>Sem restrição</u> x Com restrição	Mercado de serviços portuários para exportação de suco de laranja concentrado a granel no Porto de Santos	25,01%	6,32%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Não
08012.001011/2006-83	28/03/07	<u>Sem restrição</u> x Com restrição	Mercado nacional de chapas grossas de aço	0,27%	0,02%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Não
			Mercado nacional de chapas zincadas e eletrogalvanizadas de aço	22,21%	0,73%	97,27%	0	3.358,23	31,36	
			Mercado nacional de fio-máquina ao carbono	40,94%	2,30%	92,31%	2,30%	2.696,04	177,74	

			Mercado nacional de vergalhões de aço	35,70%	1,40%	100%	0	4.322,98	96,4	
			Mercado nacional de barras laminadas ao carbono	6,33%	1,10%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado nacional de tubos de aço sem costura	4,50%	0,70%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado mundial de trilhos	9,10%	2,80%	38,80%	2,80%	Indisp.	Indisp.	
08012.009959/2003-34	24/10/07	Sem restrição x <u>Com restrição</u>	Mercado de supermercados e hipermercados em Cabo Frio	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	5397,88	1620,62	Não
			Mercado de supermercados e hipermercados em Petrópolis	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	6568,1	2425,9	
			Mercado de supermercados e hipermercados em Macaé	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	5455,2	2288,1	
			Mercado de supermercados e hipermercados em Rio de Janeiro 3	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	4652,1	1752,4	

			Mercado de supermercados e hipermercados em Rio de Janeiro 5	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	4024,3	1509,4
			Mercado de supermercados e hipermercados em Rio de Janeiro 6	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	3708,9	1373,1
			Mercado de supermercados e hipermercados em São Gonçalo	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	3367,8	975,5
			Mercado de supermercados e hipermercados em Niterói	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	2550	700,1
			Mercado de supermercados e hipermercados em Rio de Janeiro 1	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	2372,7	650,8
			Mercado de supermercados e hipermercados em Rio de Janeiro 2	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	3993,3	575
			Mercado de supermercados e hipermercados em Nova Iguaçu	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	2259,4	285,7

			Mercado de supermercados e hipermercados em Rio de Janeiro 4	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	1891,7	261,2	
08012.011103/2005-91	07/11/07	Sem restrição x Com restrição	Mercado nacional de barras laminadas ao carbono	89,82%	47,40%	Indisp.	Indisp.	8112,46	4021,63	Sim
			Mercado nacional de fio-máquina ao carbono	30,45%	9,63%	Indisp.	Indisp.	2969,49	401,14	
			Mercado nacional de barras laminadas ligadas	89,96%	37,67%	Indisp.	Indisp.	8145,43	3939,5	
			Mercado nacional de fio-máquina ligado	60,29%	25,00%	Indisp.	Indisp.	4492,86	1764,7	
08012.011047/2004-11	12/12/07	Não-concorrência x Estrutural	Mercado relevante de serviços de concretagem em Florianópolis e municípios limítrofes	45,00%	12,10%	96,70%	8,50%	Indisp.	Indisp.	Não
			Mercado relevante de serviços de concretagem em Joinville e municípios limítrofes	58,80%	18,20%	91,60%	Indisp.	3908,3	Indisp.	
08012.004385/2006-51	09/04/08	Sem restrição x Com restrição	Mercado nacional de latas de aço	30,41%	20,93%	59,33%	6,16%	1425,16	396,8	Não

08012.002297/2007-03	07/05/08	<u>Sem restrição</u> x Com restrição	Mercado nacional de vidros temperados planos para ônibus e caminhões	16,00%	8,90%	92,20%	7,10%	3433,32	126,3	Não
08012.000298/2007-13	04/06/08	<u>Não-concorrência</u> x comportamental	Mercado nacional de sucos prontos para beber	24,70%	13,90%	53,25%	5,79%	1324,22	555,23	Não
08012.003267/2007-14	25/06/08	<u>Não-concorrência</u> x estrutural	Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Congonhas-Londrina	47,50%	14,50%	Indisp.	Indisp.	5011,36	966,25	Sim
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Congonhas-Porto Seguro	54,80%	29,90%	Indisp.	Indisp.	4555,5	1485,6	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Congonhas-Brasília	45,10%	20,90%	Indisp.	Indisp.	4605,71	1011,67	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Congonhas-Confins	46,90%	4,90%	Indisp.	Indisp.	4265,49	403,3	

			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Congonhas-Curitiba	52,30%	20,50%	Indisp.	Indisp.	4359,32	1304,57	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Congonhas-Florianópolis	57,20%	14,70%	Indisp.	Indisp.	4701,39	1251,65	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Congonhas-Galeão	55,00%	9,30%	Indisp.	Indisp.	3864,91	850,81	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Congonhas-Porto Alegre	60,00%	23,70%	Indisp.	Indisp.	4474,26	1722,14	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Congonhas-Santos Dumont	64,10%	35,00%	Indisp.	Indisp.	5400,24	2040,58	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Congonhas-Recife	50,10%	7,70%	Indisp.	Indisp.	4180,06	648,83	

			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Congonhas-Vitória	43,20%	6,20%	Indisp.	Indisp.	4780,4	459,6	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Congonhas-Salvador	42,30%	9,60%	Indisp.	Indisp.	3616,51	628,52	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Guarulhos-Galeão	71,80%	16,10%	Indisp.	Indisp.	5460,33	1799,45	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Guarulhos-Manaus	61,40%	22,80%	Indisp.	Indisp.	5259,67	1760,02	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Guarulhos-Salvador	40,20%	5,40%	Indisp.	Indisp.	3992,6	373,35	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Guarulhos-Fortaleza	48,20%	7,10%	Indisp.	Indisp.	4288,64	585,42	

			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Guarulhos-Porto Alegre	37,80%	11,00%	Indisp.	Indisp.	4618,48	591,03	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Guarulhos-Recife	47,70%	6,50%	Indisp.	Indisp.	4249,88	542,82	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Galeão-Recife	61,60%	6,60%	Indisp.	Indisp.	5269,85	726,4	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Galeão-Manaus	79,60%	32,50%	Indisp.	Indisp.	6752,98	3060,66	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Porto Alegre-Recife	48,40%	23,50%	Indisp.	Indisp.	5005	1171,24	
			Mercado doméstico de transporte aéreo de passageiros no trecho Porto Alegre-Salvador	41,70%	19,30%	Indisp.	Indisp.	2914,96	865,17	

			Mercado internacional de transporte aéreo de passageiros no trecho Galeão-Ezeiza	34,30%	9,00%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado internacional de transporte aéreo de passageiros no trecho Guarulhos-Ezeiza	26,50%	3,70%	98,60%	6,20%	Indisp.	Indisp.	
			Mercado nacional de fretamento de aeronaves	22,92%	20,61%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
08012.014599/2007-16, 08012.002813/2007-91, 08012.002816/2007-25, 08012.002818/2007-14 ⁷⁶⁷	09/07/08	<u>Não-concorrência</u> x estrutural	Mercado nacional de benzeno	79,00%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Não
			Mercado internacional de tolueno	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado internacional de xilenos mistos	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado de MTBE	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado internacional de polietileno	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	

⁷⁶⁷ Por conservadorismo, foram considerados apenas os dados presentes no voto vogal do conselheiro Luiz Carlos Delorme Prado, uma vez que foi o voto vencedor e não impôs restrição estrutural. Além disso, o voto do conselheiro-relator Luís Fernando Rigato Vasconcellos, que impunha restrição estrutural, continha hipóteses diversas de interpretação da estrutura do mercado, cuja inclusão nesta tabela prejudicaria a objetividade da análise que se pretende realizar.

			Mercado internacional de polipropileno	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado internacional de EVA	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado de asfalto na região sul	94,43%	0,21%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado de gasolina A na região sul	91,05%	3,86%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado de GLP na região sul	91,29%	0,61%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado internacional de nafta	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado de óleo combustível na região sul	91,41%	2,19%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado de óleo diesel na região sul	88,12%	1,58%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado de querosene iluminante	84,08%	10,00%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado de solvente na região sul	88,83%	3,40%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	

08012.011736/2008-41	04/08/10	Sem restrição x <u>Com restrição</u>	Mercado de operações de crédito em 147 municípios do Estado de São Paulo	>40%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Não
			Mercado nacional de seguros para automóveis	5,24%	0,07%	53,67%	0,00%	Indisp.	Indisp.	
			Mercado nacional de seguros para pessoas	8,96%	0,78%	68,81%	0,78%	Indisp.	Indisp.	
			Mercado nacional de seguros para patrimoniais	5,11%	0,06%	56,84%	0,06%	Indisp.	Indisp.	
			Mercado nacional de previdência privada	12,04%	0,47%	82,92%	0,47%	Indisp.	Indisp.	
			Mercado nacional de capitalização	24,20%	0,10%	71,40%	0,10%	Indisp.	Indisp.	
			Mercado nacional de títulos públicos	20,00%	3,05%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
08012.004341/2009-73	09/02/11	Não-concorrência x <u>estrutural</u>	Mercado de serviço de distribuição de combustível JET no aeroporto internacional de São Paulo (Guarulhos)	46,00%	18,00%	100,00%	0,00%	Indisp.	Indisp.	Não

			Mercado de serviço de distribuição de combustível JET no aeroporto internacional do Rio de Janeiro (Galeão)	49,00%	28,00%	100,00%	0,00%	Indisp.	Indisp.
			Mercado de serviço de distribuição de combustível JET no aeroporto internacional de Recife (Guararapes)	49,00%	19,00%	100,00%	0,00%	Indisp.	Indisp.
			Mercado de serviço de distribuição de combustível JET no aeroporto internacional de Campinas (Viracopos)	55,00%	24,00%	100,00%	0,00%	Indisp.	Indisp.
			Mercado de serviço de distribuição de combustível JET no aeroporto internacional de Curitiba (Afonso Pena)	41,00%	13,00%	100,00%	0,00%	Indisp.	Indisp.

			Mercado de serviço de distribuição de combustível JET no aeroporto internacional de Brasília (JK)	31,00%	9,00%	100,00%	0,00%	Indisp.	Indisp.	
			Mercado de serviço de distribuição de combustível JET no aeroporto da Pampulha (Belo Horizonte)	18,00%	5,00%	100,00%	0,00%	Indisp.	Indisp.	
08012.009401/2009-44	23/05/12	Sem restrição x Reprovação	Mercado de prestação de serviços de concretagem nos municípios de Barra Mansa, Barra do Piraí, Resende e Volta Redonda	40-50%	0-10%	Indisp.	Indisp.	>1800	400-500	Não
08012.003886/2011-87 ⁷⁶⁸	20/11/13	Sem restrição x Com restrição	Mercado radial de cursos de administração	36,50%	12,00%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Não
			Mercado radial de cursos de ciências contábeis	44,30%	18,80%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado radial de cursos de direito	54,30%	7,50%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	

⁷⁶⁸ Considerados apenas os dados do voto do conselheiro Eduardo Pontual Ribeiro, que foi o voto vencedor e adotou raios diferentes na definição de mercado relevante.

			Mercado radial de cursos de engenharia de produção	30,10%	1,80%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado radial de cursos de letras	50,80%	26,80%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado radial de cursos de pedagogia	58,90%	22,00%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado radial de cursos de psicologia	63,90%	8,90%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado radial de cursos de turismo	71,50%	17,00%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado radial de cursos de controle e processos industriais	62,80%	21,70%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado radial de cursos de gestão e negócios	69,80%	33,20%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado radial de cursos de hospitalidade e lazer	72,00%	28,60%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	
			Mercado radial de cursos de informação e comunicação	46,30%	21,90%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	

			Mercado nacional de monitoramento eletrônico e circuito fechado de televisão	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.
			Mercado de transporte e custódia de valores no estado do Rio de Janeiro	<50%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	>100 <200
			Mercado de transporte e custódia de valores no estado de São Paulo	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	<100
			Mercado de transporte e custódia de valores no estado de Minas Gerais	>33%	Indisp.	Indisp.	Indisp.	>1500 <2500	>100
			Mercado de transporte e custódia de valores no estado de Goiás	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	Indisp.	<100

**ANEXO A. PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 08850001178201997 E RESPECTIVA
RESPOSTA DO CADE**

Dados do Pedido	
Protocolo	08850001178201997
Solicitante	Rodrigo Fialho Borges
Data de Abertura	16/03/2019 21:15
Órgão Superior Destinatário	MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública
Órgão Vinculado Destinatário	CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Prazo de Atendimento	08/04/2019
Situação	Respondido
Status da Situação	Acesso Parcialmente Concedido (Parte da informação inexistente)
Forma de Recebimento da Resposta	Pelo sistema (com avisos por email)
Resumo	Números de processo dos ACs analisados pelo CADE, desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, que foram (i) reprovados; ou (ii) aprovados com restrições (incluindo ACC e TCD), com indicação do tipo de restrição.
Detalhamento	<p>Ilustres Senhores(as),</p> <p>Com base nos Arts. 6 e 10 da Lei nº 12.527/2011 e no Art. 11 do Decreto 7.724/2012, apresento o presente Pedido de Acesso à Informação, de acordo com especificação a seguir.</p> <p>I. Contexto da Solicitação</p> <p>O presente Pedido de Acesso à Informação se insere no âmbito do desenvolvimento de tese de doutorado junto ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O teste da hipótese da referida pesquisa requer a realização de análise empírica das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) em atos de concentração analisados pela autarquia desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994.</p> <p>Parte do desenvolvimento da referida tese de doutorado recebeu apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), dentro do seu Programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior (PDSE), para que fosse realizado juntamente à University of Pennsylvania Law School.</p> <p>II. Pedido de Acesso</p> <p>Como o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) não permite seleção de opção que filtre a busca de acordo com os parâmetros a serem detalhados abaixo, não resta outra alternativa ao</p>

desenvolvimento da pesquisa empírica acima mencionada que não a realização deste pedido.

Portanto, solicita-se o acesso às seguintes informações:

(i) relação de todos os números de processo dos atos de concentração analisados pelo CADE, desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, que foram (i.a) reprovados; ou (i.b) aprovados com restrições, ou seja, nos quais houve determinação de (i.b.i) restrição à operação, (i.b.ii) celebração de Acordo em Controle de Concentrações (Art. 9º, incisos V e X, da Lei 12.529/11), ou (i.b.iii) celebração de Termo de Compromisso de Desempenho (Art. 58 da Lei 8.884/1994);

(ii) adicionalmente, no caso do item “i.b” acima, solicita-se a indicação do tipo de restrição realizada, se (ii.a) estrutural, (ii.b) comportamental, ou (ii.c) ambas.

Pede-se deferimento.

Dados da Resposta

Data de Resposta	04/04/2019 15:45
Tipo de Resposta	Acesso Parcialmente Concedido
Classificação do Tipo de Resposta	Parte da informação inexistente
Resposta	Prezado (a) Senhor(a),

Em atenção à solicitação registrada sob o nº 08850.001178/2019-97, informamos que segue em anexo tabela contendo todos os Atos de Concentração julgados pelo Cade, com suas respectivas decisões, dos anos de 2007 a 2019, sem, contudo, a indicação do tipo de restrição realizada, se comportamental ou estrutural, por não adotarmos esse tipo de controle.

Infelizmente, antes da nova lei, não houve um adequado controle dos julgamentos de Atos de Concentração por parte da autarquia. Nada obstante, o Cade vem trabalhando para suprir essa lacuna e o fornecimento de dados relativos a julgados anteriores a 2012 reflete esse compromisso com a transparência e a confiabilidade dos dados.

Em relação aos processos constantes da tabela e seus respectivos méritos, segue legenda:

ASR- Aprovado sem restrição

ACR- Aprovado com restrição

NC- Não conhecimento

PO- Perda de Objeto

Conforme determinam a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e o Decreto 7.724/2012 que a regulamenta, poderá ser apresentado recurso no prazo de dez dias, contado da ciência dessa decisão, ao Chefe de Gabinete da Presidência do Cade, que deverá apreciá-lo no prazo de cinco dias, contado da sua apresentação. Lembramos que a ferramenta do recurso não deve ser utilizada para especificar ou reformular pedidos, nestas situações é necessário preencher novo formulário de solicitação.

Atenciosamente,

SIC/Cade

Responsável pela Resposta	Coordenação-Geral de Gestão Processual
Destinatário do Recurso de Primeira Instância	Chefe de Gabinete da Presidência
Prazo Limite para Recurso	15/04/2019

Classificação do Pedido

Categoria do Pedido	Governo e Política
Subcategoria do Pedido	Administração pública
Número de Perguntas	2

Histórico do Pedido

Data do evento	Descrição do evento	Responsável
16/03/2019 21:15	Pedido Registrado para para o Órgão CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica	SOLICITANTE
04/04/2019 15:45	Pedido Respondido	MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública/CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

ANEXO B. PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 08850005601201928 E RESPECTIVA RESPOSTA DO CADE

Dados do Pedido

Protocolo	08850005601201928
Solicitante	Rodrigo Fialho Borges
Data de Abertura	08/10/2019 16:45
Órgão Superior Destinatário	MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública
Órgão Vinculado Destinatário	CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Prazo de Atendimento	29/10/2019
Situação	Respondido
Status da Situação	Acesso Parcialmente Concedido (Parte da informação demandará mais tempo para produção)
Forma de Recebimento da Resposta	Pelo sistema (com avisos por email)
Resumo	Acesso às atas de sessão de julgamento ocorridas entre 11/06/1994 e 05/06/1996 e outras não disponíveis no site do CADE.

Detalhamento

Ilustres Senhoras(es),

Com base nos Arts. 6 e 10 da Lei nº 12.527/2011 e no Art. 11 do Decreto 7.724/2012, apresento o presente Pedido de Acesso à Informação, de acordo com especificação a seguir.

I. Contexto da Solicitação

O presente Pedido de Acesso à Informação se insere no âmbito do desenvolvimento de tese de doutorado junto ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. O teste da hipótese da referida pesquisa requer a realização de análise estatística das decisões do CADE em atos de concentração. A CAPES, dentro do seu Programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior (PDSE), concedeu apoio para que parte da pesquisa fosse realizada juntamente à University of Pennsylvania Law School.

II. Pedido de Acesso

Para possibilitar o desenvolvimento da análise acima mencionada, tem sido necessário lidar intensamente com as atas de sessão de julgamento do CADE desde a aprovação da antiga Lei 8.884/1994.

A partir do endereço http://www.cade.gov.br/assuntos/sesoes/pautasdas-sesoes-ordinarias-1/exercicios_antiores, é possível localizar praticamente todas as atas de sessão de julgamento a partir daquela ocorrida em 05/06/1996, com poucas exceções faltantes.

No entanto, é sabido que ocorreram sessões de julgamento entre a data de entrada em vigor da Lei 8.884 (11/06/1994) e a data acima referida, 05/06/1996.

Portanto, requer-se o acesso:

- (i) às versões finais aprovadas de todas as atas de sessão de julgamento do CADE ocorridas entre 11/06/1994 e 05/06/1996; e
- (ii) às versões finais aprovadas das atas das seguintes sessões, que ou não estão disponíveis para download no endereço eletrônico acima mencionado ou estão incompletas: (a) 68ª sessão ordinária de 04/02/1998; (b) 183ª sessão ordinária de 11/10/2000; (c) 187ª sessão ordinária de 08/11/2000; (d) 1ª, 2ª, 3ª, 4ª, 6ª e 17ª sessões extraordinárias; e (e) 1ª, 6ª, 8ª e 22ª sessões reservadas.

Pede-se deferimento.

Dados da Resposta

Data de Resposta 21/10/2019 10:39

Tipo de Resposta Acesso Parcialmente Concedido

Classificação do Tipo de Resposta Parte da informação demandará mais tempo para produção

Resposta Prezado (a) Senhor(a),

Em atenção à solicitação registrada sob o nº 08850.005601/201928, informamos que ainda nesta semana, a maioria das atas de sessão requeridas estarão disponibilizadas no site do Cade. Porquanto são muitas as atas que a equipe extraiu de publicações antigas do Diário Oficial da União, a quantidade de arquivos superou o que o sistema comporta para envio. Por esse motivo, já se iniciaram os trabalhos de subida desses arquivos para o site, o que deve ser finalizado nesta quarta ou quinta-feira, dia 24/10.

Ressalta-se que não foi possível encontrar todas as Atas. Segue abaixo a relação das Atas que estão sendo inseridas no site:

1994

Ordinárias: do 23 ao 31

Extraordinárias: 7 e 8

1995

Ordinárias: 16, 17, 20, 21, 32, 33, 34 ao 40 (faltam: 18, 19, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31)

Extraordinárias: 10 ao 14, 16, 18 ao 21 (faltam: 15, 17 foram encontradas duas com número 14)

1996

Ordinárias: 1 ao 27, 41 ao 43 (faltam 28 ao 40).

Extraordinárias: 1, 5 e 6 (faltam 2 ao 4)

Reservadas: 1, 6, 8 e 22. (As Extraordinárias solicitadas não foram encontradas)

Conforme determinam a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e o Decreto 7.724/2012 que a regulamenta, poderá ser apresentado recurso no prazo de dez dias, contado da ciência dessa decisão, ao Chefe de Gabinete da Presidência do Cade, que deverá apreciá-lo no prazo de cinco dias, contado da sua apresentação. Lembramos que a ferramenta do recurso não deve ser utilizada para especificar ou reformular pedidos, nestas situações é necessário preencher novo formulário de solicitação.

Atenciosamente,

SIC/Cade

Responsável pela Resposta	Coordenação Geral Processual
Destinatário do Recurso de Primeira Instância	Chefe de Gabinete da Presidência
Prazo Limite para Recurso	31/10/2019

Classificação do Pedido

Categoria do Pedido	Governo e Política
Subcategoria do Pedido	Administração pública
Número de Perguntas	1

Histórico do Pedido

Data do evento	Descrição do evento	Responsável
08/10/2019 16:45	Pedido Registrado para para o Órgão CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica	SOLICITANTE
21/10/2019 10:39	Pedido Respondido	MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública/CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

**ANEXO C. PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 08850005604201961 E RESPECTIVA
RESPOSTA DO CADE**

Dados do Pedido	
Protocolo	08850005604201961
Solicitante	Rodrigo Fialho Borges
Data de Abertura	08/10/2019 17:50
Órgão Superior Destinatário	MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública
Órgão Vinculado Destinatário	CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Prazo de Atendimento	29/10/2019
Situação	Respondido
Status da Situação	Acesso Parcialmente Concedido (Parte da informação demandará mais tempo para produção)
Forma de Recebimento da Resposta	Pelo sistema (com avisos por email)
Resumo	Acesso a atos de concentração não disponíveis ou parcialmente disponíveis no SEI.
Detalhamento	<p>Ilustres Senhoras(es),</p> <p>Com base nos Arts. 6 e 10 da Lei nº 12.527/2011 e no Art. 11 do Decreto 7.724/2012, apresento o presente Pedido de Acesso à Informação, de acordo com especificação a seguir.</p> <p>I. Contexto da Solicitação</p> <p>O presente Pedido de Acesso à Informação se insere no âmbito do desenvolvimento de tese de doutorado junto ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. O teste da hipótese da referida pesquisa requer a realização de análise estatística das decisões do CADE em atos de concentração. A CAPES, dentro do seu Programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior (PDSE), concedeu apoio para que parte da pesquisa fosse realizada juntamente à University of Pennsylvania Law School.</p> <p>II. Pedido de Acesso</p> <p>Para possibilitar o desenvolvimento da análise estatística acima mencionada, tem sido necessário lidar intensamente com buscas de atos de concentração (“ACs”) por meio do Sistema Eletrônico de Informações (“SEI”).</p> <p>Em alguns poucos casos, a busca no SEI não tem retornado resultados, embora seja conhecida a existência do AC, ou os resultados encontrados contêm autos incompletos, nos quais não se encontra o acórdão, o voto condutor do acórdão e/ou o eventual Termo de Compromisso de Desempenho celebrado.</p>

Portanto, solicita-se acesso à digitalização dos autos integrais* dos seguintes ACs: (i) 0001/1994; (ii) 0002/1994; (iii) 0005/1994; (iv) 0011/1994; (v) 0012/1994; (vi) 0013/1994; (vii) 0018/1994; (viii) 0019/1994; (ix) 0022/1995; (x) 0026/1995; (xi) 0041/1995; (xii) 0054/1995; (xiii) 0056/1995; (xiv) 0062/1995; (xv) 0139/1997; (xvi) 08012.005135/1998-01; (xvii) 08012.001744/2000-14; (xviii) 08012.002089/2000-68; e (xix) 08012.001084/2004-99.

*Subsidiariamente, caso não seja possível a concessão do acesso aos autos integrais de tais ACs, solicita-se o acesso, pelo menos, aos acórdãos, aos votos condutores dos acórdãos e aos eventuais Termos de Compromisso de Desempenho celebrados.

Pede-se deferimento.

Dados da Resposta

Data de Resposta	25/10/2019 11:49
Tipo de Resposta	Acesso Parcialmente Concedido
Classificação do Tipo de Resposta	Parte da informação demandará mais tempo para produção
Resposta	Prezado (a) Senhor(a),

Em atenção à solicitação registrada sob o nº 08850.005604/2019-61, informamos que os processos solicitados já estão disponibilizados no Sei, com a exceção do 0002/1994 e o 0012/1994, os quais estão sendo revistos pela equipe para verificar a razão pela qual estão faltando páginas neles. Quanto ao solicitado 08012.001084/2004-99, acreditamos que tratar-se do processo de número 08012.010784/2004-99, também disponível no Sei, porque não foi encontrado no sistema processo com aquele número.

Desse modo, afirmamos que assim que regularizarmos a inserção dos 0002/1994 e o 0012/1994 no Sei entraremos em contato por e-mail, o que deve ocorrer ao longo da semana que vem.

Conforme determinam a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e o Decreto 7.724/2012 que a regulamenta, poderá ser apresentado recurso no prazo de dez dias, contado da ciência dessa decisão, ao Chefe de Gabinete da Presidência do Cade, que deverá apreciá-lo no prazo de cinco dias, contado da sua apresentação. Lembramos que a ferramenta do recurso não deve ser utilizada para especificar ou reformular pedidos, nestas situações é necessário preencher novo formulário de solicitação.

Atenciosamente,

SIC/Cade

Responsável pela Resposta Coordenação Geral Processual

Destinatário do Recurso de Primeira Instância Chefe de Gabinete da Presidência

Prazo Limite para Recurso 07/11/2019

Classificação do Pedido

Categoria do Pedido Governo e Política

Subcategoria do Pedido Administração pública

Número de Perguntas 1

Histórico do Pedido

Data do evento	Descrição do evento	Responsável
08/10/2019 17:50	Pedido Registrado para para o Órgão CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica	SOLICITANTE
25/10/2019 11:49	Pedido Respondido	MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública/CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

ANEXO D. PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 08850001177201942 E RESPECTIVA RESPOSTA DO CADE

Dados do Pedido

Protocolo	08850001177201942
Solicitante	Rodrigo Fialho Borges
Data de Abertura	16/03/2019 21:01
Órgão Superior Destinatário	MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública
Órgão Vinculado Destinatário	CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Prazo de Atendimento	08/04/2019
Situação	Respondido
Status da Situação	Acesso Parcialmente Concedido (Parte da informação inexistente)
Forma de Recebimento da Resposta	Pelo sistema (com avisos por email)

Resumo Números de processo dos ACs analisados pelo CADE, desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, nos quais a decisão não foi unânime, ou seja, nos quais houve declaração de voto divergente por qualquer dos conselheiros que tenham participado do julgamento.

Detalhamento Ilustres Senhores(as),
Com base nos Arts. 6 e 10 da Lei nº 12.527/2011 e no Art. 11 do Decreto 7.724/2012, apresento o presente Pedido de Acesso à Informação, de acordo com especificação a seguir.

I. Contexto da Solicitação

O presente Pedido de Acesso à Informação se insere no âmbito do desenvolvimento de tese de doutorado junto ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. O teste da hipótese da referida pesquisa requer a realização de análise empírica das decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (“CADE”) em atos de concentração analisados pela autarquia desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994.

Parte do desenvolvimento da referida tese de doutorado recebeu apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), dentro do seu Programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior (PDSE), para que fosse realizado juntamente à University of Pennsylvania Law School.

II. Solicitação de Acesso

A fim de possibilitar o desenvolvimento da análise empírica acima mencionada, será preciso obter acesso aos atos de concentração analisados pelo CADE, desde a entrada em vigor da

Lei 8.884/1994, nos quais a decisão não foi unânime, ou seja, nos quais houve declaração de voto divergente por qualquer dos conselheiros que tenham participado do julgamento do caso.

Tendo em vista que o Sistema Eletrônico de Informações (SEI) não permite seleção de opção que filtre a busca de acordo com os parâmetros acima detalhados, não resta outra alternativa que não a realização deste pedido.

III. Pedido

Portanto, solicita-se o acesso às seguintes informações:

(i) relação de todos os números de processo dos atos de concentração analisados pelo CADE, desde a entrada em vigor da Lei 8.884/1994, nos quais a decisão não foi unânime, ou seja, nos quais houve declaração de voto divergente por qualquer dos conselheiros que tenham participado do julgamento do caso.

Pede-se deferimento.

Dados da Resposta

Data de Resposta	04/04/2019 16:42
Tipo de Resposta	Acesso Parcialmente Concedido
Classificação do Tipo de Resposta	Parte da informação inexistente
Resposta	Prezado (a) Senhor(a),

Em atenção à solicitação registrada sob o nº 08850.001177/2019-42, informamos que segue em anexo tabela contendo os Atos de Concentração julgados, as datas, o mérito e se o julgamento se deu por maioria ou por unanimidade, entre os anos de 2012 a 2019.

Infelizmente, antes da nova lei, não houve um adequado controle dos julgamentos de Atos de Concentração por parte da autarquia. Portanto, não temos o mérito das decisões de Atos de Concentração, se tomadas por maioria ou consenso, entre os anos de 1994 a 2012.

Conforme determinam a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e o Decreto 7.724/2012 que a regulamenta, poderá ser apresentado recurso no prazo de dez dias, contado da ciência dessa decisão, ao Chefe de Gabinete da Presidência do Cade, que deverá apreciá-lo no prazo de cinco dias, contado da sua apresentação. Lembramos que a ferramenta do recurso não deve ser utilizada para especificar ou reformular pedidos, nestas situações é necessário preencher novo formulário de solicitação.

Atenciosamente,

SIC/Cade

Responsável pela Resposta Coordenação-Geral de Gestão Processual
Destinatário do Recurso de Primeira Instância Chefe de Gabinete da Presidência
Prazo Limite para Recurso 15/04/2019

Classificação do Pedido

Categoria do Pedido Governo e Política
Subcategoria do Pedido Administração pública
Número de Perguntas 1

Histórico do Pedido

Data do evento	Descrição do evento	Responsável
16/03/2019 21:01	Pedido Registrado para para o Órgão CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica	SOLICITANTE
04/04/2019 16:42	Pedido Respondido	MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública/CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

**ANEXO E. PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 08850007207201924 E RESPECTIVA
RESPOSTA DO CADE**

Dados do Pedido

Protocolo	08850007207201924
Solicitante	Rodrigo Fialho Borges
Data de Abertura	23/12/2019 16:53
Órgão Superior Destinatário	MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública
Órgão Vinculado Destinatário	CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Prazo de Atendimento	14/01/2020
Situação	Respondido
Status da Situação	Acesso Concedido (Orientação sobre como encontrar a informação solicitada na Internet ou em publicações existentes)
Forma de Recebimento da Resposta	Pelo sistema (com avisos por email)
Resumo	Autos de determinados ACs indisponíveis ou incompletos no SEI
Detalhamento	Ilustres Senhores(as),

Com base nos Arts. 6 e 10 da Lei nº 12.527/2011 e no Art. 11 do Decreto 7.724/2012, apresento o presente Pedido de Acesso à Informação, de acordo com especificação a seguir.

I. Contexto da Solicitação

O presente Pedido de Acesso à Informação se insere no âmbito do desenvolvimento de tese de doutorado junto ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. O teste da hipótese da referida pesquisa requer a realização de análise estatística das decisões do CADE em atos de concentração. A CAPES, dentro do seu Programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior (PDSE), concedeu apoio para que parte da pesquisa fosse realizada juntamente à University of Pennsylvania Law School.

II. Pedido de Acesso

Para possibilitar o desenvolvimento da análise estatística acima mencionada, tem sido necessário lidar intensamente com buscas de atos de concentração (“ACs”) por meio do Sistema Eletrônico de Informações (“SEI”).

Em alguns poucos casos, a busca no SEI não tem retornado resultados, embora seja conhecida a existência do AC, ou os resultados encontrados contêm autos incompletos, nos quais não se encontra o acórdão e/ou aos votos dos conselheiros..

Portanto, solicita-se acesso à digitalização dos autos integrais dos seguintes ACs:

(i) 0042/1995;

- (ii) 0059/1995;
- (iii) 0077/1996; e
- (iv) 08012.004327/1998-29.

Subsidiariamente, caso não seja possível a concessão do acesso aos autos integrais de tais ACs, solicita-se o acesso, pelo menos, aos acórdãos, e aos votos dos conselheiros.

Pede-se deferimento.

Dados da Resposta

Data de Resposta	06/01/2020 20:04
Tipo de Resposta	Acesso Concedido
Classificação do Tipo de Resposta	Orientação sobre como encontrar a informação solicitada na Internet ou em publicações existentes
Resposta	<p>Prezado Senhor,</p> <p>Em atenção à solicitação registrada sob o nº 08850.007207/2019-24, informamos que os processos 0042/1995, 0059/1995 e 08012.004327/1998-29 foram digitalizado e estão disponíveis para consulta no site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, em www.cade.gov.br > Pesquisa Processual. O processo 0077/1996 não foi disponibilizado pois estamos buscando todos os volumes dos autos. Logo que estiver disponível vamos entrar em contato pelo e-mail rodrigo.fialho.borges@usp.br. Não obstante, enviamos em anexo os principais documentos decisórios do processo 0077/1996, quais sejam: Parecer SEAE, Parecer ProCADE, Relatório do Conselheiro Relator, Voto do Conselheiro Relator, Voto do Conselheiro Renault de Freitas Castro e Acórdão. Caso tenha alguma dúvida ou queira mais informações, solicitamos que entre em contato pelo e-mail sic@cade.gov.br ou pelo telefone (61) 3031-1283.</p> <p>Conforme determinam a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e o Decreto 7.724/2012 que a regulamenta, poderá ser apresentado recurso no <u>prazo de dez dias</u>, contado da ciência dessa decisão, ao Chefe de Gabinete da Presidência do Cade, que deverá apreciá-lo no prazo de cinco dias, contado da sua apresentação. Lembramos que a ferramenta do recurso não deve ser utilizada para especificar ou reformular pedidos, nestas situações é necessário preencher novo formulário de solicitação.</p> <p>Atenciosamente,</p> <p>SIC/Cade</p>
Responsável pela Resposta	Serviço de Informação ao Cidadão

Destinatário do Recurso de Primeira Instância Chefe de Gabinete da Presidência do Cade

Prazo Limite para Recurso 17/01/2020

Classificação do Pedido

Categoria do Pedido Governo e Política
Subcategoria do Pedido Administração pública
Número de Perguntas 1

Histórico do Pedido

Data do evento	Descrição do evento	Responsável
23/12/2019 16:53	Pedido Registrado para para o Órgão CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica	SOLICITANTE
06/01/2020 20:04	Pedido Respondido	MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública/CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica

**ANEXO F. PEDIDO DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 08850000054202028 E RESPECTIVA
RESPOSTA DO CADE**

Dados do Pedido

Protocolo	08850000054202028
Solicitante	Rodrigo Fialho Borges
Data de Abertura	03/01/2020 18:16
Órgão Superior Destinatário	MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública
Órgão Vinculado	CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica
Destinatário	
Prazo de Atendimento	27/01/2020
Situação	Respondido
Status da Situação	Acesso Concedido (Orientação sobre como encontrar a informação solicitada na Internet ou em publicações existentes)
Forma de Recebimento da Resposta	Pelo sistema (com avisos por email)
Resumo	Acesso aos autos do AC 08012.003543/2003-11.
Detalhamento	Ilustres Senhores(as),

Com base nos Arts. 6 e 10 da Lei nº 12.527/2011 e no Art. 11 do Decreto 7.724/2012, apresento o presente Pedido de Acesso à Informação, de acordo com especificação a seguir.

I. Contexto da Solicitação

O presente Pedido de Acesso à Informação se insere no âmbito do desenvolvimento de tese de doutorado junto ao Departamento de Direito Comercial da Faculdade de Direito da USP. O teste da hipótese da referida pesquisa requer a realização de análise estatística das decisões do CADE em atos de concentração. A CAPES, dentro do seu Programa de Doutorado-Sanduiche no Exterior (PDSE), concedeu apoio para que parte da pesquisa fosse realizada juntamente à University of Pennsylvania Law School.

II. Pedido de Acesso

Para possibilitar o desenvolvimento da análise estatística acima mencionada, tem sido necessário lidar intensamente com buscas de atos de concentração (“ACs”) por meio do Sistema Eletrônico de Informações (“SEI”).

Em alguns poucos casos, a busca no SEI não tem retornado resultados, embora seja conhecida a existência do AC, ou os resultados encontrados contêm autos incompletos, nos quais não se encontra o acórdão e/ou aos votos dos conselheiros.

Portanto, solicita-se acesso à digitalização dos autos integrais do seguinte AC: (i) 08012.003543/2003-11.

Subsidiariamente, caso não seja possível a concessão do acesso aos autos integrais de tais ACs, solicita-se o acesso, pelo menos, aos acórdãos, e aos votos dos conselheiros.

Pede-se deferimento.

Dados da Resposta

Data de Resposta	08/01/2020 18:29
Tipo de Resposta	Acesso Concedido
Classificação do Tipo de Resposta	Orientação sobre como encontrar a informação solicitada na Internet ou em publicações existentes
Resposta	<p>Prezado Senhor,</p> <p>Em atenção à solicitação registrada sob o nº 08850.000054/2020-28, informamos que o processo nº 08012.003543/2003-11 foi digitalizado e está disponível para consulta no site do Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE, em www.cade.gov.br > Pesquisa Processual.</p> <p>Conforme determinam a Lei 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação) e o Decreto 7.724/2012 que a regulamenta, poderá ser apresentado recurso no <u>prazo de dez dias</u>, contado da ciência dessa decisão, ao Chefe de Gabinete da Presidência do Cade, que deverá apreciá-lo no prazo de cinco dias, contado da sua apresentação. Lembramos que a ferramenta do recurso não deve ser utilizada para especificar ou reformular pedidos, nestas situações é necessário preencher novo formulário de solicitação.</p> <p>Atenciosamente,</p> <p>SIC/Cade</p>
Responsável pela Resposta	Serviço de Informação ao Cidadão
Destinatário do Recurso de Primeira Instância	Chefe de Gabinete da Presidência do Cade
Prazo Limite para Recurso	20/01/2020

Classificação do Pedido

Categoria do Pedido	Governo e Política
Subcategoria do Pedido	Administração pública
Número de Perguntas	1

Histórico do Pedido

Data do evento	Descrição do evento	Responsável
03/01/2020 18:16	Pedido Registrado para para o Órgão CADE – Conselho	SOLICITANTE

	Administrativo de Defesa Econômica	
08/01/2020 18:29	Pedido Respondido	MJSP – Ministério da Justiça e Segurança Pública/CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica