

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 caminharia 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 primeira<sup>307</sup> 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.

<sup>307</sup> 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 pacífica<sup>308</sup>. 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 alocativa<sup>309</sup>. 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.<sup>310-311</sup>

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 produtores<sup>312</sup>. Diferentemente de Bork, Lande entendeu

---

<sup>308</sup> “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.

<sup>309</sup> Ver nota 157.

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

<sup>311</sup> 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.

<sup>312</sup> “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 produtores<sup>313</sup>.

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 produtiva<sup>314</sup>, a contenção do poder político e social dos trustes e monopólios<sup>315</sup> e a proteção dos pequenos competidores<sup>316</sup>.

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 alocativa<sup>317</sup>.

---

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, n° 1 (setembro de 1982): 69–70.

<sup>313</sup> “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.

<sup>314</sup> Cf. *Ibidem*, 89–93.

<sup>315</sup> Cf. *Ibidem*, 96–101.

<sup>316</sup> Cf. *Ibidem*, 101–5.

<sup>317</sup> “[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 Bork<sup>318</sup> quanto Lande<sup>319</sup> estariam errados, principalmente se considerado o contexto histórico<sup>320</sup>. 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.

<sup>318</sup> “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.

<sup>319</sup> “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.

<sup>320</sup> 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.<sup>321</sup>

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-definido<sup>322</sup>. 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 objetivos<sup>323</sup>. 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.”<sup>324</sup>

---

<sup>321</sup> Cf. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 40–41.

<sup>322</sup> “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.

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

<sup>324</sup> 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 posteriores<sup>325</sup>. 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.

<sup>325</sup> "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.<sup>326</sup>

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”<sup>327</sup>. 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”<sup>328</sup>.

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.

---

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

<sup>327</sup> 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.

<sup>328</sup> 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 subgrupos<sup>329</sup>. 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 agregado<sup>330</sup>. 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

---

<sup>329</sup> 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.

<sup>330</sup> 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 Bork<sup>331</sup>. Aliás, como se mencionou no subtópico 2.1.2.3, isso se deu, dentre outros motivos, por uma artimanha dificilmente acidental de Bork, que sempre se referiu ao modelo de *bem-estar agregado* como um modelo de *bem-estar do consumidor*<sup>332</sup>. De fato, o apelo ao termo “consumidor” tornava a teoria muito mais palatável e defensável<sup>333</sup>. Afinal, quem seria contra o bem-estar dos consumidores<sup>334</sup>?

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 Cournot<sup>335</sup>, a Escola de Harvard é largamente reconhecida pela propagação de uma teoria antitruste muito preocupada com as

---

<sup>331</sup> 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”.

<sup>332</sup> “[T]he ambiguity arose as a result of Bork’s use of the term “consumer welfare” when he meant total welfare.” ([A] ambigüidade 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.

<sup>333</sup> Ver nota 163.

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

<sup>335</sup> 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. Bain<sup>336</sup>. 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* econômico<sup>337</sup>.

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.

<sup>336</sup> 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-Oriented 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.

<sup>337</sup> 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*<sup>338</sup>. Então uma estrutura de mercado concentrada e com altas barreiras à entrada levaria a um desempenho econômico fraco<sup>339</sup>.

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 força<sup>340</sup>. Alguns dos mais famosos exemplos de como a Escola de Harvard penetrava até mesmo ao sistema judiciário estadunidense são os casos *Alcoa*<sup>341</sup> e *Philadelphia National Bank*<sup>342</sup>.

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

---

<sup>338</sup> 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.

<sup>339</sup> “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.

<sup>340</sup> 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.

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

<sup>342</sup> Ver nota 100.

bem-estar agregado acabam por esconder que tal modelo possivelmente foi introduzido ao antitruste por economistas de Harvard, e não de Chicago<sup>343</sup>.

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 antitruste<sup>344</sup>.

Como se sabe, a mais clara maneira de se entender esse modelo é olhar para a ilustração do *trade-off* de Oliver Williamson<sup>345</sup>, 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*<sup>346</sup> (área A<sub>2</sub> do Gráfico 2) e a *ineficiência alocativa*<sup>347</sup> (área A<sub>1</sub> do

<sup>343</sup> “[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.

<sup>344</sup> 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.

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

<sup>346</sup> 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.

<sup>347</sup> 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-superior<sup>348</sup>, 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.

<sup>348</sup> Ver nota 347 sobre o conceito.

prejudicados em situações diversas<sup>349</sup> e que muitos consumidores também são, além de consumidores, acionistas das empresas eventualmente beneficiadas<sup>350</sup>.

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 consumidores<sup>351</sup>.

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.

---

<sup>349</sup> 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, nº 3 (1980): 495.

<sup>350</sup> 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>.

<sup>351</sup> 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 seguir<sup>352</sup>.

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 ( $CM_1 < P_1$ ).<sup>353</sup>

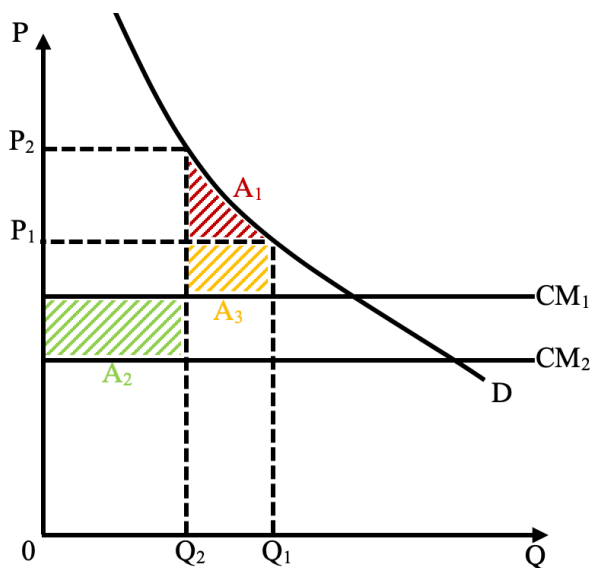
Essas presunções levam à minimização dos prejuízos causados aos consumidores, porque quem deixa de adquirir o produto ou serviço são consumidores marginais que, justamente por serem marginais, pouco valorizam o produto ou serviço. Nesse sentido, se as margens comerciais fossem consideradas mais relevantes 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.<sup>354</sup>

---

<sup>352</sup> 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, n° 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, n° 4 (2014): 652–56.

<sup>353</sup> 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.

<sup>354</sup> 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.<sup>355</sup>

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

<sup>355</sup> 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.<sup>356</sup>

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 ( $A_1 + A_3$ ).<sup>357</sup>

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 escala<sup>358</sup>, que é alcançado quando a quantidade produzida cresce, e não quando ela diminui.<sup>359</sup>

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

---

<sup>356</sup> Cf. *Ibidem*.

<sup>357</sup> Cf. *Ibidem*.

<sup>358</sup> 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.

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

(A<sub>2</sub>) seja experimentada apenas pelo agente de mercado oriundo da operação, os aumentos de preços são repercutidos em todo o mercado.<sup>360</sup>

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 A<sub>2</sub> 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 acima<sup>361</sup>. 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 dominante<sup>362</sup>.

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 A<sub>1</sub> e A<sub>2</sub> para se calcular o *trade-off*. Para o cálculo da área A<sub>1</sub>, 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 A<sub>1</sub> não forma um triângulo, de modo que o cálculo se torna ainda mais complexo. Para o cálculo da área A<sub>2</sub>, é necessário prever tanto o tamanho da redução de custos ( $CM_2 - CM_1$ ) quanto a quantidade

---

<sup>360</sup> Cf. *Ibidem*, 8.

<sup>361</sup> Ver nota 161.

<sup>362</sup> “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 A<sub>2</sub>, 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 A<sub>2</sub>, 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.<sup>363</sup>

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 consumidor<sup>364</sup>. É esse o modelo mais recorrente em países desenvolvidos<sup>365</sup> e replicado para os países em desenvolvimento<sup>366</sup>, muito embora,

---

<sup>363</sup> 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.

<sup>364</sup> “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.

<sup>365</sup> “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.

<sup>366</sup> 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 características<sup>367</sup>.

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”<sup>368</sup>. 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”<sup>369</sup>.

---

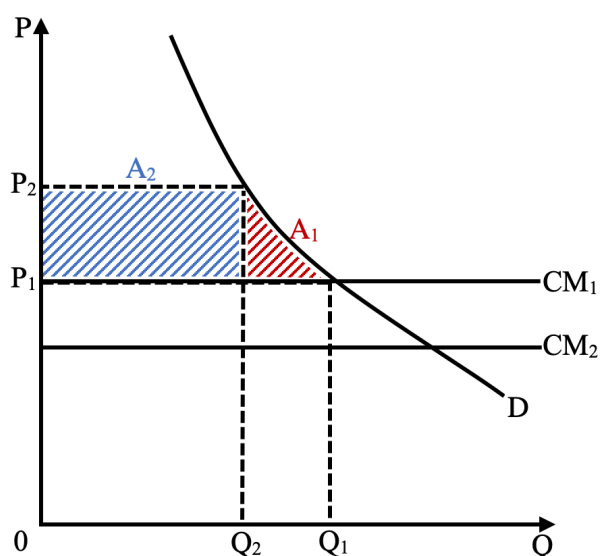
<sup>367</sup> No mesmo relatório da *International Competition Network* de 2007, citado acima na nota 366, afirma-se o seguinte: “[a] maioria dos entrevistados não define especificamente o bem-estar do consumidor e parece ter diferentes entendimentos econômicos do termo. Assim, algumas agências concentram-se 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.

<sup>368</sup> Cf. Orbach, “The Antitrust Consumer Welfare Paradox”.

<sup>369</sup> 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 modelo<sup>370</sup>. Mas essa relevância é expressada sob dois principais vieses diferentes<sup>371</sup>. 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 mercado<sup>372</sup>. 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

<sup>370</sup> “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.

<sup>371</sup> Cf. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 953–56.

<sup>372</sup> 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 produtores<sup>373</sup>. 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”<sup>374</sup>.

---

<sup>373</sup> Ver nota 160.

<sup>374</sup> “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 furtrar 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 evoluiu<sup>375</sup> para a defesa de um novo objetivo para o antitruste, que chamou de “escolha do consumidor” ou “soberania do consumidor”<sup>376</sup>. 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 consumidor<sup>377</sup>. Ausente a prática, tais opções estariam disponíveis para os consumidores escolherem de maneira soberana – incluindo opções de preço competitivo, mas não só<sup>378</sup>.

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.

<sup>375</sup> 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.

<sup>376</sup> “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.

<sup>377</sup> 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.

<sup>378</sup> “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 preço<sup>379</sup>.

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 produzida<sup>380</sup>.

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 produção<sup>381</sup>. Mas ele chega a definir o modelo de uma maneira ainda mais simples: se os consumidores são prejudicados, então a prática em questão é anticompetitiva<sup>382</sup>.

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-

---

<sup>379</sup> 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.

<sup>380</sup> 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.

<sup>381</sup> “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.

<sup>382</sup> 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 consumidores<sup>383</sup>. 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 consumidores<sup>384</sup>. 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 consumidores<sup>385</sup>. 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

---

<sup>383</sup> 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.

<sup>384</sup> “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.

<sup>385</sup> “[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 antitruste<sup>386</sup>. 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 social<sup>387</sup>. Geralmente, a expressão utilizada para referir-se a tal objetivo é “eficiência dinâmica”<sup>388</sup>.

---

<sup>386</sup> 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”.

<sup>387</sup> “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.

<sup>388</sup> “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 alocativa<sup>389</sup>. 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 concorrência<sup>390</sup>.

---

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>.

<sup>389</sup> 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.

<sup>390</sup> “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 antitruste<sup>391</sup>. 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 inovarem<sup>392</sup>. Alguns economistas defendem estruturas mais concentradas, principalmente em virtude da necessidade de grandes investimentos em pesquisa e desenvolvimento para que a inovação de fato ocorra<sup>393</sup>.

---

<sup>391</sup> “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, n° 4810 (3 de julho de 1987): 31–35; Lester C. Thurow, “A Weakness in Process Technology”, *Science* 238, n° 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, n° 3 (agosto de 1957): 312–20.

<sup>392</sup> 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.

<sup>393</sup> “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 mercado<sup>394</sup>.

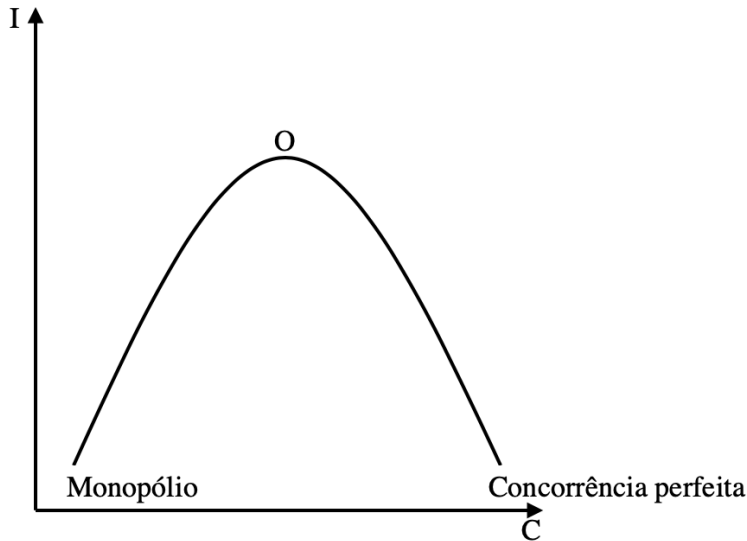
Por fim, um entendimento mais recente de economistas contemporâneos, baseado em verificações empíricas, tem indicado para a hipótese do U-invertido, na qual a quantidade total de inovação seria maximizada em algum local mais ou menos intermediário entre a estrutura de mercado monopolista e a concorrência perfeita<sup>395</sup>. 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.

<sup>394</sup> “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.

<sup>395</sup> 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  
O = Nível ótimo

C = Intensidade da concorrência

A defesa da eficiência dinâmica como objetivo do antitruste, no entanto, também enfrenta críticas. A principal delas é baseada na dificuldade de mensuração<sup>396</sup>. 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 sociedade<sup>397</sup>.

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

<sup>396</sup> 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.

<sup>397</sup> 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.<sup>398</sup>

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 imensa<sup>399</sup>. 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 valores<sup>400</sup> que podem

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

<sup>399</sup> Ver nota 306.

<sup>400</sup> 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-Brandeisismo, 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 primordial<sup>401</sup>. Viu-se que essa visão se torna ainda mais clara quando se olha para legislações

---

<sup>401</sup> Ver notas 324 e 325.



antitruste posteriores ao *Sherman Act*, inclusive aquelas centradas na estruturação do controle de concentrações<sup>402</sup>.

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 Unidos<sup>403</sup>. Dentre eles, destacou-se o caso *Brown Shoe*<sup>404</sup>, no qual se defendeu expressamente que o antitruste deveria ser preocupar com a tutela dos pequenos empresários em face das grandes corporações<sup>405</sup>. Mas o interessante é que essa ideia já tinha sido expressada antes mesmo do caso *Brown Shoe* pelo juiz Learned Hand, no caso *Alcoa*<sup>406</sup>.

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 Congresso<sup>407</sup>.

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

---

<sup>402</sup> Ver nota 325.

<sup>403</sup> Cf. Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, 1.

<sup>404</sup> Ver nota 72 e subtópico 2.1.2.2.

<sup>405</sup> Ver notas 98 e 127.

<sup>406</sup> “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.

<sup>407</sup> 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 internacionais<sup>408</sup>. 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.”<sup>409</sup>

<sup>408</sup> Cf. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 970–71.

<sup>409</sup> 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 consumidores<sup>410</sup>. 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 político<sup>411</sup>, 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 1979<sup>412</sup>. 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 totalitarismo<sup>413</sup>.

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.

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

<sup>411</sup> Cf. *Ibidem*.

<sup>412</sup> Cf. Pitofsky, “The Political Content of Antitrust”.

<sup>413</sup> 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.<sup>414</sup>

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.<sup>415</sup>

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-Brandesianismo, 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 antitruste<sup>416</sup>. É a um deles que o subtópico 2.2.3.3 abaixo se dedicará.

---

<sup>414</sup> Cf. *Ibidem*, 1051, 1056–57.

<sup>415</sup> Cf. *Ibidem*, 1051, 1057–58.

<sup>416</sup> “[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 diversas<sup>417</sup>, 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 econômicos<sup>418</sup>. 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 concorrentes<sup>419</sup>. 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”<sup>420</sup>.

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 equidade<sup>421</sup>.

<sup>417</sup> Cf. Waked, “Antitrust Goals in Developing Countries”, 975–79.

<sup>418</sup> Cf. Louis B. Schwartz, “‘Justice’ and Other Non-Economic Goals of Antitrust”, *University of Pennsylvania Law Review* 127 (1979): 1076.

<sup>419</sup> “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.

<sup>420</sup> No original: “‘justice,’ in the sense of fair and equal treatment of persons in like situations.” Cf. *Ibidem*, 1078.

<sup>421</sup> 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 concentrados<sup>422</sup>. Havia, e ainda há<sup>423</sup>, 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 economia<sup>424</sup>. 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 privado<sup>425</sup>.

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”<sup>426</sup>.

Esse sentimento foi diretamente refletido em diversas partes da lei antitruste sul-africana de 1998<sup>427</sup>. 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.”<sup>428</sup> 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

---

<sup>422</sup> Cf. *Ibidem*, 583.

<sup>423</sup> 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.

<sup>424</sup> 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).

<sup>425</sup> 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.

<sup>426</sup> 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.

<sup>427</sup> Cf. Republic of South Africa, “Competition Act”, Pub. L. No. 89 (1998).

<sup>428</sup> 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.”<sup>429</sup>

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”<sup>430</sup> 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.”<sup>431</sup>

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”<sup>432</sup> 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.”<sup>433</sup>

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 chinesa<sup>434</sup>. Essa concentração teria sido uma

---

<sup>429</sup> 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.”

<sup>430</sup> No original: “Competition Commission.”

<sup>431</sup> No original: “promotion of the ability of small businesses, or firms controlled or owned by historically disadvantaged persons, to become competitive.”

<sup>432</sup> No original: “Competition Tribunal.”

<sup>433</sup> No original: “the ability of small businesses or firms controlled or owned by historically disadvantaged persons, to become competitive.”

<sup>434</sup> 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 motivos<sup>435</sup> da lei antitruste aprovada em 1999<sup>436</sup>.

O resultado foi uma lei antitruste inspirada nos princípios filosóficos da Pancasila<sup>437</sup>, dentre os quais a ideia de justiça social, conforme se depreende de alguns de seus dispositivos<sup>438</sup>.

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.

---

<sup>435</sup> “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).

<sup>436</sup> 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).

<sup>437</sup> 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.

<sup>438</sup> 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 Soto<sup>439</sup>, 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”<sup>440</sup>.

---

<sup>439</sup> 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.

<sup>440</sup> “[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 desenvolvidos<sup>441</sup>. 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 eficiente<sup>442</sup>.

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-sucedida<sup>443</sup>. Para Fox, aparentemente essa dinâmica de transplante só tenderia a ampliar o abismo existente entre ricos e pobres<sup>444</sup>, 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.

<sup>441</sup> “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>.

<sup>442</sup> Cf. Fox, “Economic Development, Poverty, and Antitrust”, 211–14.

<sup>443</sup> 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).

<sup>444</sup> 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.”<sup>445</sup>

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

---

<sup>445</sup> “[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 York 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 acoplasse 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-Brandeisianismo 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 Twitter<sup>446</sup>. Na mensagem postada, ele respondia a um *tweet* de Joshua D. Wright<sup>447</sup>, 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 Khan<sup>448</sup>, que publicava uma entrevista do congressista estadunidense Ro Khanna<sup>449</sup>.

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.<sup>450</sup>

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*<sup>451</sup> e *Von's Grocery*<sup>452</sup>, ou seja, à *Warren Court Era*, tratada no subtópico 2.1.2.2 acima.<sup>453</sup>

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.”<sup>454</sup>

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*’”<sup>455</sup>. 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.

<sup>446</sup> Cf. Konstantin Medvedovsky, Twitter, 19 de junho de 2017, <https://twitter.com/kmedved/status/876869328934711296>.

<sup>447</sup> Cf. Joshua D. Wright, Twitter, 19 de junho de 2017, <https://twitter.com/ProfWrightGMU/status/876869118124621824>.

<sup>448</sup> Cf. Lina Khan, Twitter, 19 de junho de 2017, <https://twitter.com/linamkhan/status/876866907441201156>.

<sup>449</sup> 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/>.

<sup>450</sup> Cf. Khan.

<sup>451</sup> Ver nota 72.

<sup>452</sup> Ver nota 101.

<sup>453</sup> Cf. Wright.

<sup>454</sup> No original: “Antitrust hipsterism. Everything old is cool again.” Cf. Medvedovsky, 19 de junho de 2017.

<sup>455</sup> 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*<sup>456</sup>. 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 respeitados 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 seriamente<sup>457</sup>.

Não demorou muito para que a expressão Antitruste Hipster fosse identificada como pejorativa<sup>458</sup>, 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 Woodstock<sup>459</sup>. Entretanto, a que parece ter se firmado

---

<sup>456</sup> Cf. Lina Khan, “Amazon’s Antitrust Paradox”, *The Yale Law Journal* 126, n° 3 (janeiro de 2017): 710–805.

<sup>457</sup> Como, por exemplo, em Elyse Dorsey, Jan Rybnicek, 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.

<sup>458</sup> 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>.

<sup>459</sup> 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 social<sup>460</sup>, o que, anos mais tarde, levou a *The Economist* a denominá-lo “um Robin Hood do direito”<sup>461</sup>.

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.”<sup>462</sup>

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

---

<sup>460</sup> “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>.

<sup>461</sup> Cf. “Let’s Look at the Facts”, *The Economist*, 26 de setembro de 2009.

<sup>462</sup> 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*<sup>463</sup>.

Foi diante desse caso que Brandeis aguçou sua desconfiança e seu desgosto em relação às corporações excessivamente grandes (não necessariamente só as monopolistas)<sup>464</sup>. Em oposição a elas, ele desenvolveu uma crença em sistemas descentralizados, no crescimento orgânico dos negócios e nos pequenos empreendimentos<sup>465</sup>. Ele era convicto de que as grandes corporações poderiam ferir o direito de liberdade das pessoas<sup>466</sup>, 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.<sup>467</sup>

Entretanto, o tempo mostrou que Brandeis estava certo em seus ataques<sup>468</sup>. 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 –<sup>469</sup>,

---

<sup>463</sup> Cf. Wu, *The Curse of Bigness*, 35–36.

<sup>464</sup> “[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).

<sup>465</sup> Cf. Wu, *The Curse of Bigness*, 37–38.

<sup>466</sup> Cf. *Ibidem*, 38–40.

<sup>467</sup> Cf. Urofsky, *Louis D. Brandeis*, 198–200.

<sup>468</sup> 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.

<sup>469</sup> Cf. Urofsky, *Louis D. Brandeis*, 188–89.



o caos organizacional e financeiro já previsto por Brandeis tomou conta da *New Haven Railroad*<sup>470</sup>.

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 consolidação<sup>471</sup>. A *New Haven Railroad* foi acusada por atos de corrupção e seu conselho de administração, por abandono de dever<sup>472</sup>. Ela, ao final, estava quebrada, e as fusões realizadas foram revertidas<sup>473</sup>.

É à figura de Brandeis que autores como Barry C. Lynn<sup>474</sup>, Lina M. Kahn<sup>475</sup>, Sandeep Vaheesan<sup>476</sup>, Tim Wu<sup>477</sup> e Zephyr R. Teachout<sup>478</sup> 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 reformada<sup>479</sup>. O movimento é bastante crítico ao

<sup>470</sup> Cf. Klebanow e Jonas, *People's Lawyers*, 70; Wu, *The Curse of Bigness*, 37.

<sup>471</sup> Cf. Klebanow e Jonas, *People's Lawyers*, 70; Wu, *The Curse of Bigness*, 37.

<sup>472</sup> Cf. Klebanow e Jonas, *People's Lawyers*, 70.

<sup>473</sup> Cf. *Ibidem*; Wu, *The Curse of Bigness*, 37.

<sup>474</sup> 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".

<sup>475</sup> 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.

<sup>476</sup> Cf. Vaheesan, "The Evolving Populisms of Antitrust"; Khan e Vaheesan, "Market Power and Inequality".

<sup>477</sup> 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.

<sup>478</sup> Cf. Teachout e Khan, "Market Structure and Political Law".

<sup>479</sup> 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 1970<sup>480</sup>.

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 décadas<sup>481</sup> e também as consequências daí advindas, como a possível geração de desigualdades econômicas<sup>482</sup>.

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-Brandesianismo 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-Brandesianistas, 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

---

<sup>480</sup> “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.

<sup>481</sup> Cf. Kwoka, *Mergers, merger control, and remedies*; Blonigen e Pierce, *Evidence for the Effects of Mergers on Market Power and Efficiency*.

<sup>482</sup> 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.<sup>483</sup>

“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.”<sup>484</sup>

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.”<sup>485</sup>

---

<sup>483</sup> 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.

<sup>484</sup> 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”.

<sup>485</sup> 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.”<sup>486</sup>

“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.”<sup>487</sup>

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.”<sup>488</sup>

---

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.

<sup>486</sup> 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.

<sup>487</sup> 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.

<sup>488</sup> 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*<sup>489</sup>, 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.”<sup>490</sup>

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.”<sup>491</sup>

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

<sup>489</sup> Cf. Wu, *The Curse of Bigness*, 136; Wu, “After Consumer Welfare, Now What?”; Wu, “The ‘Protection of the Competitive Process’ Standard”.

<sup>490</sup> 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.

<sup>491</sup> 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.”<sup>492</sup>

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.”<sup>493</sup>

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*<sup>494</sup> 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.

---

<sup>492</sup> 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.

<sup>493</sup> 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*.

<sup>494</sup> 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.