

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

RESPONSABILIDADE ESPECIAL DO AGENTE ECONÔMICO DOMINANTE

CIRO SILVA MARTINS

**Rio de Janeiro
2018/ 2º Semestre**

CIRO SILVA MARTINS

RESPONSABILIDADE ESPECIAL DO AGENTE ECONÔMICO DOMINANTE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Professor Dr. Vinicius Figueiredo Chaves.**

Rio de Janeiro
2018/ 2º Semestre

CIP - Catalogação na Publicação

S385r Silva Martins, Ciro
Responsabilidade Especial do Agente Econômico
Dominante / Ciro Silva Martins. -- Rio de Janeiro,
2018.
66 f.

Orientador: Chaves Vinicius Figueiredo.
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
de Direito, Bacharel em Direito, 2018.

1. responsabilidade especial. 2. abuso de posição
dominante. 3. direito concorrencial. I. Vinicius
Figueiredo, Chaves, orient. II. Título.

CIRO SILVA MARTINS

RESPONSABILIDADE ESPECIAL DO AGENTE ECONÔMICO DOMINANTE

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do **Professor Dr. Vinicius Figueiredo Chaves**.

Data da Aprovação: __ / __ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador

Membro da Banca

Membro da Banca

Rio de Janeiro
2018/ 2º Semestre

RESUMO

Realiza-se uma análise teórico-crítica acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes no âmbito do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Parte-se da apresentação dos fundamentos teóricos e jurisprudenciais que levaram à construção da referida teoria, bem como das principais críticas endereçadas contra a mesma. Examinou-se o princípio da livre concorrência tal como previsto na Constituição de 1988 e a sistemática da Lei nº 12.529/2011 no que tange a repressão ao abuso de posição dominante, concluindo que há fundamento teórico e legal para aplicação da teoria da responsabilidade especial no Brasil. A partir desta conclusão, avaliam-se as principais consequências e riscos envolvendo a adoção desta teoria no ordenamento jusconcorrencial brasileiro.

Palavras-Chaves: responsabilidade especial; abuso de posição dominante; direito concorrencial.

ABSTRACT

A theoretical-critical analysis is made on the applicability of the special responsibility theory of the dominant economic agents within the scope of the Brazilian System of Defense of Competition. It begins with the presentation of the theoretical and jurisprudential foundations that led to the construction of this theory, as well as the main criticisms addressed against it. The principle of freedom of competition as provided for in the 1988 Constitution and the systematics of Law 12,529/2011 regarding repression of abuse of a dominant position were examined, concluding that there is a theoretical and legal basis for applying the theory of special responsibility in Brazil. Based on this conclusion, we evaluate the main consequences and risks involved in the adoption of this theory in the Brazilian competition law order.

Keywords: special responsibility; abuse of dominant position; competition law.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

TABELA 1 – Gráfico da Portaria Seae nº 70, de 12 de dezembro de 2002 50

TABELA 2 – Diagrama da Portaria Seae nº 70, de 12 de dezembro de 2002 51

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 - TEORIA DA RESPONSABILIDADE ESPECIAL DO AGENTE ECONÔMICO DOMINANTE.....	13
1.1 Raízes teóricas: Ordoliberalismo	13
1.2. Construção jurisprudencial da teoria da responsabilidade especial.....	17
1.3. Delineando o conceito de responsabilidade especial.....	20
2 - CONTRAPONTO À RESPONSABILIDADE ESPECIAL	23
2.1. Escola de Chicago e a aplicação do Sherman Act	23
2.2. Críticas direcionadas à aplicação da responsabilidade especial como princípio	28
2.3. Riscos relacionados ao dever de autoavaliação dos agentes econômicos dominantes ..	30
3 - APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE ESPECIAL NO BRASIL	32
3.1. O princípio da livre concorrência na Constituição de 1988.....	32
3.2. Abuso de posição dominante: teoria e disciplina legal.....	36
3.3. Espécies de abuso de posição dominante.	41
3.3.1. Recusa de contratação.	41
3.3.2. Venda casada.....	44
3.3.3. Exclusividade.....	47
3.3.4. Preços predatórios.....	49
3.4. Compatibilidade da teoria da responsabilidade especial no Brasil.....	52
CONCLUSÃO.....	57
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	61

INTRODUÇÃO

A Constituição de 1988, em seu art. 170, IV, elenca como princípio da ordem econômica e financeira a livre concorrência. Com efeito, a tutela da concorrência no direito brasileiro tem três objetivos principais (ASSAFIM, 2017): (i) objetivo econômico, traduzido na busca pela eficiência alocativa dos recursos escassos através da economia de mercado; (ii) objetivo social, entendida como defesa dos consumidores¹; e (iii) objetivo político, descrito como o interesse estatal em conservar mercados abertos à inovação e à livre iniciativa. Nessa linha, o direito da concorrência não visa tutelar os concorrentes individualmente considerados. Todavia, o propósito desta disciplina é a tutela da concorrência propriamente dita, enquanto direito difuso².

Ao defender o conceito de concorrência como garantia institucional, Salomão Filho (2013) sustenta que a tutela da concorrência se desdobra na garantia de lealdade – garantia de que o sucesso das empresas³ deriva de suas virtudes competitivas, bem como garantia de informação fidedigna aos consumidores – e na garantia de existência efetiva da concorrência, mantendo a porta do mercado sempre aberta à novos *players*, coibindo o abuso de poder econômico e obstando atos de concentração nocivos à concorrência.

Esse princípio constitucional da ordem econômica brasileira é resultado de um panorama histórico no qual o capitalismo emerge como forma de organização econômica predominante em determinados Estados⁴. Entretanto, atualmente, a noção de livre concorrência não é ilimitada devendo coexistir com diversos outros princípios como a função social da propriedade privada, a soberania nacional e a busca do pleno emprego: “Embora seja assim, força é reconhecemos, de uma parte, que a livre concorrência é elevada à condição de princípio da

¹ “As regras de defesa da concorrência podem ser vistas como uma forma *indireta* de proteção do consumidor, pois a repressão do poder econômico traz como benefício o melhor funcionamento dos mercados, em que a disputa entre empresas leva à diminuição de preços, ampliação de alternativas e desenvolvimento de novos e melhores produtos e serviços.” (PEREIRA NETO; CASAGRANDE, 2016, p. 30).

² “Os interesses ou direitos difusos são identificados como aqueles relacionados a um número indeterminado de pessoas, vinculados por uma relação factual que merece ser acolhida pelo ordenamento jurídico. São de natureza indivisível, sendo esta indivisibilidade caracterizada pela impossibilidade de distinguir o titular da prestação jurisdicional ou mesmo individualizar a parcela, que lhe é cabível, daquele determinado interesse ou direito tutelado.” (MARQUES; BENJAMIN; MIRAGEM, 2006, p. 975).

³ Para fins do presente estudo, o termo “Empresa” será utilizado também como sinônimo de empresário, tendo em vista que um dos principais diplomas legais examinados, o Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, segue esta orientação.

⁴ Cf. COELHO, 2012, p. 76-78. Ainda, conforme Tavares (2011, p. 256): “Sem concorrência livre não se pode, efetivamente, falar de economia de mercado, de sistema capitalista ou de Estado liberal.”

ordem econômica, na Constituição de 1988, mitigadamente, não como liberdade anárquica, porém social” (GRAU, 2006, p. 214).

Com efeito, conquanto o direito concorrencial conforme a concorrência e os concorrentes, deter posição econômica dominante não constitui ilícito algum, pelo contrário, a busca por parcelas maiores do mercado é natural num cenário competitivo, inclusive devendo ser valorizada⁵. Contudo, quando o agente econômico alcança essa posição, torna-se capaz de comportar-se de maneira indiferente em relação aos seus concorrentes e consumidores, o que pode arrefecer a competição⁶. Tendo em conta esta realidade, a jurisprudência da comunidade europeia cunhou a ideia de "responsabilidade especial" do agente econômico dominante, segundo a qual o agente em questão "tem uma responsabilidade especial de não permitir que sua conduta prejudique a concorrência genuína e não falseada no mercado comum"⁷.

No entanto, essa forma de interpretar e aplicar o direito concorrencial é criticada por aqueles que têm afinidade com a chamada Escola de Chicago. Segundo esta, a lente adequada para enxergar os problemas concorrenciais é a teoria dos preços (POSNER, 1979). Logo, o único valor social a ser considerado seria o da eficiência, de modo que os problemas jurídicos e sociais devem ser traduzidos e considerados apenas em seu viés econômico – o direito exsurgiria, assim, mais seguro e previsível (FORGIONI, 2016). Dessa maneira, devem ser afastados conceitos abertos como o de responsabilidade especial, por ser difícil compreender seu conteúdo, e confiar mais no poder de autocorreção dos mercados sem a necessidade de intervenção estatal.

⁵ Lei nº 12.529/2011, art. 36, § 1º: “A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II do caput deste artigo.”

⁶ Na lição de Tavares (2011, p. 263): “A concentração econômica desequilibra o mercado, sujeitando-o a um regime de preços distorcido (praticamente impositivo), no qual um ou mais agentes, isoladamente, impedem que aos preços se aplique a lei natural de oferta e procura, causando oscilações fictícias, prejudiciais aos consumidores e ao mercado em geral e, assim, à própria liberdade de iniciativa e concorrência, oscilações essas unicamente aproveitáveis aos seus motivos egoísticos e individualistas.”

⁷ “A constatação de que uma empresa detém uma posição dominante não é, por si só, uma recriminação, mas significa simplesmente que, independentemente das razões pelas quais detém uma tal posição dominante, a empresa em causa tem a responsabilidade especial de não prejudicar de forma genuína a concorrência não falseada no mercado comum” (UNIÃO EUROPEIA, 2003, p. 3511). No original, “A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.”

Por outro lado, a noção de responsabilidade especial, tem ganhado cada vez mais relevância na jurisprudência comunitária europeia. Ela vem sendo aplicada assiduamente e, inclusive, foi invocada no primeiro parágrafo que trata do abuso de posição dominante na recente decisão que condenou o *Google* a pagar a multa histórica de 2,42 bilhões de euros⁸. Isto sinaliza que a ideia de reponsabilidade especial dos agentes dominantes tem assumido, em certos contextos, cada vez mais um papel central no debate sobre a repressão ao abuso de posição dominante e, conseqüentemente, na política concorrencial europeia.

No Brasil, o direito concorrencial passou a ter maior expressão a partir da redemocratização e, portanto, doutrina e jurisprudência são menos robustas que aquelas verificadas em realidades como a europeia e a estadunidense. Isso reflete inclusive no posicionamento das autoridades concorrenciais brasileiras no que diz respeito à teoria do abuso de posição dominante. Não se sabe ao certo se as autoridades brasileiras, relativamente à teoria do abuso dominante, aproximam-se mais das orientações europeias ou norte-americanas. Inaugura-se, assim, uma instigante linha de pesquisa nesse campo.

Por conseguinte, o objetivo deste trabalho é realizar um estudo teórico-crítico da teoria da responsabilidade especial do agente econômico dominante, sua relação com os conceitos de abuso de posição dominante, para então avaliar a possível adequação da teoria da responsabilidade especial do agente econômico dominante ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e as conseqüências de sua possível adoção no país.

Para realização deste estudo acerca do tema, recorreu-se à doutrina e jurisprudência dos Estados Unidos e da União Europeia. A escolha, além de se basear na maturidade dessas jurisdições no âmbito concorrencial, teve por objetivo enriquecer o debate com conceitos oriundos destas respectivas tradições jusconcorrenciais, além de descrever como a

⁸ “As empresas dominantes têm a responsabilidade especial de não prejudicar, através de uma conduta que não se enquadre no âmbito da concorrência no mérito, uma verdadeira concorrência não falseada no mercado interno. Um sistema de concorrência não falseada só pode ser garantido se a igualdade de oportunidades for garantida entre os vários operadores económicos. O âmbito da responsabilidade especial da empresa em posição dominante deve ser considerado à luz das circunstâncias específicas do caso.” (UNIÃO EUROPEIA, 2017, parágrafo 331). No original, “Dominant undertakings have a special responsibility not to impair, by conduct falling outside the scope of competition on the merits, genuine undistorted competition in the internal market. A system of undistorted competition can be guaranteed only if equality of opportunity is secured as between the various economic operators. The scope of the special responsibility of the dominant undertaking has to be considered in light of the specific circumstances of the case.”

responsabilidade especial é encerrada por cada uma dessas perspectivas. Ademais, realizou-se análise da jurisprudência do CADE e da doutrina concorrencial brasileira, no intuito de identificar a compatibilidade do ordenamento jurídico pátrio com a teoria da responsabilidade especial.

Em relação à estrutura, o trabalho está dividido da seguinte forma:

No capítulo primeiro discute-se as raízes teóricas que fundamentam a teoria da responsabilidade especial, bem como a construção jurisprudencial que levou à construção desta teoria na União Europeia. Ainda, foi realizado um esforço na tentativa de delinear a noção de responsabilidade especial, que mesmo na jurisprudência comunitária europeia é matéria controvertida.

No capítulo segundo, o foco recaiu sobre as críticas realizadas à teoria da responsabilidade especial, tendo como principal norte o pensamento da denominada Escola de Chicago, que influenciou largamente o direito concorrencial estadunidense. A ideia aqui não foi esgotar as críticas lançadas à referida teoria, mas, conjuntamente com o capítulo segundo, fornecer um arcabouço conceitual que permita uma análise crítica acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade especial no Brasil e suas implicações práticas.

No capítulo terceiro, a partir dos conceitos discutidos nos tópicos anteriores, passou-se a endereçar a problemática da aplicabilidade da teoria da responsabilidade especial no Brasil. Em primeiro lugar, fez-se uma leitura do princípio da livre iniciativa, conforme previsto no art. 170, IV, da CRFB/88, para então adentrar na sistemática da Lei nº 12.529/2011, no que tange o abuso de posição dominante e suas manifestações. Assim, buscou-se estabelecer as balizas para compatibilização da referida teoria com o direito concorrencial brasileiro.

CAPÍTULO 1

TEORIA DA RESPONSABILIDADE ESPECIAL DO AGENTE ECONÔMICO DOMINANTE

1.1 Raízes teóricas: Ordoliberalismo

As raízes teóricas da responsabilidade especial do agente econômico dominante remetem ao pensamento ordoliberal, historicamente associado à Universidade de Freiburg, cujas premissas vieram a influenciar a construção do pensamento jusconcorrencial europeu. Como leciona Vatiero (2010), no fim do século XVIII, um grupo de intelectuais – proeminentemente, Carl Menger e Eugen Bohm-Bawerk – começou a explorar a ideia de utilização da lei como forma de proteger a concorrência. Tais ideias vieram a ser implementadas na Alemanha, aonde foi promulgada a primeira lei de defesa da concorrência, em 1923. Entretanto, o insucesso da República de Weimar e a ascensão do nazismo determinou o seu fim. Ainda assim, clandestinamente, na Universidade de Freiburg, juristas e economistas, denominados ordoliberais, continuaram a explorar a possibilidade de uma legislação concorrencial.

Mas o que significa ordoliberalismo? Como a própria etimologia sugere – *ordo*, do latim, ordem –, trata-se de uma corrente de pensamento político-econômico que defende um liberalismo balizado pela lei, portanto, ordenado. Os defensores dessa linha buscavam, sobretudo, uma “terceira via” entre o liberalismo puro⁹ e o socialismo¹⁰. Para eles, a economia de mercado só é apta a beneficiar a sociedade quando o Estado estabelece balizas institucionais capazes de mitigar o poder de mercado dos agentes econômicos. Noutras palavras, o pensamento ordoliberal parte da premissa que existe uma tendência de concentração de poder econômico quando o Estado é fraco, levando ao enfraquecimento dos indivíduos, cuja liberdade seria tolhida frente ao poder econômico.

⁹ “Nesse sistema econômico, os meios de produção e distribuição são de propriedade privada e com fins lucrativos. As decisões sobre oferta, demanda, preço, distribuição e investimentos não são tomadas pelo governo, mas concebidas pelo mercado, os lucros são distribuídos para os proprietários que investem em empresas e os salários são pagos aos trabalhadores pelas empresas.” (FIGUEIREDO, 2014, p. 42-43).

¹⁰ Segundo FIGUEIREDO (2014, p. 43), Socialismo “Refere-se, portanto, a um sistema de organização econômica baseado na propriedade pública ou coletiva e na administração dos meios de produção e distribuição de bens por parte de uma única autoridade central.”

Nesse sentido, o ordoliberalismo expandiu as lentes do liberalismo (VATIERO, 2010). Não seria suficiente proteger os indivíduos do poder estatal: o Estado não é a única ameaça à liberdade, poder econômico também pode mitigar as liberdades individuais. Assim, o ordoliberalismo adicionou uma nova dimensão legal e social à tradição liberal (GORMSEN, 2006). Os ordoliberais enxergavam a concorrência como um elemento central no progresso econômico, mas posicionavam-na numa perspectiva mais ampla, acreditando que, para-além da prosperidade econômica, a livre concorrência traria liberdade política. Por conseguinte, em contraste com a ênfase na eficiência dos mercados do liberalismo clássico, o ordoliberalismo acrescenta um tempero moral à discussão, deslocando parte do debate para o campo dos valores (VANBERG, 1998).

Contudo, os ordoliberais enfrentavam um dilema¹¹: se, por um lado, enfraquecer o poder econômico para empoderar os indivíduos é importante, por outro lado, um Estado forte pode levar ao totalitarismo e, assim, chega-se ao mesmo resultado indesejado de baixa liberdade individual. A solução encontrada está centrada na ideia de constituição econômica (VATIERO, 2010). Por meio de normas constitucionais, seriam estabelecidas as balizas para proteger quaisquer tipos de distorção concorrencial causada pelo poder dos agentes econômicos privados e, concomitantemente, o Estado teria sua capacidade intervencionista minimizada. Em outras palavras, a ideia de constituição econômica, nesse sentido, visa estabelecer uma estrutura para que a concorrência possa florescer, não regular os mercados ou permitir um Estado demasiadamente intervencionista.

Na prática, o programa ordoliberal defendia – baseado numa legislação de defesa da concorrência legitimada por normas constitucionais – que, aonde a concorrência é fraca o Estado deve exigir que os agentes econômicos atuem “como se” não tivessem poder coercitivo sobre outros agentes (FELICE; VATIERO, 2015). Conforme VATIERO (2010, p. 693):

Portanto, o programa ordoliberal sustenta a ideia de que, onde a concorrência é fraca ou inexistente, o Estado deve exigir que as empresas conduzam a si mesmas “como se” elas estivessem sem poder de coagir a conduta de outras empresas no mercado. O ordoliberal Leonhard Miksch foi o primeiro a adotar a ideia que concorrência “como se”. Miksch aduzia que qualquer medida de política econômica precisa de um ponto de referência normativo para revelar e restringir o poder de mercado privado. Ele

¹¹ “É o que Giuliano Amato chama de dilema liberal: o risco de muito poder público ou, ao contrário, muito poder privado.” (FELICE; VATIERO, 2015, p.4). No original, “It is what Giuliano Amato calls the liberal dilemma: the risk of too much public power or, contrariwise, too much private power.”

individualizou o prospecto de comparação entre mercados com e sem poder de mercado. A conduta deve ser considerada de um modo a emular concorrência aonde esta não funcionar.¹²

Com efeito, existiram dois tipos de concorrência, aquela em que os agentes econômicos disputam por melhores bens, serviços e preços – competição no mérito – e aquela em que os agentes visam apenas atacar concorrentes – colusão e abuso de posição dominante. O objetivo do Estado, por meio de uma política concorrencial, seria combater o segundo tipo de concorrência, inclusive, obrigando os agentes econômicos que detêm posição proeminente num determinado mercado a atuarem sempre “como se” estivessem em plena competição, impedindo que o poder de mercado se transforme em poder político e, por conseguinte, prejudique, não só o sistema de preços e o progresso econômico, mas também a liberdade individual e a democracia. Daí emerge a teoria da responsabilidade especial dos agentes econômicos dominantes, que será aprofundada paulatinamente pela jurisprudência comunitária europeia ao interpretar abuso de posição dominante (GORMSEN, 2006), como será descrito no próximo tópico.

Em suma, o pensamento ordoliberal pode ser sintetizado em quatro noções:

Em primeiro lugar, a política de concorrência é primariamente orientada para o objetivo da liberdade individual, com eficiência como subproduto, o que significa que a eficiência econômica é o resultado da liberdade que a lei da concorrência preserva. Em segundo lugar, o Estado mantém um forte papel na proteção dos parâmetros básicos do sistema de competição, mas com limites rígidos para uma intervenção mais direta. Em terceiro lugar, a política de concorrência é moldada pelo Estado de Direito e não por decisões políticas *ad hoc*. Em quarto lugar, a política de concorrência está inserida na ordem econômica de uma sociedade livre e aberta. O objetivo dessas regras não era a eficiência econômica como tal, mas a limitação e o controle do poder privado no interesse de uma ordem política e social livre e justa. (GORMSEN, 2006, p. 10-11).¹³

¹² No original, “Therefore, the ordoliberal programme states the idea that where competition is weak or non-existent, the state should require enterprises to conduct themselves as-if they were without the power to coerce the conduct of other firms in the market. The ordoliberal Leonhard Miksch was the first to adopt the idea of the as-if competition. Miksch states that any economic policy measure needs a normative reference point to uncover and restrict private market power. He individualised the prospect of a comparison between markets with and without market power. Conduct must be compared in a way such that competition is emulated where it does not work.”

¹³ No original, “First, competition policy is primarily orientated towards the goal of individual freedom with efficiency as its by-product, meaning that economic efficiency is the result of the freedom which competition law preserves. Second, the state retains a strong role in protecting the basic parameters of the system of competition but with strict limits on more direct intervention. Third, competition policy is shaped by the rule of law rather than by *ad hoc* political decision-making. Fourth, competition policy is embedded in the economic order of a free and open society. The aim of these rules was not economic efficiency as such, but rather limitation and control of private power in the interest of a free and fair political and social order.”

Nesse diapasão, tais ideias, ao fim da Segunda Guerra Mundial, influenciaram a elaboração uma minuta de lei de defesa da concorrência¹⁴. Esta minuta ficou conhecida como o Esboço de Justen. Dividido em seis partes, o Esboço de Justen tratava tanto do que a seara concorrencial hoje denomina controle de estruturas, controle de condutas – tanto unilaterais quanto colusivas – e procedimentos administrativos. Em especial, no que tange aos interesses do presente trabalho, o art. 17 do Esboço de Justen autoriza a autoridade antitruste a reprimir as “empresas dominantes” (*marktbeherrschendes Unternehmen*) de praticarem preços abusivos, termos e condições de contratação imoderados e realizarem vendas casadas; ademais, o art. 25 visa coibir tratamentos diferenciados dados pelas empresas dominantes que afetem a liberdade econômica de outros agentes, indo de encontro ao que seriam as condições normais de mercado.

Além de, naturalmente, ter influenciado a atual lei de defesa da concorrência alemã¹⁵ (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*), o Esboço de Justen inspirou os artigos acerca da concorrência no Tratado de Roma¹⁶ e, por conseguinte, as leis concorrências europeias contemporâneas. A título de exemplo, veja-se a atual redação do art. 102 do Tratado acerca do Funcionamento da União Europeia (TFUE), *in verbis*:

É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa parte substancial deste.

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

- a) Impor, de forma direta ou indireta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transação não equitativas;
- b) Limitar a produção, a distribuição ou o desenvolvimento técnico em prejuízo dos consumidores;
- c) Aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;
- d) Subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contraentes, de prestações suplementares que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais, não têm ligação com o objeto desses contratos.

¹⁴ *Josten draft*, 1949. *Bundestag - Drucksache I/3462*. Disponível em:

<<http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/01/034/0103462.pdf>>. Acesso em: 21/11/2018.

¹⁵ Act Against Restraints of Competition (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*).

¹⁶ Originalmente, arts. 85 e 86, atualmente, no TFUE, art. 101 e 102. Este Tratado instituiu a Comunidade Económica Europeia (CEE), em 1957, que reuniu seis países (Alemanha, Bélgica, França, Itália, Luxemburgo e Países Baixos) tendo por objetivo trabalhar no sentido da integração e do crescimento económico através das trocas comerciais.

Em síntese, para utilizar a terminologia de Forgioni (2016), a disciplina da concorrência, no contexto da União Europeia, possui *dupla instrumentalidade*: por um lado, organiza e conforma a economia de mercado, por meio de normas e instituições, e, por outro lado, converte-se em instrumento do Estado para influir na economia para atender objetivos de política social. Assim, viu-se na concorrência um meio para concretizar políticas públicas de forma institucionalizada. “Intensifica-se o caráter instrumental da concorrência, que passa a ser tomada como um princípio cardeal a orientar o processo de interpretação/aplicação das normas antitruste” (FORGIONI, 2016, p. 83).

1.2. Construção jurisprudencial da teoria da responsabilidade especial.

Conforme adiantado supra, o pensamento ordoliberal influenciou diretamente a jurisprudência comunitária europeia sendo seus traços perceptíveis em diversos casos paradigmáticos envolvendo condutas unilaterais anticoncorrenciais. Em 1979, o caso *Hoffmann-La Roche* já trazia a noção de que haveria uma distinção entre comportamentos competitivos normais e anormais praticados por um agente dominante, sendo considerado normal aquele comportamento que mantém o grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência e anormal o que cria barreiras à entrada ou à expansão.¹⁷

No mesmo sentido, no caso *United Brands* (1978), asseverou-se que, conquanto a existência de uma posição dominante não prive a empresa de atuar na preservação de seus interesses comerciais, tal comportamento deverá ser “proporcional”, tendo em conta o poder econômico respectivo das empresas atingidas¹⁸. Assim, foi decidido que a sanção de recusa de abastecimento aplicada por uma empresa em posição dominante (no caso a *United Brands Continental BV*) excedeu o razoável, resultando numa séria interferência na independência de pequenas e médias empresas com que tinham relações.

O caso *Akzo* (1991) também lança luzes sobre o tema ao concluir que a legislação comunitária europeia proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição recorrendo a outros meios que não os que resultam de uma

¹⁷ Processo AT.39740 - Google Search (Shopping), parágrafo 91.

¹⁸ Processo 27/76, *United Brands c. Comissão*, Colect. 1978, parágrafos 189 e 190.

“concorrência no mérito”¹⁹. Conforme sublinhado anteriormente, “concorrência no mérito” é aquela em que os agentes econômicos disputam por melhores bens, serviços e preços, diferenciando-se daquela concorrência *anormal* em que os agentes visam apenas atacar concorrentes.

No entanto, o surgimento da expressão “responsabilidade especial” é relativamente mais recente, remontando, por exemplo, ao caso *Michelin* (2003):

O fato de uma empresa deter uma posição dominante não deve ser recriminada em si mesma, mas simplesmente significa que, independentemente dos motivos pelos quais adquiriu tal posição dominante, *a empresa em questão tem uma responsabilidade especial de não permitir que sua conduta prejudique a concorrência genuína e não falseada no mercado comum*²⁰. (grifei)

Nesse diapasão, fica estabelecido que os agentes econômicos dominantes teriam uma responsabilidade especial de não arrefecer, por uma conduta que foge ao âmbito da “concorrência no mérito”, a concorrência genuína e não falseada no mercado.

É preciso ressaltar que a ideia de responsabilidade especial ganha ainda mais relevo na jurisprudência comunitária quando há situações de superdominância ou quase-monopólio. Como afirmado no caso *Deutsche Post AG* (2001), o escopo da responsabilidade especial deve ser considerado em relação ao grau de dominância detido por tal agente e às características especiais do mercado cujos efeitos concorrenciais serão sentidos²¹. Nessa linha, o *Discussion paper on the application of Article 82* da Comissão Europeia também sublinha que o grau de dominância é um importante fator para verificar a presença de efeitos exclusionários, aduzindo que quanto maior o poder de mercado, maiores as chances de surgirem condutas com resultados anticoncorrenciais (Comissão das Comunidades Europeias, 2005).

¹⁹ “Por aqui se conclui que o artigo 86° do Tratado proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição, recorrendo a outros meios que não os que resultam de uma concorrência de méritos. Nesta perspectiva, nenhuma concorrência de preços pode, portanto, ser considerada lícita.” (Processo C-62/86, AKZO Chemie BVc. Comissão das Comunidades Europeias., parágrafo 70).

²⁰ No original, “A finding that an undertaking has a dominant position is not in itself a recrimination but simply means that, irrespective of the reasons for which it has such a dominant position, the undertaking concerned has a special responsibility not to allow its conduct to impair genuine undistorted competition on the common market.” Cf. UNIÃO EUROPÉIA. Processo T-203/01, Michelin c. Comissão, Colect. P. II 4071, parágrafo 57, p. 3511).

²¹ “The actual scope of the dominant firms special responsibility must be considered in relation to the degree of dominance held by that firm and to the special characteristics of the market which may affect the competitive situation.” (IV/ 36.915 - Deutsche Post AG - Intercepção de correio transfronteiriço, parágrafo 103).

Com efeito, no caso *Van Der Bergh Foods* (2003) – que tratava de oferta de fornecimento de *freezers* para varejistas, condicionados ao seu uso exclusivo para os sorvetes deste agente superdominante –, a responsabilidade especial, conforme ficou decidido, previne que os agentes dominantes de alguma forma limitem ou encerrem a concorrência residual²². Outrossim, no caso *Microsoft* (2007), de acordo com a Comissão, a referida sociedade empresária não teria apenas responsabilidade especial, mas devido à sua condição de quase-monopolista, teria uma responsabilidade ainda maior de não dificultar a concorrência, a qual não foi suficientemente levada em consideração²³.

Recentemente, no caso *Google* (2017), a Comissão Europeia continua a invocar a noção de responsabilidade especial de não prejudicar a concorrência genuína e não distorcida através de condutas que fogem ao escopo da competição no mérito:

Resulta da natureza das obrigações impostas pelo artigo 105 do Tratado e artigo 54 do Acordo da AEE que, em circunstâncias especiais, uma empresa numa posição dominante deve abster-se de adotar uma linha de conduta que seria inadequada se tomada por uma empresa não-dominante.²⁴

Desse modo, a conduta do agente dominante não deve dificultar a entrada ou interferir na estrutura competitiva do mercado. Segundo o argumento da Comissão, os consumidores devem ter a oportunidade de se beneficiarem de qualquer grau de competição possível no mercado, bem como os concorrentes devem ser capazes de competir no mérito pelo mercado inteiro e não apenas em parte dele.

Como é possível notar, a jurisprudência comunitária europeia foi paulatinamente incorporando o pensamento ordoliberal em suas decisões, influenciando a interpretação e aplicação das regras que proíbem o exercício abusivo de posição dominante. Assim, passaram a ser reprimidas condutas não apenas por seus efeitos deletérios à concorrência, em termos de eficiência, mas passou-se a levar em consideração outros valores.

²² Processo T-65/98.

²³ Processo COMP/C-3/37.792, *Microsoft Inc v. European Commission*, 2007, parágrafo 775.

²⁴ Processo AT.39740 - *Google Search (Shopping)*, parágrafo 337.

1.3. Delineando o conceito de responsabilidade especial.

Num primeiro momento, depreende-se da análise dos precedentes acima que a expressão “responsabilidade especial” não parece sinalizar critério ou parâmetro algum para determinar se uma conduta é abusiva ou não ou o que seria “concorrência no mérito”. Conforme a provocação de Whish e Bailey (2012, p. 192), por “responsabilidade especial” estaria se afirmando tão-somente o óbvio:

É claro que não é, em si, uma ofensa ter uma empresa uma posição dominante; o que é ofensivo é abusar da posição de domínio. No entanto, o Tribunal de Justiça no acórdão *Michelin v. Comission* declarou que uma empresa em posição dominante tem uma ‘responsabilidade especial de não permitir que o seu comportamento prejudique a concorrência não falseada’ no mercado interno. Esta afirmação é repetida rotineiramente nos acórdãos dos tribunais da UE e nas decisões da Comissão sobre o artigo 102. Em certo sentido, é uma afirmação do óbvio: é claro que o artigo 102 impõe obrigações às empresas dominantes que as empresas não dominantes não assumem²⁵.

Por esse ângulo, a recorrente referência à responsabilidade especial dos agentes dominantes parece vazia, entretanto, este conceito não deve ser descartado de imediato. Infere-se pela maneira com que ele é utilizado pela jurisprudência europeia ao menos duas aplicações. Em primeiro lugar, a noção responsabilidade especial do agente dominante funciona como ferramenta hermenêutica na interpretação do art. 102 do TFUE. Isso porque este conceito tem natureza principiológica²⁶, no sentido de que, diante das circunstâncias fáticas, a caracterização ou não de um abuso de posição dominante dependerá, para-além da avaliação dos efeitos concorrenciais líquidos, de uma ponderação valorativa entre eficiência econômica, interesse público e bem-estar dos consumidores; princípios que deverão ser realizados na maior medida possível.

²⁵ No original, “It is clear that it is not an offence in itself for a firm to have a dominant position; what is offensive is to abuse the position of dominance. However the Court of Justice in *Michelin v Commission* stated that a firm in a dominant position has a ‘special responsibility not to allow its conduct to impair undistorted competition’ on the internal market. This statement is routinely repeated in the judgments of the EU Courts and the decisions of the Commission on Article 102. In a sense it is a statement of the obvious: it is clear that Article 102 imposes obligations on dominant firms that non- dominant firms do not bear.”

²⁶ “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes”. (ALEXY, 2015, p. 90).

Nesse sentido, a imposição de uma responsabilidade especial diferencia-se metodologicamente da abordagem da regra da razão, isto é, do mero sopesamento entre os efeitos pró e anticompetitivos das condutas. Isso não significa que a responsabilidade exclui a regra da razão, mas pondera-a com outros princípios, a depender das circunstâncias do caso concreto. Assim, conforme ALEXY (2015, p. 93):

Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com outro, permitido -, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deve ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. Sob outras condições a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta.

Além disso, a noção de responsabilidade especial é bastante consistente com as opções institucionais de política concorrencial europeia. Assim como, a partir da Regulação da Comissão Europeia n. 1/2003 buscou-se transferir a responsabilidade pelo cumprimento do art. 101 do TFUE, que proíbe os acordos entre empresas que tenham efeitos anticoncorrenciais, da autoridade antitruste para os próprios agentes econômicos – através da dispensa da obrigatoriedade de notificação de determinadas naturezas de contratos, conjuntamente com a possibilidade de o agente envolvido tomar a iniciativa para desfazer práticas competitivas (acordo de leniência) e com as ações privadas ameaçando qualquer prática desta natureza –, a referência à responsabilidade especial indica que se espera dos agentes dominantes uma contribuição para com o cumprimento do art. 102 do TFUE. Essa contribuição se traduziria num dever de autoavaliação da legitimidade de sua própria conduta. Nesse contexto, parte do ônus decorrente do exame do art. 102 do TFUE passaria da autoridade para os agentes, uma vez que estes possuem informações relevantes acerca de sua própria posição e acerca do próprio mercado no qual estão inseridos, sendo mais aptos a dar o correto cumprimento à legislação concorrencial.

No mesmo sentido, Larouche e Schinkel (2013, p. 14):

A este respeito, a responsabilidade especial das empresas dominantes, nos termos do artigo 102 do TFUE, pode ser mais significativa quando explicada em termos institucionais. De fato, na substância, a responsabilidade especial geralmente não acrescenta muito à análise. Normalmente, se a conduta da empresa dominante é abusiva ou não, não depende da responsabilidade especial da empresa. Embora a Comissão e o Tribunal de Justiça quase nunca deixem de mencioná-lo, a responsabilidade especial poderia normalmente ser removida do raciocínio sem perda de coerência. Quando vistos como um sinal para as empresas dominantes que se

espera que contribuam ativamente para a fiscalização, avaliando sua conduta, é sensato mencionar responsabilidade especial repetidamente e, novamente, enfatizar que as empresas dominantes devem internalizar a análise substantiva apresentada pela autoridade da concorrência.²⁷

Destarte, conquanto não se descarte aqui o papel principiológico da teoria das responsabilidades especiais na exegese do “abuso” de posição dominante, nos parece que a mesma ganha maior relevo quando inserida no contexto institucional da concorrência, informando que agentes dominantes carregam consigo uma responsabilidade especial de autoavaliação com todos os riscos que envolvem este escrutínio.

²⁷ No original, “In this respect, the special responsibility of dominant firms under Article 102 TFEU might find the most meaning when it is explained in institutional terms. Indeed, on substance, the special responsibility does not usually add much to the analysis. Typically, whether the conduct of the dominant firm is abusive or not, does not depend on the special responsibility of the firm. Even though the Commission and the Court almost never fail to mention it, the special responsibility could usually be removed from the reasoning without loss of cogency. When seen as a signal to dominant firms that they are expected to contribute actively to enforcement by self-assessing their conduct, however, it is sensible to mention that special responsibility time and again, to emphasize that dominant firms are expected to internalize the substantive analysis set out by the competition authority.”

CAPÍTULO 2

CONTRAPONTO À RESPONSABILIDADE ESPECIAL

A ideia de uma responsabilidade especial dos agentes dominantes, em geral, sofre duas ordens de críticas. Em primeiro lugar, em relação à correta aplicação deste ditame pelas autoridades antitrustes. A problemática definição dos deveres decorrentes desta responsabilidade especial, somada com uma desconfiança exagerada em relação aos agentes dominantes, poderia levar, em determinadas circunstâncias, à punição de condutas pró-competitivas ou, ainda, ao dever de cooperação com algum concorrente. Outra ordem de críticas está relacionada aos desafios derivados da transferência de parte do ônus das autoridades antitrustes para os particulares, no tocante à análise de compatibilidade das condutas ao art. 102 do TFUE.

De todo modo, antes de analisar estas críticas, será feita uma breve incursão acerca do pensamento desenvolvido pela chamada Escola de Chicago. Tal digressão tem o único objetivo de apontar os fundamentos legais e econômicos por trás das críticas formuladas à teoria da responsabilidade especial. Naturalmente, não há pretensão de dissertar sobre todos os aspectos desta escola, o que fugiria ao escopo do presente trabalho.

Conjuntamente com esta digressão, foi analisada de maneira sucinta como as ideias desenvolvidas pela Escola de Chicago dialogam com a jurisprudência estadunidense no tocante à aplicação do *Sherman Act*, especialmente, no que se refere à repressão ao abuso de posição dominante.

2.1. Escola de Chicago e a aplicação do Sherman Act

As bases da denominada “Escola de Chicago” são atribuídas ao trabalho de Aaron Director, aprofundadas e sistematizadas por seus alunos e colegas, como Bowman, Bork, McGee e Telser (POSNER, 1979). De acordo com Posner (1979), as conclusões desta escola são resultado do olhar sobre a política antitruste através das lentes da teoria dos preços²⁸. Cada

²⁸ Ainda, sustenta Bork que o “antitruste é necessariamente uma ciência social híbrida, um cruzamento entre direito e economia que produz um modelo de reflexão diferente daquele de cada uma das disciplinas sozinhas”. (BORK, 1978, p. 8).

uma das ideias desta corrente de pensamento parte da premissa de que os agentes econômicos atuam racionalmente visando maximizar seu lucro. Nesse sentido, tais agentes precisariam competir por melhores preços e maior qualidade na prestação de serviços e no fornecimento de produtos (eficiência), consequentemente maximizando o bem-estar social. Assim, “[a] mais pura expressão da escola de Chicago era fundada na criação do bem-estar social, o que, aos olhos de Bork, implicava no conceito de eficiência econômica, único fim almejado da defesa da concorrência”. (DRAGO, 2012, p. 2).

Outrossim, como afirma HOVENKAMP (1985, p. 226):

A política antitruste da Escola de Chicago ortodoxa é baseada em dois pressupostos acerca dos objetivos das leis antitruste federais: (1) a melhor ferramenta política disponível atualmente para maximizar a eficiência econômica no mundo real é o modelo neoclássico da teoria de preços; e (2) a busca pela eficiência econômica deve ser o objetivo exclusivo da aplicação da política antitruste.²⁹

Deste modo, ao associar diretamente a eficiência ao bem-estar do consumidor, a Escola de Chicago opõe os demais objetivos do direito antitruste à eficiência, em termos neoclássicos. Nesse sentido,

(...) a existência e a utilização de outros objetivos além do bem-estar do consumidor (...) na aplicação das normas concorrenciais são criadoras de uma situação paradoxal, já que, por vezes, bem-estar do consumidor e defesa da concorrência indicam soluções opostas. O exemplo clássico do choque entre os dois interesses são as concentrações econômicas. Nelas, a proteção exclusiva da competição pode levar a soluções opostas. Assim, a proteção exclusiva da competição pode levar a concluir pela ilicitude de uma concentração econômica que, contando com ganhos de produtividade e eficiência, poderia ser benéfica para os consumidores. O inverso é igualmente verdadeiro, isto é, a preocupação exclusiva com o interesse dos consumidores pode levar a aprovar concentrações que levem a forte dominação de certos agentes econômicos sobre o mercado, o que pode ser bastante prejudicial aos concorrentes. Esse aparente paradoxo demonstra, segundo os teóricos de Chicago, que ambos (bem-estar do consumidor e defesa da concorrência) não podem conviver. (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 41)

Na construção de Bork (1978, p. 7):

Porque as premissas básicas do antitruste são incompatíveis, e porque algumas delas são incorretas, a lei tem produzido resultados cada vez mais bizarros. Algumas de suas

²⁹ No original, “Orthodox Chicago School antitrust policy is predicated on two assumptions about the goals of the federal antitrust laws: (1) the best policy tool available for maximizing economic efficiency in the real world is the neoclassical price theory model; and (2) the pursuit of economic efficiency should be the exclusive goal of antitrust enforcement policy.”

doutrinas preservam a concorrência, enquanto outras a suprimem, resultando numa política em guerra contra si mesma³⁰.

A partir destas noções, a Escola de Chicago marca o direito concorrencial de forma indelével com a análise econômica³¹, instrumento de um objetivo maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficiaria os consumidores (FORGIONI, 2016). Destarte, “[a] Escola de Chicago percebe o antitruste em ambiente asséptico, livre de conflitos de princípios ou de interesses presentes na aplicação de cada caso concreto” (FORGIONI, 2016, p. 178). Em outras palavras, o discurso é baseado num tecnicismo, de modo que as decisões tomadas seriam racionais e neutras, não políticas ou ideológicas.

Na assertiva de FORGIONI (2016, p. 179):

O modelo chicaguiano de pensamento é, acima de tudo, positivista e procura distanciar do direito aquilo que poderia desestabilizá-lo. Para a Escola de Chicago, a certeza e a segurança jurídica demandam o afastamento dos elementos que não levam à eficiência alocativa e que comprometem o grau de previsibilidade do sistema. Posner afirma que essa análise econômica do direito é de certa forma, o regaste da doutrina de Kelsen, para quem o problema de ‘indeterminação’ do direito coloca-se sempre como um defeito por conta de uma linguagem que não é suficientemente clara, deixando espaços para vários significados. Posner entende que, sendo impossível determinar a solução ‘mais justa’ em cada caso concreto, é social e democraticamente preferível que a alocação de recursos entre indivíduos seja realizada pelo mercado, e não pelo direito, ou seja, venha determinada pelo resultado da somatória das vontades individuais. Assim, a tomada de decisões na sociedade deve ser feita de acordo com o critério econômico da eficiência alocativa, que reverterá sempre em prol do bem-estar do consumidor.

Em síntese, como o único valor social a ser considerado seria a eficiência, os problemas jurídicos e sociais devem ser traduzidos e ponderados apenas em seu viés econômico. Assim, o fundamento do direito seria a economia, reduzindo-se a complexidade do fenômeno jurídico (FORGIONI, 2016).

Uma das implicações jurídicas mais importantes desta corrente de pensamento está na interpretação do *Sherman Act*³². Se aplicada a literalidade do texto normativo, seriam

³⁰ No original, “Because antitrust’s basic premises are mutually incompatible, and because some of them are incorrect, the law has been producing increasingly bizarre results. Certain of its doctrines preserve competition, while other suppress it, resulting in a policy at war with itself”. (BORK, Robert H., 1978, p. 7).

³¹ Para aprofundamento acerca do que se convencionou chamar Análise Econômica do Direito, cf. RIBEIRO; GALESKI JUNIOR, 2015. Ainda, para uma visão crítica sobre o tema, cf. FORGIONI, Paula A. 2005, pp. 242-256.

³² “Toda pessoa que monopolizar, ou tentar monopolizar, ou combinar ou conspirar com qualquer outra pessoa ou pessoas, para monopolizar qualquer parte do comércio ou comércio entre os diversos Estados, ou com

condenadas inúmeras práticas, mesmo que os prejuízos suportados pelo mercado, ou pela concorrência, fossem em muito suplantados pelas vantagens a serem auferidas pela economia ou pelos consumidores (FORGIONI, 2016). De fato, no início, o *Sherman Act* chegou a ser aplicado literalmente, desvinculado da realidade política, a exemplo do caso *United States v. Trans-Missouri Freight Association*³³⁻³⁴. Entretanto, tal posição foi sendo atenuada nos casos *United States v. Joint-Traffic Association*³⁵ e *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*³⁶ consolidando a chamada *regra da razão*. De acordo com FORGIONI (2016, p. 206):

Pela regra da razão, somente são consideradas ilegais as práticas que restringem a concorrência de forma não razoável (que se subsumiriam, por via de consequência, à regra da proibição *per se*). A *contratio sensu*, são permitidas as práticas que não impliquem obstáculo desarrazoado ao livre comércio.

Ainda acerca da regra da razão, sustenta DRAGO (2015, p. 187):

A regra da razão requer uma avaliação da natureza, propósito e efeitos das condutas. Sempre quando houver uma rápida avaliação que sugira a ausência de um prejuízo à concorrência no contexto da conduta ou que os benefícios resultantes possam de alguma forma superar eventuais efeitos anticoncorrenciais, a regra da razão deveria ser aplicada. Assim, sob a aplicação da regra da razão deve-se promover efetivo balanceamento dos efeitos pró e anticompetitivos resultantes de uma determinada prática, isto é, dos efeitos deletérios e das eficiências resultantes da prática para o ambiente concorrencial e para o consumidor. Ainda, deve-se perguntar se os benefícios decorrentes da conduta poderiam ser alcançados por outras formas menos danosas à livre concorrência, casos em que deveria a prática ser reprovada.

Como é possível notar, o surgimento da regra da razão é anterior ao desenvolvimento e amadurecimento das ideias chicogoanas. Contudo, é esta regra que permite aos argumentos de

nações estrangeiras, será considerada culpada de um crime, e , por sua condenação, será punido com multa não superior a \$ 100.000.000 se uma corporação, ou, se qualquer outra pessoa, \$ 1.000.000, ou por prisão não superior a 10 anos, ou por ambas as punições, a critério do tribunal”. No original, “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

³³ *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290 (1897).

³⁴ Conforme descreve FORGIONI (2016, p. 204): “Julgava-se a licitude do acordo celebrado entre várias companhias do mercado de estradas de ferro. O cartel era justificado como necessário e útil à proteção das empresas envolvidas, garantindo-lhes preço razoável para o serviço que prestavam. Na ocasião, o Juiz Peckham declarou que nenhuma prática, salvo exceções que taxativamente elencava, poderia ser considerada lícita por implicar restrição ‘razoável’ da concorrência. Para Peckham, naquele momento, não existia qualquer base jurídica para a aplicação da regra da razão, uma vez que o *Sherman Act* era claro e proibia qualquer restrição da concorrência, fosse ou não razoável.”

³⁵ *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505 (1898).

³⁶ *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911).

ordem econômica, associados à noção de eficiência, o ingresso no debate jurídico acerca da aplicação das normas de defesa da concorrência. Em outras palavras, os argumentos da Escola de Chicago acabam fornecendo a munição necessária para equacionar os efeitos pró e anticompetitivos, traduzindo a discussão para a linguagem econômica.

Vale sublinhar ainda que a regra da razão se contrapõe à intitulada regra *per se*. Conforme DRAGO (2015, p. 187):

A regra *per se* tem sido aplicada a certos casos em que se verificou, após sucessiva aplicação da regra da razão, que invariavelmente chegavam a resultados incontrovertidos, reconhecendo os efeitos lesivos à livre concorrência resultantes de sua prática. Nestes casos, passou-se a dispensar a prova de efeitos deletérios à livre concorrência visto que tais efeitos passaram a ser presumidos sob a regra *per se*. Condutas geralmente consideradas sob a regra *per se* incluem fixação de preços horizontais, divisão de territórios ou clientes, acordos entre concorrentes para redução de produção, boicotes, entre outros.³⁷

Ainda, esclarece e alerta FORGIONI (2016, pp. 207-208):

A regra da razão não se identifica com a abordagem caso a caso das práticas analisadas, como muitas vezes se tem dado a entender. O chamado *case by case approach* é outra das válvulas de escape de que pode lançar mão o intérprete na aplicação de uma norma antitruste, e significa, em linhas gerais, que cada caso deve ser analisado individualmente, considerando-se suas particularidades, o contexto econômico no qual se insere e os efeitos anticompetitivos que produz no(s) mercado(s) relevante(s) atingido(s). A regra da razão, por sua vez, é o método de interpretação que impõe a ilicitude, apenas, das práticas que restringem a concorrência de forma ‘não razoável’. Percebe-se, portanto, que a aplicação da regra da razão pode dar ensejo a uma análise caso a caso, mas com ela não se confunde.

Com efeito, como resultado da prevalência das concepções formuladas pela Escola de Chicago, alinhadas à aplicação do *Sherman Act* a partir da regra da razão, a jurisprudência estadunidense tende a ser mais permissiva. Isto é, o antitruste tem aplicação rareada: quase todas as práticas são toleradas, pouca ou nenhuma é a contestação aos atos de concentração (FORGIONI, 2016). De acordo com FIDELIS (2015, p. 70):

Entre as autoridades antitruste norte-americanas, especialmente no que se refere às indústrias de alta tecnologia, constituiu-se um senso generalizado de rápida inovação,

³⁷ Ainda, acerca da diferenciação entre a regra *per se* e a regra da razão, por um ângulo processual: “A regra *per se* determina que, uma vez configuradas certas práticas, o ato poderá ser considerado ilegal sem a necessidade de aprofundamento da investigação. A diferença entre a regra *per se* e a regra da razão reside na quantidade de informações necessárias antes da tomada de uma decisão. Desse modo, a análise de uma conduta típica *per se* poderá ser interrompida em um estágio de investigação anterior ao da regra da razão.” (HOVENKAMP, 1999 apud GABAN; DOMINGUES, 2016. p. 96).

uma forte crença na tendência de autocorreção dos mercados e uma grande preocupação com o efeito inibidor do ‘excesso regulatório’ (*overdeterrence*). Consequentemente, conquanto a conduta dita exclusionária apresente uma justificativa comercial legítima, as autoridades norte-americanas tendem a apostar na eventual entrada de novos concorrentes como suficiente para constringer eventual poder de monopólio.

2.2. Críticas direcionadas à aplicação da responsabilidade especial como princípio

Conforme descrito acima, a teoria de responsabilidade especial é também utilizada como ferramenta hermenêutica para interpretação e aplicação das normas de defesa da concorrência ligadas à repressão de abuso de posição dominante. Assim, as autoridades antitrustes devem ponderar, na análise do caso concreto, não apenas os efeitos pró ou anticompetitivos, em termos chicogoanos, mas também considerar outros direitos fundamentais, como proteção de dados pessoais, defesa de pequenas empresas, direito de propriedade intelectual.

Ora, é justamente este tipo de mistura – entre abordagens econômicas e morais – que a Escola de Chicago critica veementemente. Sob a ótica desta tendência, a responsabilidade especial é carregada de certo ranço moralista e publicista. Nesse sentido, a ideia de criar ônus ou deveres para um agente dominante, pelo simples fato de este ser o mais eficiente, distancia-se de uma abordagem baseada nos efeitos das condutas – isto é, uma abordagem mais econômica –, podendo ser deletéria para a concorrência e, conseqüentemente, para a maximização da eficiência e do bem-estar dos consumidores.

Nesse diapasão, destacam Whish e Bailey (2012, p. 175):

Uma reclamação frequente contra a Comissão é que ela tende, ao aplicar o artigo 102 em casos como *Microsoft* e *Intel*, a se preocupar não com a manutenção do processo competitivo, mas, ao contrário, com a proteção de competidores, questão absolutamente diferente. Colocando de outra forma, em qualquer concorrência, seja econômica, desportiva ou de outra natureza, o mais eficiente ou a pessoa mais apta vencerá: isso é parte inevitável do processo competitivo. Isso sugere que, se uma empresa acaba como monopolista simplesmente por virtude própria de sua eficiência superior, ela deve ser aplaudida, ou pelo menos não ser condenada. Uma crítica mais específica da Comissão (e dos Tribunais da União Europeia) é que eles adotam uma abordagem formalista (em oposição a uma econômica) na aplicação do artigo 102 e que conseqüentemente foram condenadas atividades negociais de empresas dominantes que não tiveram, ou não poderiam ter causado qualquer efeito deletério ao bem-estar dos consumidores; e que, de fato, poderiam ter efeitos pró-competitivos.³⁸

³⁸ No original, “frequent complaint against the Commission has been that it tends, when applying Article 102 in cases such as *Microsoft* and *Intel*, not to concern itself with the maintenance of the competitive process but,

Ciente dessas preocupações, em 2004 a Comissão Europeia lançou uma crítica acerca da aplicação do art. 105 do TFUE aplicado à abuso de posição dominante, levando à publicação, em dezembro de 2005, do *Discussion Paper on the application of Article [102] of the Treaty to exclusionary abuses*. Apesar de não ser um guia oficial sobre a aplicação do art. 102 do TFUE, é um documento que resultou de um fervoroso debate que visava uma reorientação da interpretação dada ao referido artigo. Ao comentar sobre este *Discussion Paper*, Whish e Bailey (2012, p. 175) afirmam:

(...) há um justo grau de consenso de que o artigo 102 não deve ser aplicado simplesmente para proteger concorrentes enquanto tais; que uma empresa dominante que está apta a derrotar os seus rivais como resultado de sua melhor eficiência não deve ser condenada por prática abusiva; que a [teoria] econômica do abuso é suficientemente complexa e que não é uma área na qual regras formalísticas, ou ‘*per se*’, sejam apropriadas; e que (colocando de outra forma) comportamentos devem ser condenados como abusos exclusionários nos termos do artigo 102 somente quando puder ser demonstrado que a conduta em questão teve, ou era susceptível de ter um sério efeito anticoncorrencial no mercado³⁹.

Destarte, a imposição de uma responsabilidade especial parece ambígua em relação ao *Discussion Paper*, que defende uma abordagem econômica na aplicação do art. 105 do TFUE, ao invés de elencar categorias formalísticas de condutas e presumir os efeitos exclusionários (MCMAHON, 2007).

Em suma, mais uma vez pegando emprestada a construção de Bork: trazer para o direito concorrencial uma noção abstrata, como é a responsabilidade especial, pode acabar produzindo resultados práticos bizarros, fazendo com que a política de defesa da concorrência fique em constante guerra contra si mesma.

instead, with the protection of competitors, a quite different matter. To put the point another way, in any competition, whether economic, sporting or of some other kind, the most efficient or the fittest person will win: this is an inevitable part of the competitive process. This would suggest that, if a firm ends up as a monopolist simply by virtue of its superior efficiency, this should be applauded, or at the very least not be condemned. A more specific criticism of the Commission (and of the EU Courts) has been that they adopt a formalistic (as opposed to an economics-based) approach to the application of Article 102 and that as a consequence business practices of dominant firms have been condemned that did not have, or could not have, any harmful effect on consumer welfare; and which, indeed, may have been pro-competitive.”

³⁹ No original, “(...) there was a fair degree of consensus that Article 102 ought not to be applied simply to protect competitors as such; that a dominant firm that is able to defeat its rivals as a result of its greater efficiency ought not to be condemned as acting abusively; that the economics of abuse are sufficiently complex that this is not an area in which formalistic, or ‘*per se*’, rules are appropriate; and that (to put the point another way) behaviour should be condemned as abusively exclusionary under Article 102 only where it could be demonstrated that the conduct in question has had, or was likely to have, a seriously anti-competitive effect on the market.”

2.3. Riscos relacionados ao dever de autoavaliação dos agentes econômicos dominantes

Como afirmou-se, a noção de responsabilidade especial ganha maior sentido quando inserida num contexto institucional de política concorrencial. Dado que os agentes dominantes possuem, naturalmente, maiores informações sobre sua própria posição e mercado aonde se inserem, em tese, seriam capazes de verificar com mais assertividade se suas condutas são compatíveis com o art. 102 do TFUE. Desta maneira, tal qual ampliou-se o papel dos particulares na detecção das infrações ao art. 101 do TFUE, pretende-se transferir da autoridade concorrencial para os agentes dominantes, em certa medida, o ônus da análise de compatibilidade das condutas ao art. 102 do TFUE. No entanto, a transferência desse ônus é repleta de riscos (LAROUCHE; SCHINKEL, 2013).

Em primeiro lugar, existe um risco envolvendo a deficiência de informação do agente dominante em relação aos demais concorrentes. É evidente que o agente dominante está em melhor posição do que qualquer outro ente em relação ao conhecimento de si mesmo e de suas condutas. Todavia, pode ser que ele não possua o mesmo nível de informação acerca de seus concorrentes do que a autoridade concorrencial possui ou pode adquirir por meio de investigação. Segundo Larouche & Schinkel (2013), este risco pode ser aliviado na medida em que o agente dominante não necessitaria impreterivelmente de informações tão profundas acerca de seus concorrentes, pois seria capaz de avaliar sua conduta com base em testes como o *As-Efficient-Competitor*⁴⁰ e outros semelhantes.

Outro risco relacionado à deficiência de informação do agente dominante é possibilidade deste mal interpretar os ditames do art. 102 do TFUE. Assim, como não é incomum que existam dificuldades interpretativas diante das circunstâncias fáticas de determinada conduta, os agentes dominantes podem continuar violando o referido dispositivo, mesmo sem haver intenção. O que mais preocupa, contudo, é o cenário oposto, no qual um agente se abstém de praticar uma conduta permitida e pró-competitiva por julgar que estaria violando o art. 102 do TFUE (LAROUCHE; SCHINKEL, 2013). Essa possibilidade de o agente se reprimir diante do receio de violar a legislação concorrencial e vir a pagar uma multa vultuosa, ao invés de competir

⁴⁰ Para uma introdução ao teste *As-Efficient-Competitor*, ver: EUROPEAN ECONOMIC & MARKETING CONSULTANTS, 2017.

vigorosamente, cria um efeito que vai na contramão aos objetivos da legislação concorrencial, como apontado pela Escola de Chicago.

Esse risco pode ser abrandado por mecanismos de *soft law*, por exemplo, elaboração de guias, divulgação de notícias sobre decisões, resoluções etc. (DRAGO, 2015). Todavia, ainda sim seria bastante complicado para os agentes dominantes cumprir com o dever de autoavaliação, dado que nem sempre um novo guia ou uma nova resolução trazem maior segurança jurídica.

Em síntese, a transferência de responsabilidade decorrente da teoria da responsabilidade especial possui três riscos: (i) o agente dominante pode não ter incentivos suficiente para assumir esse dever; (ii) o agente dominante pode não ter informações suficientes acerca de seus concorrentes, comparativamente à possibilidade de informação que pode ser obtida pela autoridade antitruste por meio de seu poder investigativo; e (iii) o agente dominante pode ter grandes dificuldades na interpretação do art. 102 do TFUE e acabar por ou continuar abusando de sua posição dominante ou abster-se de praticar uma conduta lícita e pró-competitiva, assim, em ambos os casos, o resultado pode ser o arrefecimento da concorrência em ambos. Estes riscos podem ser minimizados, mas é difícil eliminá-los por completo.

CAPÍTULO 3

APLICABILIDADE DA TEORIA DA RESPONSABILIDADE ESPECIAL NO BRASIL

Uma vez analisadas as raízes teóricas, a construção jurisprudencial, a delimitação do conceito e as críticas à teoria da responsabilidade especial do agente econômico dominante, passou-se a tratar da compatibilidade desta teoria com o ordenamento jurídico pátrio.

Em primeiro lugar, foram examinadas as bases constitucionais do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dando especial atenção à correta interpretação a ser dada ao princípio da livre concorrência, previsto no art. 170, IV, da CRFB/88. A ideia foi esclarecer se, do ponto de vista constitucional, admite-se que o único objetivo da tutela da concorrência é a maximização da eficiência em termos econômicos ou se exige-se a consideração de outros valores.

Superada esta etapa, passou-se a explorar, por meio de uma abordagem comparativa, utilizando dos fundamentos teóricos levantados nos capítulos anteriores, a disciplina legal do abuso de posição dominante na Lei nº 12.529/2011. Refletiu-se ainda, pontualmente, sobre algumas das principais manifestações de abuso anticoncorrencial, dialogando com a teoria da responsabilidade especial.

Por fim, foi realizado um escrutínio acerca da aplicabilidade da teoria da responsabilidade especial no Brasil e quais os principais impactos dessa abordagem ante a sistemática de abuso de posição dominante prevista na Lei nº 12.529/2011.

3.1. O princípio da livre concorrência na Constituição de 1988.

A Constituição de 1988, em seu art. 170, inciso IV, elenca entre os princípios gerais da atividade econômica o princípio da livre concorrência. Na definição de Tavares (2011, p. 256),

Livre concorrência é a abertura jurídica concedida aos particulares para competirem entre si, em segmento lícito, objetivando o êxito econômico pelas leis de mercado e a contribuição para o desenvolvimento nacional e a justiça social.

Assim, enquanto corolário do direito de liberdade de iniciativa, a livre concorrência expressa opção pela economia de mercado. Está contida aí a crença de que a competição entre os agentes econômicos, somada com a liberdade de escolha dos consumidores, produzirão os melhores resultados em termos econômicos: maior qualidade de bens e serviços, bem como preço equilibrado. Dessarte, como regra, o Estado deve se abster de substituir a regulação natural do mercado por sua ação cogente, salvo diante de situações de ruptura das condições de livre concorrência ou para evitá-las (BARCELLOS, 2018).

É preciso destacar, contudo, que a livre concorrência, enquanto princípio expresso da ordem econômica e social, não deve ser lido no sentido de liberdade anárquica, isto é, como sinônimo de absoluto absentismo estatal. Segundo a lição de Tavares (2011), o princípio da livre concorrência impõe ao Estado o dever – normativo e fiscalizador – de garantir que o mercado permaneça livre, garantindo o acesso aos competidores e zelando pela igualdade.

Portanto, o princípio da livre concorrência possui um aspecto negativo e outro positivo. Por um lado, decorre deste princípio a noção de que o Estado não deve, como regra, interferir na competição travada entre os agentes econômicos. Nesse sentido, o princípio impõe um dever de abnegação de intervenção estatal (aspecto negativo). Por outro lado, paradoxalmente, o mesmo princípio legitima a atuação estatal no mercado, no sentido de manter as “regras do jogo”, consistente no mínimo de equilíbrio entre os “jogadores” (aspecto positivo)⁴¹. Assim, o Estado brasileiro deve atuar efetivamente para manutenção da livre concorrência, seja para corrigir falhas de mercado⁴², seja para punir infrações à ordem econômica⁴³.

Na terminologia empregada por Salomão Filho (2013), a defesa da concorrência deve ser entendida como garantia institucional. Nessa concepção, o direito concorrencial não impõe um

⁴¹ Conforme alerta Tavares (2011), o Estado precisa ter cautela em sua atuação positiva, no que tange à regulação da livre concorrência, uma vez que “a excessiva ‘regulamentação’ da liberdade redundará na sua eliminação, substituída justamente pelos termos da liberdade admitida normativamente. Novamente surge a necessidade de atentar para o núcleo essencial deste princípio, que não pode ser afetado sem implicar uma violação dessa diretriz.” Ainda, conforme COELHO (2012, p. 87): “O direito comercial não pode, por meio de normas jurídicas, inverter a equação desta regra básica. Não pode transferir o prêmio, ou parte dele, do empresário que acertou para aquele que errou. A distorção na regra básica da competição, ao impedir que os acertos sejam inteiramente premiados, e os erros devidamente penalizados, desestimularia novos investimentos e alimentaria o risco moral. Acabaria, enfim, por neutralizar os benefícios que a ordem constitucional espera extrair, para toda a sociedade, do princípio da liberdade de concorrência.”

⁴² Cf. As Falhas do Mercado (Capítulo 7). In: NUSDEO, Fábio, 2016.

⁴³ CRFB/88, art. 173, § 3º: “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

resultado ou efeito econômico, mas visa garantir que a relação entre os concorrentes se dê de maneira leal e que a concorrência efetivamente exista. Assim, enquanto garantidor da concorrência e não do mercado, o direito assume papel redistributivo e garantidor da igualdade de condições nas relações econômicas.

Nessa linha, como garantia institucional de correção e equilíbrio da interação econômica, a regulação teria por missão criar uma igualdade material entre os agentes econômicos. Por conseguinte, haveria necessidade de uma difusão forçada do conhecimento econômico entre os indivíduos e a possibilidade de que os agentes econômicos descubram as melhores opções e ordem as relações econômicas de forma mais justa e equilibrada, o que só poderia ser assegurada através de uma garantia firme da existência de concorrência (SALOMÃO FILHO, 2013). Conforme Drago (2015, p. 124):

A concorrência visaria, portanto, não somente a manutenção, mas ainda a promoção de um ambiente concorrencial que atenda aos princípios legais da ordem econômica estabelecida, regulando-se, de forma a prevenir, o exercício do abuso de poder econômico.

Ainda segundo a concepção de concorrência como garantia institucional, garantir a concorrência significa, primeiramente, garantir que a concorrência se desenvolva de forma leal, isto é, que sejam respeitadas regras mínimas de comportamento entre os agentes econômicos (SALOMÃO FILHO, 2013). Essas regras mínimas teriam por meta garantir que o sucesso das empresas derive exclusivamente de suas virtudes. Em outras palavras, sem o cometimento de atos de concorrência desleal. Além disso, tais regras mínimas teriam o escopo de garantir o fluxo de informações para o consumidor, evitando que o mesmo seja lesado.

Em segundo lugar, a garantia institucional da concorrência se desdobra na busca pelo equilíbrio das relações econômicas. Isso significa que é preciso evitar a formação de poder econômico no mercado que não decorra exclusivamente da maior eficiência econômica.

Ademais, não se pode olvidar de interpretar o princípio da livre concorrência levando em consideração a sua topografia constitucional. Isto significa considerar que o constituinte optou por apontar a livre concorrência como um princípio dentre diversos outros, de igual importância. Em outras palavras, livre concorrência é apenas um inciso dentre outros nove, cujo constituinte descreveu como princípios da ordem econômica e financeira. Além disso,

conforme sustenta Forgioni (2016), todos os princípios veiculados pelo art. 170 da CRFB/88, bem como todas as regras que deles se desdobram estão à disposição dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º) e, portanto, não podem ser lidos ou tomados apartadamente do sistema ao qual pertencem e ao qual, ao mesmo tempo, dão conformação. Nesse sentido, o texto da Constituição de 1988 não deixa dúvidas quanto ao fato de a concorrência ser, entre nós, meio, instrumento para assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Dito isso, fica evidente que, em termos constitucionais, no Brasil, a concorrência não é um valor-fim, mas um valor-meio (TAVARES, 2011). Nesse sentido, o direito de defesa da concorrência não deve ser encarado apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas deve ser considerado instrumento de que dispõe o Estado para conformar o sistema, implementando políticas públicas (FORGIONI, 2016).

Ora, se a livre concorrência no Brasil é entendida como instrumento, não como um fim em si mesma, não se pode sustentar, por conseguinte, que a disciplina concorrencial tem por objetivo exclusivo promover a eficiência mercadológica, nos termos defendidos pela Escola de Chicago. Nesse sentido, a livre concorrência deve coexistir e, eventualmente, ceder à proteção da soberania nacional, à função da propriedade privada, à defesa do consumidor e do meio ambiente, bem como ao tratamento favorecido para empresas de pequeno porte⁴⁴. Desta forma, no que tange ao princípio geral da livre concorrência, o Brasil se aproxima mais do paradigma concorrencial comunitário europeu do que do modelo estadunidense.

Segundo Forgioni (2016, p. 180):

A disciplina da concorrência, na União Europeia, é instrumental, ou seja, ligada aos seus fins, conforme estabelecido especialmente no art. 3º do Tratado. Desta feita, a concorrência não é um fim em si, mas instrumento, meio de atingir-se o fim maior perseguido pela própria União. Em termos práticos, a concorrência instrumento significa que (i) a competição somente será protegida na medida em que propiciar a consecução dos objetivos da União Europeia e (ii) é possível o sacrifício da concorrência para atingir um fim maior. No sistema europeu, a concorrência 'não é um valor absoluto, mas um meio normal, eventualmente privilegiado, de obter o equilíbrio econômico. Daí derivam consequências importantes: se a concorrência não é um valor em si mesmo, pode ser sacrificada em homenagem a outros valores'.

⁴⁴ Para maior aprofundamento acerca do princípio da livre concorrência na Constituição de 1988, cf. COSTA, 1998, p. 8-27.

Em suma, o princípio constitucional da livre concorrência, quando interpretado sistematicamente, permite a conclusão de que a concorrência, no Brasil, é instrumento, meio de realização dos objetivos fundamentais da república, não fim em si mesma. Sendo assim, o modelo brasileiro de livre concorrência se aproxima mais da sistemática comunitária europeia, que admite a possibilidade de o referido princípio ceder, diante das circunstâncias fáticas, a outros princípios igualmente relevantes.

Dito isso, passaremos a analisar se, na repressão ao abuso de posição dominante, o CADE parece manter coerência com os ditames constitucionais, no sentido de aproximar-se do pensamento comunitário europeu, no tocante à aplicação da Lei nº 12.529/2011.

3.2. Abuso de posição dominante: teoria e disciplina legal.

Seguindo o exemplo de jurisdição de tradição jus-concorrencial, a Lei de Defesa da Concorrência, não censura a conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência em relação a seus competidores⁴⁵. Portanto, não há que se falar em qualquer forma *per se* de repressão que decorre exclusivamente de uma posição de dominância no mercado. Isto é, a situação fática estática de poder de mercado não é passível de punição por si só (DRAGO, 2015).

Outrossim, aduz Coelho (2011, p. 219):

O poder econômico, note-se, é um dado de fato inerente ao livre mercado. Se a organização da economia se pauta na liberdade de iniciativa e de competição, então os agentes econômicos são necessariamente desiguais, uns mais fortes que outros. Ou seja, conforme assentou Miguel Reale, o poder econômico não é em si ilícito, mas é o instrumento normal ou natural de produção e circulação de riquezas nas sociedades constitucionalmente organizadas em função do modelo da economia de mercado (em Franceschini-Franceschini, 1985:521). Ora, nem a Constituição nem a lei poderiam ignorar ou pretender a eliminação do poder econômico. O direito somente pode disciplinar o exercício desse poder, reprimindo iniciativas que comprometem as estruturas do livre mercado.

Com efeito, classicamente, existem dois tipos de condutas que podem levar à dominação de mercados, no sentido de limitação da concorrência e que, portanto, são reprimidas pela Lei

⁴⁵ Art. 36, § 1º, Lei nº 12.529/2011.

de Defesa da Concorrência. O primeiro tipo diz respeito à conduta unilateral em que se coloca o concorrente fora do jogo (*ex-ludere*), passando a dominar o mercado sozinho. O segundo tipo de conduta é aquela por meio da qual os concorrentes unem forças para dominar o mercado em conjunto: jogo conjunto (*co-ludere*) (SALOMÃO FILHO, 2013).

Com relação a este segundo tipo – condutas colusivas – temos que elas representam acordos abusivos entre agentes econômicos, sejam de maneira formal ou informal, a fim de restringir a variedade de produtos e dividir os mercados. Esse tipo de conduta traduz-se para o consumidor em imposição de preços abusivos e, ainda, significa para os concorrentes cerceamento da livre da concorrência e da permanência no mercado (FIGUEIREDO, 2014).

No entanto, diante do escopo do presente estudo, o foco está nas condutas exclusionárias unilaterais. Nessa linha, Drago (2015, p. 143), a partir de uma abordagem interdisciplinar, sugere que

(...) o abuso de posição dominante pode consistir no exercício de uma ampla margem de apreciação pela empresa dominante, em virtude da especial posição que ocupa, e consequentemente da especial responsabilidade que se lhe aplica, de forma a obter vantagens que, na presença de contestabilidade de mercado, ou seja, grau de concorrência apreciável, não poderia alcançar. Estas vantagens podem resultar de abusos de exploração, bem como da preservação ou reforço dessa posição dominante pelo recurso a meios aptos a excluir a concorrência sem justificação objetiva.

Ainda, entendido o direito concorrencial como garantia institucional, conforme defende Salomão Filho (2013), a expressão “abuso de poder econômico” deixa de ter uma interpretação gramatical e lógica tão óbvia, e passa a ter uma interpretação teleológica. Consequentemente, o que importa é garantir a lealdade e a existência da concorrência contra quaisquer efeitos lesivos. Ainda, tal expressão lança luzes sobre a função social que os agentes econômicos possuem nos mercados. Ora, se abuso significa uso anormal, é preciso compreender e delimitar o que se espera dos agentes detentores de posição dominante. Assim, é preciso reconhecer a função social das empresas com posição dominante no mercado, o que pode implicar a imposição de obrigações pelo simples fato de se deter tal posição.⁴⁶

⁴⁶ Salomão Filho (2013) utiliza como exemplo de uma imposição que o direito concorrencial faz aos agentes econômicos dominantes a doutrina das *essential facilities*.

Fato é, todavia, que a Lei nº 12.529/2011 não possui definição do que seria considerado abuso de posição de dominante, mas somente um tipo aberto de condutas que, na medida em que sejam capazes de gerar os efeitos previstos nos incisos do art. 36, poderiam ser considerados como abuso de posição dominante (DRAGO, 2015). Em outras palavras, sem a verificação dos efeitos previstos nos incisos do art. 36, não há pretensão punitiva do Estado.

Forgioni (2016), sublinha que, nesse aspecto, a Lei nº 12.529/2011 é peculiar. Ao afirmar que constitui infração à ordem econômica os “atos sob qualquer forma manifestados”, o art. 36, *caput*, engloba qualquer conduta que possa prejudicar a concorrência, sem distinção entre colusão ou abusos.

Essa técnica jurídica adotada pela Lei de Defesa da Concorrência brasileira é diversa das utilizadas em outras jurisdições. Nos Estados Unidos, o *Sherman Act*, na seção 1, declara ilícito todo e qualquer contrato, combinação sob a forma de truste ou qualquer forma de conspiração em restrição do tráfico ou comércio entre os Estados, ou com nações estrangeiras⁴⁷. O mesmo diploma legal, na seção 2, proíbe a dominação do mercado, bem como a tentativa de dominação. Assim, no que tange ao controle de condutas, o direito concorrencial estadunidense possui dois suportes fáticos distintos: acordos e abuso de posição dominante.

Na União Europeia, por seu turno, o TFUE veda, em seu art. 101, os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam suscetíveis de afetar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno. Paralelamente, o art. 101 do TFUE dispõe que é incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja suscetível de afetar o comércio entre os Estados-Membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado interno ou numa

⁴⁷ “Todo contrato, combinação na forma de *trust* ou não, ou conspiração, na restrição do comércio ou comércio entre os vários Estados, ou com nações estrangeiras, é declarado ilegal. Toda pessoa que fizer qualquer contrato ou se envolver em qualquer combinação ou conspiração declarada como ilegal será considerada culpada de um crime doloso e, por sua condenação, será punida com multa não superior a \$ 100.000.000 se uma corporação ou, se qualquer outra pessoa, \$ 1.000.000, ou por prisão não superior a 10 anos, ou por ambas as punições, a critério do tribunal.” No original: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.”

parte substancial deste. Como é possível notar, aqui também a técnica jurídica adotada é a previsão de dois suportes fáticos, uma para coibir acordos e outro para reprimir abusos. Ademais, vale ressaltar que o TFUE adota o sistema da ilicitude pelo objeto ou efeito das práticas, de modo que só serão proibidas as condutas que tenham por objetivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado interno.

Dito isso, é possível classificar o sistema da lei brasileira como híbrido, porquanto aproveita o sistema de caracterização do ilícito pelo objeto ou efeito, mas supera a tradição, tanto europeia quanto estadunidense, no que toca à tipificação dos atos (FORGIONI, 2016). Assim, o intérprete brasileiro é poupado dos esforços hermenêuticos para caracterização de determinada prática como atentatória à ordem econômica, como ocorre em outras jurisdições.

Com efeito, pelo sistema da ilicitude pelos efeitos adotado pela Lei nº 12.529/2011, nenhuma prática empresarial é infração à ordem econômica se os seus efeitos – potenciais ou reais – não importam limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; dominar mercado relevante de bens ou serviços; aumentar arbitrariamente os lucros; e exercer de forma abusiva posição dominante (COELHO, 2013).

Ainda, conforme Figueiredo (2014, p. 288):

Outrossim, na análise de eventual infração anticompetitiva, mister se faz que as autoridades de defesa da concorrência não se atenham apenas à verificação da conduta *per se*, fazendo-se mister a verificação do dano ou eventual efeito danoso dessa conduta para o processo competitivo do respectivo nicho econômico mercadológico, estabelecendo-se, ainda, nexos de causalidade entre a conduta e a ameaça ou a lesão à ordem econômica para a devida manifestação da materialidade do fato *sub judice*. Fácil perceber que a verificação da infração é efetuada com base na regra da razão, não bastando comprovar que houve, tão somente, uma conduta desleal *per se*. Para tanto, é necessário averiguar se houve dano, efetivo ou potencial, ao mercado, bem como se tal prejuízo foi oriundo da infração sob investigação.

De maneira geral, para se analisar os efeitos de uma conduta é preciso, em primeiro lugar, delimitar o chamado mercado relevante hipoteticamente afetado por tal conduta, visto que para determinar se um agente econômico é dominante, precisa-se delimitar seu mercado de atuação e qual parcela deste mercado é detida pelo agente. Delimitado o mercado relevante, passa-se a analisar se o agente que praticou a suposta conduta anticompetitiva possui poder de mercado. Caso contrário, não há que se falar em abuso de posição dominante.

Para FORGIONI (2016, p. 221), mercado relevante é “aquele em que se travam as relações de concorrência ou atua o agente econômico cujo comportamento está sendo analisado”. Na prática, para a delimitação do mercado relevante, é preciso analisar dois aspectos complementares: o mercado relevante geográfico e o mercado relevante material. O primeiro diz respeito ao espaço territorial onde os agentes econômicos competem entre si (FIGUEIREDO, 2014). Desta maneira, diante das circunstâncias do caso concreto, a autoridade antitruste irá fixar se o mercado relevante geográfico em questão seria desde o país inteiro até uma região metropolitana específica. Dentre os critérios que a autoridade antitruste tem em mãos para delimitar o mercado geográfico estão, de acordo com Forgioni (2016): (i) hábitos dos consumidores, (ii) incidência de custos de transporte, (iii) características do produto, (iv) incentivos de autoridades locais, (v) barreiras à entrada e (vi) taxa de câmbio.

A delimitação do mercado relevante material, por seu turno, é feita sob a perspectiva do consumidor (COELHO, 2012). Por isso, “é aquele em que o agente econômico enfrenta a concorrência, considerando o bem ou serviço que oferece” (FORGIONI, 2016, p. 227). Em outras palavras, “mercado relevante é aquele representado pela soma dos produtos que podem ser substituídos, quando utilizados nos fins para os quais são produzidos”. (FIGUEIREDO, 2014, p. 297).

Uma vez estabelecido casuisticamente o mercado relevante, é preciso mensurar o poder de mercado do agente econômico, sem o qual não é possível existir abuso de posição dominante. Nos termos da Lei nº 12.529/2011, art. 36, § 2º:

Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Apesar da objetividade do critério adotado pela Lei de Defesa da Concorrência, tal presunção é relativa, sendo a posição dominante um fato nem sempre fácil de se constatar. Em primeiro lugar, esse *market share* de 20% só se torna relevante se comparado aos demais concorrentes. Ademais, a posição dominante não deriva simplesmente da parcela de mercado detida, mas pela capacidade de agir com independência e indiferença em relação aos concorrentes. Nesse sentido:

(...) no Brasil, comprovado que o agente econômico detém e abusa de poder que lhe garante a posição dominante, ainda que não detenha 20% do mercado, seu comportamento poderá vir a ser sancionado, pois esse percentual estabelece presunção relativa [*iuris tantum*] e não absoluta. Existe a necessidade de convergência de várias outras evidências, além da parcela de mercado detida pelo agente econômico, para constatar se o poder por ele detido é apto a lhe assegurar a posição dominante. (FORGIONI, 2016, pp. 283-284)⁴⁸.

Em suma, a Lei nº 12.529/2011 não possui conceito de abuso de posição dominante, de modo que para configuração desta conduta exclusionária unilateral, é necessário que um agente dominante – devendo esta dominância ser auferida casuisticamente por meio do poder de mercado que tal agente possui sobre o mercado relevante – pratique um ato, sob qualquer forma manifestado, que tenha por objeto ou possa produzir os seguintes efeitos: (i) limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) dominar mercado relevante de bens ou serviços; (iii) aumentar arbitrariamente os lucros; e (iv) exercer de forma abusiva posição dominante.

3.3. Espécies de abuso de posição dominante.

Para aproximar o tema até então debatido da realidade do direito concorrencial, esmiuçou-se algumas das espécies de abuso de posição dominante, voltadas contra as garantias institucionais de concorrência. Tanto o *Sherman Act* quanto o TFUE, como já mencionamos, tipificam, ainda que exemplificativamente, diversas hipóteses de condutas que podem configurar abuso anticoncorrencial. Contudo, como o escopo do presente estudo é a teoria da responsabilidade especial, elencou-se apenas quatro condutas, que reputou-se, com base na doutrina e na jurisprudência, estarem entre as de maior incidência e riqueza de decisões.

3.3.1. Recusa de contratação.

Na medida em que se verifiquem os efeitos previstos no *caput* e nos incisos do art. 36, da Lei nº 12.529/2011, caracteriza infração à ordem econômica, nos termos do referido artigo, § 3º, XII, “recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento

⁴⁸ A autora aponta ainda, exemplificativamente, elementos que também devem ser levados em consideração para aferição do poder de mercado, sendo que nenhum deles deve ser considerado isoladamente: (i) concorrência potencial e barreiras à entrada; (ii) dependência/comportamento dos consumidores ou fornecedores; (iii) potência econômica da empresa; (iv) estrutura avançada da empresa, com alto grau de verticalização; (v) domínio de tecnologia; (vi) grau de crescimento do setor; (vii) aspecto temporal; (viii) vantagem da primeira jogada, existência de consumidores cativos; e (ix) domínio de canais de distribuição.

normais aos usos e costumes comerciais”. Nesta espécie de abuso estão em conflito princípios de dimensão constitucional: a liberdade de iniciativa e a autonomia das partes contra a livre concorrência (SALOMÃO FILHO, 2013).

A questão se que coloca aqui é se um agente econômico com relevante *market power* deve ser coagido a contratar, especialmente se estiver em jogo alguma relação de dependência econômica, favorecendo seus concorrentes e, em certas situações, abrindo mão de sua vantagem competitiva licitamente conquistada (FORGIONI, 2016).

A jurisprudência estadunidense costuma rechaçar esta imposição, porquanto a mesma iria de encontro ao espírito do antitruste e desestimularia a competição (diminuição da eficiência). No entanto, existem alguns casos em que as cortes estadunidenses, com base na denominada teoria das *essential facilities* (infraestruturas essenciais), condenaram agentes que se recusaram a contratar.⁴⁹

Por exemplo, no caso *MCI Communications Corp v. AT&T* (1983), a MCI moveu ação antitruste contra a AT&T, alegando recusa de interconectar a MCI com os distribuidores locais de telefonia, o que a impedia de ofertar seus próprios serviços. A Corte da Pensilvânia entendeu que a AT&T teria um dever de fornecer acesso a MCI às infraestruturas essenciais de telefonia. Foram fixados quatro critérios para aplicação da doutrina das *essential facilities*: controle de um bem essencial por um monopolista; impossibilidade prática ou não razoabilidade de duplicação do bem; recusa de fornecer acesso a um concorrente; e a possibilidade de fornecer acesso (ALEXANDRE, 2005).

Contudo, no caso *Trinko*⁵⁰, a solução adotada pela Suprema Corte foi diversa. O caso envolvia o acesso à infraestrutura para telefonia celular titularizada pela Verizon que, por força de uma regulação, deveria ser permitido o acesso aos concorrentes. No entanto, com a demora para viabilização do acesso, a *Trinko* propôs ação visando a condenação da Verizon por abuso de posição dominante. Nos termos do voto do juiz Scaglia:

⁴⁹ Cf. *United States v. Terminal Railroad Association of St. Louis*, 1912; *Associated Press v. United States*, 1945; *Lorain Journal v. United States*, 1951; *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 1985.

⁵⁰ *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S.

As empresas podem adquirir poder de monopólio estabelecendo uma infraestrutura que as torne exclusivamente adequadas para atender seus clientes. Obrigar essas empresas a compartilhar a fonte de sua vantagem está em alguma tensão com o propósito subjacente da lei antitruste, uma vez que ela pode diminuir o incentivo para que o monopolista, o rival ou ambos invistam nessas instalações economicamente benéficas. O compartilhamento forçado também exige que os tribunais antitruste atuem como planejadores centrais, identificando o preço, a quantidade e outros termos adequados de negociação - um papel para o qual eles são inadequados. Além disso, negociações convincentes entre concorrentes podem facilitar o mal supremo do antitruste: o conluio. Assim, de maneira geral, o *Sherman Act* ‘não restringe o longo direito reconhecido de [um] comerciante ou fabricante envolvido em um negócio inteiramente privado, livremente para exercer seu próprio critério independente quanto às partes com quem ele vai lidar.’ v. *Colgate & Co.*, 250 US 300, 307 (1919).⁵¹

Na União Europeia, por seu turno, a aplicação da teoria da *essential facility* tem aplicação mais frequente do que nos Estados Unidos. Whish e Bailey (2013), listam infraestruturas que já foram consideradas essenciais, atraindo a aplicação do art. 102 do TFUE: portos, aeroportos, redes ferroviárias, gasodutos, armazenadores de petróleo, fios e cabos de telecomunicações, *set-top boxes*, sistema informatizado de reservas de companhias aéreas, *interlining*, sistemas de pagamento transfronteiriços, serviços transfronteiriços de compensação e liquidação de títulos, rede postal, conteúdo de TV premium, direitos de propriedade intelectual e/ou informações exclusivas e peças para reposição.

No Brasil, conforme Salomão Filho (2013, p. 546), *in verbis*:

Através da verificação da natureza do sujeito ativo e da origem dos bens por ele detidos indicam-se a gravidade e a reversibilidade da situação de dependência. Monopólios dotados de proteções estruturais (barreiras à entrada) – como ocorre naqueles casos de setores sujeitos ao efeito de rede – aos retornos crescentes de escala (exemplos: telecomunicações e energia elétrica) devem se sujeitar a regulamentação impositiva, que elimine ou reduza as causas estruturais de dependência. Isso se dá, via de regra, através da disponibilização da rede a todos os agentes econômicos, reconhecendo-se sua função social. Em caso de monopólios não regulados a disciplina concorrencial de recusa de contratar deve servir como disciplina supletiva, impondo, quando for o caso, verdadeiro dever de contratar.

⁵¹ No original, “Firms may acquire monopoly power by establishing an infrastructure that renders them uniquely suited to serve their customers. Compelling such firms to share the source of their advantage is in some tension with the underlying purpose of antitrust law, since it may lessen the incentive for the monopolist, the rival, or both to invest in those economically beneficial facilities. Enforced sharing also requires antitrust courts to act as central planners, identifying the proper price, quantity, and other terms of dealing a role for which they are ill-suited. Moreover, compelling negotiation between competitors may facilitate the supreme evil of antitrust: collusion. Thus, as a general matter, the Sherman Act does not restrict the long recognized right of [a] trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal. *United States v. Colgate & Co.*, 250 U. S. 300, 307 (1919)”.

Nesse sentido, reconhece-se que a responsabilidade especial incide sobre um agente econômico que se tornou monopolista como resultado de um processo de desestatização ou que detenha acesso exclusivo a determinado bem de produção (DRAGO, 2015). Assim, a responsabilidade especial é fundada na função social da propriedade destes bens, prevalecendo sobre a liberdade de contratar. Drago (2015) sugere ainda que a responsabilidade especial deveria ser regradada de forma preventiva, na própria regulação que deve anteceder o processo de desestatização, devendo constituir-se como cláusula de compromisso no processo licitatório. Sob a ótica da regulação, tais responsabilidades especiais seriam os compromissos de interconexão e os compromissos de acesso universal.

Contudo, é preciso sublinhar que, na análise de configuração de abuso por recusa de contratação, deve-se levar em consideração as justificativas econômicas que podem levar o agente dominante a recusa. Dentre as justificativas que podem ser consideradas lícitas estão: a duvidosa capacidade de pagamento do consumidor, a insuficiência de estoque e a interrupção inesperada por fatores externos ao seu controle (DRAGO, 2015).

3.3.2. Venda casada.

A chamada venda casada no direito concorrencial significa, nos termos do art. 36, § 3º, XVIII, da Lei nº 12.529/2011: “subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem”. Tal prática implica em estabelecer barreiras à entrada de novos concorrentes, empecilhos à expansão de concorrentes já existentes, além de ser instrumento de pressão, por coação, ao consumidor, uma vez que a aquisição vinculada pode não lhe trazer nenhum benefício (FIGUEIREDO, 2014). Estão em rota de colisão, portanto, a tutela da livre escolha do consumidor de um lado e com a garantia institucional da concorrência de outro. Não é demais reforçar, todavia, que a venda casada não constitui ilícito concorrencial *per se*, e somente pode ser considerada infração à ordem econômica se estiver voltada à eliminação da concorrência, domínio dos mercados ou aumento arbitrário dos lucros (COELHO, 2012)⁵².

⁵² Ainda, conforme Forgioni (2016, p. 309), são requisitos para configuração da venda casada anticoncorrencial: “a) deve existir um produto principal e um produto imposto (ou seja, é necessário que haja dois produtos e não um, ou um bem e um serviço distintos, ou ainda dois serviços); b) deve haver coerção para o adquirente do produto; c) o fornecedor deve ser titular de certo grau de poder de mercado”.

A objeção tradicional à venda casada é que ela permite que um agente econômico dominante num determinado mercado consiga obter, por meio de uma alavancagem de seu poder de mercado, uma posição dominante num segundo mercado (*leverage theory*) (POSNER, 1976). A partir de uma abordagem econômica, esta tese seria falha, porquanto seria incapaz de demonstrar o propósito de um agente econômico com monopólio de um produto em monopolizar produtos complementares. Ora, se o preço do produto subordinado é maior do que o consumidor estaria disposto a pagar, a diferença irá representar um aumento no preço final do produto principal. Assim, os consumidores demandariam menos desse produto e, portanto, a receita do monopolista diminuiria.⁵³

No entanto, conforme pondera FORGIONI (2016, p. 311):

A teoria que não crê na possibilidade de alavancagem parte do pressuposto equivocado de que o mercado vinculado é sempre competitivo, desconsiderando que o agente econômico dominante no mercado principal pode alterar a dinâmica do mercado vinculado com a sua atuação; por exemplo, introduzindo modificações de design que tornem seus produtos incompatíveis com os dos concorrentes.

Fato é que os *insights* da Escola de Chicago foram persuasivos, sendo pacífico o entendimento de que a venda casada não pode ser considerada ilícito *per se*, mas deve ser submetida ao crivo da regra da razão (WHISH; BAILEY, 2012), desta maneira as vendas casadas têm sido tratadas com complacência nos Estados Unidos (FORGIONI, 2016).

Sob a ótica do art. 102 do TFUE, para que esteja configurada a venda casada, é preciso a convergência de cinco questões (WHISH; BAILEY, 2014): (i) a empresa dominante possui posição dominante? (ii) a empresa dominante é culpada por casar ou pelos produtos vinculados? (iii) o consumidor foi coagido a adquirir ambos os produtos? (iv) a vinculação pode causar efeitos deletérios à concorrência, criando barreiras à entrada? (v) há alguma justificativa objetiva para a vinculação dos produtos?

Na prática, a União Europeia possui uma posição mais refratária em relação à venda casada, relativamente aos Estados Unidos. Ilustrativamente, algumas práticas comerciais da *Microsoft*, como a vinculação do *Windows Media Player* ao seu sistema operacional, foram

⁵³ Cf. também BOWMAN, 1996.

analisadas tanto pelo Departamento de Justiça dos Estados Unidos quanto pela Comissão Europeia. Enquanto o Departamento de Justiça dos Estados Unidos resolveu a questão com um acordo, criticada por ser complacente com a *Microsoft*, na Europa, À *Microsoft* foi imposta elevada multa e a comercialização obrigatória de versão do *Windows* sem o *Media Player*, bem como divulgação e licenciamento de informações que viabilizariam a compatibilidade entre o seu e outros sistemas operacionais (FORGIONI, 2016).

No Brasil, conforme leciona Nery Junior (2014, p. 217-249):

O posicionamento reiterado do Cade tem sido no sentido, assim, que a venda casada praticada por agentes econômicos que não representam parte relevante do mercado é irrelevante do ponto de vista do direito da concorrência, posto que esse tipo de prática não é capaz de eliminar ou de prejudicar a livre concorrência. De forma diversa, se aqueles que detêm uma situação privilegiada em determinado mercado optarem por praticar a venda vinculando um ou mais produtos ao produto desejado, daí sim estaríamos diante de situação capaz de mudar artificialmente a realidade concorrencial de referido mercado, de maneira a prejudicar a livre concorrência.

A responsabilidade especial se insere neste debate uma vez que, na análise entre as eficiências e os efeitos anticoncorrenciais da venda casada, poderão ser levados em consideração outros valores além da eficiência, como a proteção dos consumidores e a possibilidade de criação de barreiras à entrada de novos competidores. É nesse sentido que, valendo-se da noção de responsabilidade especial, a Comissão Europeia decidiu, em 27 de junho de 2017, aplicar a multa de € 2.424.495.000,00 ao *Google*, por abuso de posição dominante no caso *Google Shopping*:

As empresas dominantes têm a responsabilidade especial de não prejudicar, através de uma conduta que não se enquadre no âmbito da concorrência no mérito, uma verdadeira concorrência não falseada no mercado interno. Um sistema de concorrência não falseada só pode ser garantido se a igualdade de oportunidades for garantida entre os vários operadores econômicos. O âmbito da responsabilidade especial da empresa em posição dominante deve ser considerado à luz das circunstâncias específicas do caso.⁵⁴

⁵⁴ No original, “Dominant undertakings have a special responsibility not to impair, by conduct falling outside the scope of competition on the merits, genuine undistorted competition in the internal market. A system of undistorted competition can be guaranteed only if equality of opportunity is secured as between the various economic operators. The scope of the special responsibility of the dominant undertaking has to be considered in light of the specific circumstances of the case.”

3.3.3. Exclusividade.

Impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição, também configura infração à ordem econômica, nos termos do art. 36, § 3º, V, da Lei nº 12.529/2011. Como é possível perceber, esse tipo de conduta anticoncorrencial, por meio da qual um agente econômico dominante previne a contratação de serviços ou a aquisição de produtos de seu concorrente, criando uma reserva de mercado, confronta de forma direta o princípio da livre iniciativa.

Conforme leciona Salomão Filho (2013, p. 547):

Do ponto de vista constitucional, as cláusulas de exclusividade representam, por assim dizer, o oposto da recusa de contratar. Seu elemento essencial é a proibição ou limitação à liberdade de contratar com terceiros. Sua imposição (e não sua vedação) constitui, em princípio, séria limitação à liberdade individual. A liberdade de escolher o parceiro contratual é, sem dúvidas, um elemento básico da liberdade de iniciativa.

A doutrina costuma classificar a prática de exclusividade em duas vertentes. Na vertente *upstream*, a exclusividade tem por objetivo impedir o acesso de concorrentes da empresa às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia. Na vertente *downstream*, por seu turno, a exclusividade visa impedir acesso aos canais de distribuição. De todo modo, em ambos os casos se criam empecilhos para a atuação ou para a entrada de concorrentes no mercado (DRAGO, 2015).

Na prática, a exclusividade pode ser manifestar de diversas maneiras: (i) como obrigação do distribuidor de comercializar apenas os produtos fabricados pelo fornecedor; (ii) obrigação do distribuidor de comercializar apenas os produtos adquiridos de terceiros indicados pelo fabricante; (iii) obrigação do distribuidor de não comercializar quaisquer outros produtos, mesmo que não concorrentes com aqueles que são objeto do contrato de distribuição; (iv) obrigação do fornecedor de vender sua produção exclusivamente por intermédio do distribuidor; e (v) direito do distribuidor de ser o único a comercializar o produto distribuído em determinada área (FORGIONI, 2016).

Vale sublinhar que essa prática de exclusividade não se confunde com a prática de colusão. Neste último caso, todas as partes contratantes cometem infração à ordem econômica e respondem de maneira correspondente. A prática de exclusividade que ora se trata, contudo, é conduta unilateral. Firmar um contrato anticompetitivo pode configurar um ato de abuso unilateral, de modo que a empresa dominante pode vir a ser condenação por infração à ordem econômica (WHISH; BAILEY, 2014).

No entanto, a exclusividade é capaz de gerar eficiências, na medida em que pode reduzir as fontes de incerteza do empresário e os custos de transação. Essa ideia remonta ao pensamento de Coase, que já apregoava que muitas vezes os custos para realizar uma transação num mercado poderiam ser menores do que realizá-la no interior da empresa⁵⁵. Nesse sentido, toda e qualquer forma de integração vertical que permita uma estruturação eficiente dos negócios, sem que haja concentração, deveria ser incentivada. Protege-se a eficiência ao invés da concorrência (SALOMÃO FILHO, 2013).

Nesse sentido, uma abordagem de ilicitude *per se* dos acordos de exclusividade deve ser evitada. Entretanto, alguns precedentes da Comissão Europeia sugerem que, conquanto não se deva considerar o acordo de exclusividade um ilícito concorrencial *per se*, a tolerância a este tipo de avença é bastante restrita (WHISH; BAILEY, 2014).

A título de exemplo, no caso *BPB Industries v. Commision*⁵⁶, considerou que acordos de exclusividade de compra não podem, em princípio, se considerados restritivos à concorrência, sendo necessário ponderar os efeitos de tal acordo em seu contexto específico. Contudo, essa ressalva, conforme a corte asseverou, se aplica numa situação normal de mercado competitivo, mas não pode ser aceita sem reserva no caso de um mercado em que, justamente por conta da posição dominante de um agente, a concorrência já estiver restringida.

A partir de uma leitura baseada na teoria da responsabilidade especial, fica evidente que, sob uma empresa com *market power*, pesa o dever de autoavaliação, de modo que, ao planejar realizar acordos de exclusividade, deve verificar de maneira minuciosa se tal prática pode ter por efeito criar barreiras à entrada, excluir concorrentes menores. Nesse sentido, a empresa

⁵⁵ Cf. COASE, R., 1988, p. 38 e ss.

⁵⁶ Case T- 65/89 [1993] ECR II- 389, [1993] 5 CMLR 32.

dominante deve atuar como se o mercado em questão fosse competitivo, embora tal concorrência não seja efetiva. A consequência prática da falha neste dever de autoavaliação pode ensejar a condenação da empresa dominante por abuso.

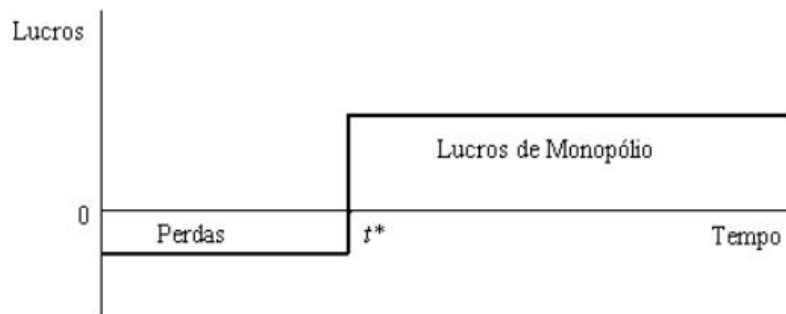
3.3.4. Preços predatórios.

A Lei nº 12.529/2011, em seu art. 36, § 3º, XV, determina que “vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo” configura infração à ordem econômica. A este tipo de conduta anticoncorrencial a doutrina consagrou a expressão “preços predatórios”. De acordo com Taufick (2012, p. 232),

Modalidade predatória por excelência, os preços predatórios representam a incursão em perdas de curto prazo com o objetivo de recuperar-se pela imposição de preços significativamente mais altos após o alijamento dos concorrentes do mercado⁵⁷.

Nesse sentido, a venda abaixo do preço de custo representa necessariamente prejuízo, em termos marginais, mas não é comumente praticada se chegar a comprometer a lucratividade global da empresa. O objetivo é aumentar os custos de competição e desencorajar os competidores, forçando-os a também abaixar seus preços, podendo, como resultado final, excluí-los do mercado (COELHO, 2013). Tal prática pode, num primeiro momento, parecer simpática ao consumidor, uma vez que ele poderá adquirir produtos a preços menores. Contudo, no longo prazo, ante a eliminação da concorrência, os consumidores ficarão sujeitos à imposição arbitrária de preços (FIGUEIREDO, 2014).

⁵⁷ “O termo ‘predação’ é denominação generalizada para vários tipos de condutas de prática muito simples. Segundo a definição corrente, trata-se do ato pelo qual o agente econômico incorre em prejuízos na expectativa de eliminar o concorrente do mercado, esperando recuperar posteriormente, através de diversas formas, o montante perdido” (SALOMÃO FILHO, 2013, p. 461).

TABELA 1 - Gráfico da Portaria Seae nº 70, de 12 de dezembro de 2002

Fonte: Portaria Seae nº 70, de 12 de dezembro de 2002.

Ressalta Forgioni (2016) que, para caracterizar ilícito concorrencial, a prática de oferta de produtos ou serviços abaixo do preço de custo, além de ter por objeto ou poder produzir os efeitos tipificados no *caput* do art. 36 da Lei nº 12.529/2011, deve ser injustificada. É prática comum no mercado a venda abaixo do preço de custo de maneira esporádica, para evitar ou corrigir potencial prejuízo, por exemplo. Nesses casos, não pretende a eliminação dos concorrentes ou a dominação dos mercados, sendo a conduta considerada concorrencialmente lícita.

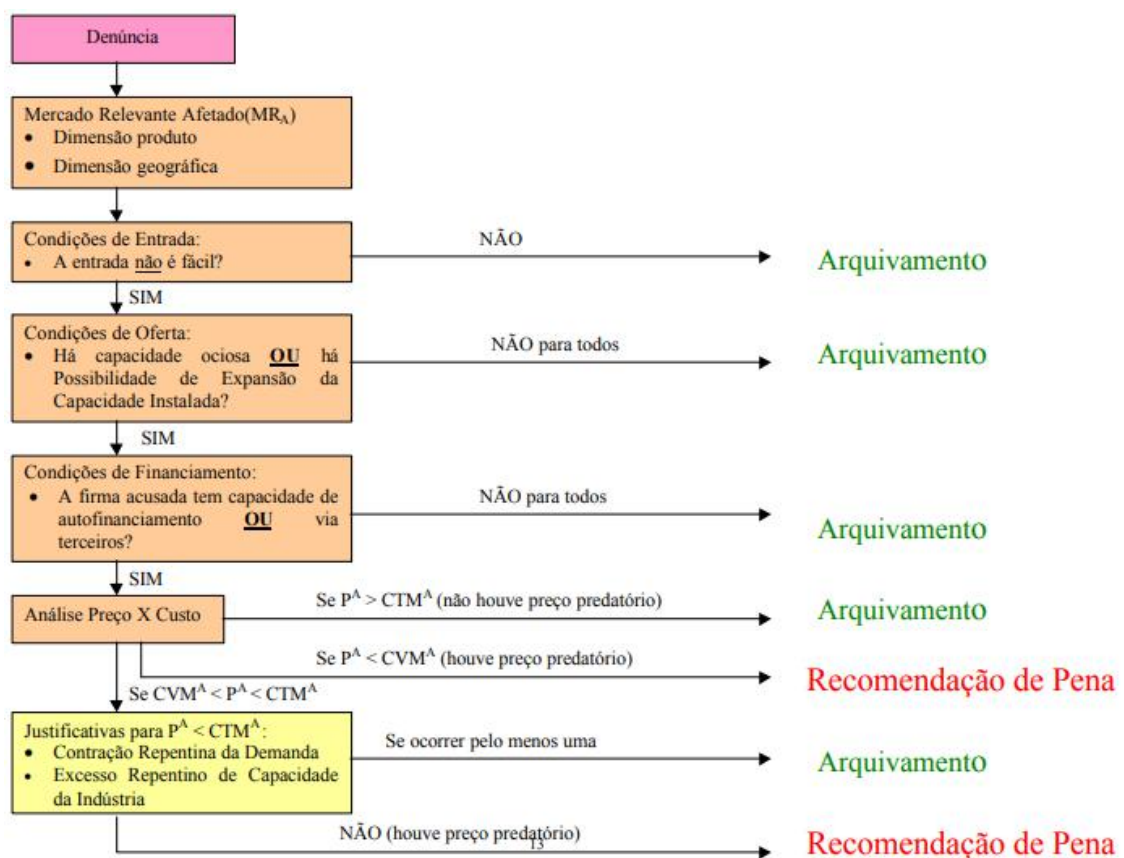
Contudo, apontam os afiliados à Escola de Chicago que a venda abaixo do preço de custo para eliminar a concorrência não é lucrativa, mesmo no longo prazo. Com efeito, o predador perde dinheiro durante o período de predação, mas quando ele for aumentar o preço para tentar recuperar sua perda, outros competidores serão atraídos, trazendo o preço para um nível competitivo, impedindo, por conseguinte, a imposição de preços monopolísticos (POSNER, 1979).

Outra problemática de ordem prática está associada ao conceito polissêmico de “custo”, não existindo consenso na teoria econômica nesse ponto. Partindo das lições de Oliveira & Rodas (2004), uma das propostas de definição de preço predatório é encontrada no teste de Areeda e Turner, segundo o qual, um preço igual o maior do que o custo variável médio deve ser considerado legal e, *a contrario sensu*, um preço abaixo do custo variável médio deve ser considerado ilegal. Tal teste foi acusado de ser muito permissivo, protegendo os interesses dos monopolistas, assim, defendeu-se que a referência deveria ser o custo total médio, aliado às evidências de intenção predatória.

A ideia seria deslocar a atenção da autoridade da comparação com a estrutura de custos e se concentrar na evidência de intenção anticompetitiva. Nessa linha, a regra Joskow e Klevorick firma uma análise em dois estágios: (i) no primeiro, a estrutura de mercado é analisada para determinar se ela comporta a prática de preço predatório; (ii) no segundo estágio, procede-se à análise de custos e de comportamento de preços para caracterizar a intenção anticompetitiva. No entanto, não é possível falar de consenso neste aspecto.

No Brasil, a orientação técnica do CADE, para análise de preços predatórios, é pautada num teste de Areeda-Turner ampliado, incorporando, simultaneamente, as preocupações de análise prévia de posição dominante e as condições de capacidade e financiamento das empresas envolvidas (OLIVEIRA; RODAS, 2004). O diagrama da Portaria Seae nº 70, de 12 de dezembro de 2002, ilustra o roteiro a ser seguido pelo CADE:

TABELA 2 - Diagrama da Portaria Seae nº 70, de 12 de dezembro de 2002



Fonte: Portaria Seae nº 70, de 12 de dezembro de 2002.

Dito isso, se há de fato uma responsabilidade especial para o agente econômico dominante de não prejudicar, através de uma conduta que não se enquadre no âmbito da concorrência no mérito, uma verdadeira concorrência, a prática de preços predatórios, ainda que num primeiro momento benéfica aos consumidores, deve ser rechaçada. Estão em jogo aí outros valores, ligados à garantia institucional da concorrência, que deve zelar para que a competição seja leal e, na medida do possível, mantida.

3.4. Compatibilidade da teoria da responsabilidade especial no Brasil.

Ao longo dos tópicos anteriores, pretendeu-se abordar os elementos considerados indispensáveis para uma análise do abuso de posição dominante. Tal exercício tem importância vital, na medida em que se pretende analisar a aplicabilidade da teoria de responsabilidade especial no Brasil.

Conforme adiantou-se, o direito concorrencial brasileiro é incipiente, se comparado com a tradição concorrencial estadunidense e comunitária europeia. Ademais, no que diz respeito ao julgamento de condutas unilaterais anticoncorrenciais, a frequência com que o CADE decide sobre esse tipo de caso é baixa. Apenas para dar uma dimensão mais objetiva, de janeiro de 2015 a novembro de 2018 foram julgados apenas 19 processos envolvendo condutas unilaterais, dentre os quais ocorreram 8 condenações. Esses 19 casos representam 0,72% de toda a atividade do CADE no período em questão, envolvendo atos de concentração, processos administrativos julgados, requerimentos de TCC e outros procedimentos⁵⁸.

Como é possível perceber, a timidez de precedentes pátrios com relação às condutas abusivas torna, em certo nível, incapaz qualquer tentativa de obter uma orientação clara acerca do tema do abuso de posição dominante no ordenamento jusconcorrencial brasileiro. Daí a necessidade de uma abordagem comparativa e teórica para avaliar a aplicabilidade da teoria da responsabilidade especial.

⁵⁸ Dados obtidos em:

<<https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 20/11/2018.

Ainda assim, utilizando o sistema de pesquisa processual foi possível identificar 2 ocorrências da expressão “responsabilidade especial”. A primeira ocorrência foi no Parecer nº 24/2015/LJP/MPF/CADE, em que o Procurador Regional da República sustentou que:

Nessa linha, importante frisar que não há dúvidas quanto à materialidade da conduta em análise, como bem exposto da Nota Técnica da SG, razão pela qual não se irá tecer maiores considerações a tal respeito. *Dá-se, portanto, enfoque à responsabilidade especial que um agente com posição dominante possui, ainda mais quando essa posição é bastante expressiva como no caso em tela, motivo pelo qual a doutrina, a exemplo de Herbert Hovenkamp, chega até mesmo a apontar deveres específicos a essa posição, como, por exemplo, o de negociação com rivais*”. (grifos nossos)

Nesse caso – em que se tratava de um Processo Administrativo que versava acerca de suposta prática de infrações à ordem econômica, nomeadamente as previstas nos incisos III, IV e XII do §3º da Lei 12.529/2011, perpetradas pela Unimed de Catanduva, pelo seu Presidente o Sr. Armindo Mastrocola Junior e pelo seu Diretor o Sr. Everaldo Grégio –, a menção à responsabilidade especial não parece ter qualquer efeito prático. De todo modo, há reconhecimento de que uma posição de dominância expressiva pode implicar em deveres específicos.

A outra ocorrência nos parece mais significativa. Trata-se de ocorrência encontrada na Nota Técnica nº 15/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE, proferida no processo nº 08012.010483/2011-94, que investiga supostas condutas discriminatórias realizadas pelo *Google* no mercado relevante brasileiro de sites de busca, cujo efeito seria alavancar, artificialmente, sua posição dominante para o mercado *downstream* de sites de comparação de preço. Aqui a noção de responsabilidade especial foi sustentada com maior ênfase, *in verbis*:

108. Assim, como ressalta o Office of Fair Trading do Reino Unido (atual Competition and Markets Authority), uma empresa que detenha posição dominante em determinado mercado é sujeita a uma responsabilidade especial de não permitir que a sua conduta distorça o processo competitivo. Isso ocorre porque, como ressalta Hovenkamp, ‘de forma geral, quanto maior o poder de mercado de uma empresa, maior o dano que pode ser causado por suas práticas exclusionárias’.

109. Assim, em que pese o domínio de mercado baseado na eficiência do agente econômico não seja condenado pela lei brasileira, é inegável que empresas que têm posições dominantes têm obrigações e responsabilidades que não necessariamente são compartilhadas por empresas que não têm poder de mercado. É nesse sentido que se manifesta Paula Forgioni, ao afirmar que:

‘Práticas que, se atuadas por empresas pequenas, quase nenhum impacto trariam, podem causar verdadeiros desastres concorrenciais quando implementadas por agentes detentores de elevado poder econômico.

Por essas razões, na União Europeia, exige-se da empresa dominante que se comporte de maneira tal a não destruir as condições de concorrência existentes no mercado. Esse agente deve oferecer concorrência saudável, baseada na superioridade real de seus produtos ou serviços (‘competition on the merits’), e não alavancar-se em sua força econômica. Imputa-se-lhes responsabilidade especial para que não distorçam o campo da batalha competitiva, em detrimento daqueles de menor dimensão. O agente dominante tem o direito de atuar livremente no mercado, desde que o prejuízo infligido a seus concorrentes decorra do ‘mérito dos bens ou serviços que fornecem’. Como estabelecido no caso Michelin I, a empresa não deve ser recriminada porque detém posição dominante, mas, independentemente dos fatores que a levaram a essa situação de domínio, possui uma responsabilidade especial, ou seja, um dever de não permitir que sua conduta distorça a competição no mercado comum.’ (*grifos nossos*)

Também nesse caso, há o reconhecimento de que, embora não seja ilícito concorrencial a obtenção de uma posição dominante em determinado mercado, tal posição implica em obrigações e responsabilidades que não necessariamente são compartilhadas por empresas que não têm poder de mercado. Nesse sentido, admite-se certa assimetria no tratamento de condutas em função de serem introduzidas por empresas dominantes ou não. Assim, uma mesma conduta pode ser caracterizada como anticompetitiva se praticada por uma empresa dominante, e eficiente ou pró-competitiva se não for praticada por uma empresa que tenha posição dominante (ANDRADE, 2007).

No entanto, como sustentado supra, tais ocorrências não podem ser encarradas como determinantes, já que a avaliação de condutas unilaterais abusivas no Brasil demanda maior amadurecimento, sendo inadequada qualquer dedução baseada somente nesse par de ocorrências. De todo modo, pelo que já foi aduzido no presente estudo é possível construir uma ponte para aplicação da teoria da responsabilidade especial no Brasil.

Em primeiro lugar, apesar não ser possível afirmar que exista uma perfeita identidade entre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e as demais jurisdições em comento, relativamente à abordagem do abuso de posição dominante, a leitura do princípio constitucional da livre concorrência, conforme sustentada acima, permite concluir que a eficiência não deve ser o objetivo exclusivo da política de defesa da concorrência brasileira.

Por conseguinte, tendo em vista o conceito de concorrência como garantia institucional, o interesse público deve prevalecer sobre os interesses privados dos agentes monopolistas. Portanto, o balanço correto deve levar em consideração os incentivos dados à concorrência dinâmica, que promove a inovação. Ademais, a liberdade de escolha dos consumidores, bem como a sua tutela em geral, tem vital importância. Ainda, o interesse público se coaduna com as obrigações resultantes da função social dos meios de produção (DRAGO, 2015).

Nesse sentido, a teoria da responsabilidade especial vigente no direito da concorrência comunitário europeu, segundo a qual as empresas em posição dominante detêm deveres de conduta, harmoniza-se com os parâmetros seguidos pelo CADE e pelo direito concorrencial brasileiro (OLIVEIRA, 2012). Com efeito, os agentes detentores de posição dominante devem buscar comportarem-se inspirados pela concorrência normal, ainda que ela não seja efetiva.

Essa constatação atrai os dois efeitos mencionados no item 1.3. Em primeiro lugar, o abuso de posição dominante lido sobre as lentes da responsabilidade especial significa que, diante das circunstâncias do caso concreto, o CADE e/ou o Judiciário deverão levar em consideração princípios e valores para-alm da eficiência econômica envolvida.

Vale destacar que esta perspectiva está alinhada também com o disposto no parágrafo único do art. 116 e 154, da Lei nº 6.404/1976, que impõe ao acionista controlador e ao administrador, respectivamente, o dever de conduzir as companhias levando em consideração a função social da empresa. Assim, conforme Eizirik (2011, p. 679):

A empresa, como unidade de produção, não congrega apenas os interesses dos sócios da companhia, mas também os dos fornecedores, empregados, consumidores e de toda a comunidade na qual exerce as suas atividades. A função social implica, portanto, em um poder-dever do acionista controlador de dirigir a empresa para a realização dos interesses coletivos.

O segundo efeito que decorre do reconhecimento da responsabilidade especial passa pela responsabilidade especial de autoavaliação do impacto concorrencial de suas próprias condutas, com todos os riscos inerentes a esta análise (DRAGO, 2015). Conforme sustenta Drago (2015), o desrespeito a este dever de autoavaliação deve gerar, na prática, presunção relativa de efeito anticoncorrencial no mercado. Assim, suposta falha nesta autoavaliação poderia se materializar em efeitos anticoncorrenciais, ensejando representações ou investigações perante o CADE ou

poder judiciário, implicando a inversão do ônus da prova em desfavor do agente econômico dominante. Nesse diapasão:

Uma inversão do ônus probatório da autoridade para as próprias empresas investigadas, uma vez que estas possuem mais informações sobre sua estrutura de custo, preço e da própria eficiência de seu modelo econômico, da dinâmica do mercado e dos parâmetros de concorrência, permitiria uma inversão dos incentivos de produção destes elementos comprobatórios ou excludentes da desconfiança de ilegitimidade das condutas. Cuida, portanto, da questão da assimetria informacional para avaliação do caso. (DRAGO, 2015, p. 389-390)

Não se pode deixar de destacar, todavia, que a ideia de criar ônus ou deveres para um agente dominante, pelo simples fato de este ser o mais eficiente, distancia-se de uma abordagem baseada nos efeitos das condutas (regra da razão). Nesse sentido, não podemos deixar de reconhecer que existe a possibilidade da teoria da responsabilidade especial ser, em última instância, deletéria para a concorrência, porquanto poderia frear o vigor competitivo do agente teoricamente mais eficiente, afetando, portanto, a maximização da eficiência e o bem-estar dos consumidores.

CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise aprofundada da teoria da responsabilidade especial do agente econômico dominante no direito comparado e sua eventual aplicabilidade ao cenário jusconcorrencial brasileiro.

Segundo a formulação consagrada pela Comissão Europeia, os agentes econômicos detentores de significativo poder de mercado possuem uma responsabilidade especial de não distorcer, por meio de condutas que fogem à concorrência no mérito, as condições de mercado existentes.

Como foi descrito, as raízes da teoria da responsabilidade especial remontam ao pensamento ordoliberal. Segundo esta corrente de pensamento que surgiu no início do século XX, não só o poder estatal, mas também formas de poder econômico podem ameaçar a ordem econômica livre, baseada no funcionamento do mecanismo de preços e na concorrência. Nesse sentido, o poder econômico pode levar a coerção, erodindo a liberdade de outros atores econômicos (LAROUCHE; SCHINKEL, 2013). Destarte, o ideal a ser perseguido pela política de defesa da concorrência deve ser tutelar a livre concorrência, afastando tanto o poder de mercado quanto o poder estatal. O direito concorrencial, nessa linha, funcionaria como um veículo que busca equacionar o objetivo de enfraquecer o poder de mercado sem ameaçar o *free market*.

Com base nessas ideias, que influenciaram a legislação concorrencial europeia, a jurisprudência comunitária paulatinamente desenvolveu a teoria da responsabilidade especial, aplicável nos casos de abuso de posição dominante. Essa teoria, conforme sustentamos, possui duas utilidades. Em primeiro lugar, funciona como ferramenta hermenêutica, obrigando a leitura do abuso de posição dominante levando em consideração outros princípios que possam incidir no caso concreto, como a tutela dos consumidores e o interesse público. A segunda utilidade está associada ao dever de autoavaliação imposto ao agente dominante acerca do impacto concorrencial de suas próprias condutas, com todos os riscos inerentes a esta análise. Em suma, embora não seja ilícito adquirir uma posição dominante, a teoria responsabilidade especial impõe deveres ao detentor dessa posição, de modo que o agente dominante deve busca ao máximo comportar-se sempre como se estivesse em plena concorrência.

Contudo, esse tipo de teoria não é bem recebida pela tradição jusconcorrencial estadunidense, largamente influenciada pelas ideias formuladas pela chamada Escola de Chicago. Segundo esta, a lente adequada para enxergar os problemas concorrenciais é a teoria dos preços. Logo, o único valor a ser perseguido pela política concorrencial deve ser a eficiência alocativa, de modo que todas as questões de direito concorrencial devem ser traduzidas em termos econômicos. Dessa maneira, conceitos demasiadamente abstratos, como responsabilidade especial, e discussões valorativas, devem ser evitadas, sendo a análise econômica a maneira mais correta e segura para julgar casos concorrenciais. Além do mais, a imposição do ônus de autoavaliação ao agente econômico dominante não seria desejável, porquanto tal agente pode ter grandes dificuldades na interpretação do art. 102 do TFUE e acabar por ou continuar abusando de sua posição dominante ou abster-se de praticar uma conduta lícita e pró-competitiva e, assim, em ambos os casos, o resultado pode ser o arrefecimento da concorrência.

De todo modo, ao analisar o princípio da livre concorrência segundo os ditames da Constituição de 1988, ficou incontroverso que, no Brasil, a concorrência não é um valor-fim, mas um valor-meio. Assim, apoiados nas lições de Calixto Salomão Filho – que defende a defesa da concorrência deve ser entendida como garantia institucional – e de Paula A. Forgioni – que sustenta que a concorrência nos termos constitucionais deve ser percebida como concorrência-instrumento –, conclui-se que o direito de defesa da concorrência não deve ser encarado apenas em sua função de eliminação dos efeitos autodestrutíveis do mercado, mas deve ser considerado instrumento de que dispõe o Estado para conformar o sistema, implementando políticas públicas.

Nesse diapasão, não se pode sustentar, por conseguinte, que a disciplina concorrencial tem por objetivo exclusivo promover a eficiência mercadológica, nos termos defendidos pela Escola de Chicago. O princípio da livre concorrência deve ser ponderado com os demais princípios previstos no art. 170 da CRFB/88, como a defesa do consumidor e a função da propriedade privada. Sendo assim, o Brasil se aproxima mais do paradigma concorrencial europeu do que do modelo estadunidense no que tange a interpretação do princípio da livre concorrência.

Com efeito, munidos dessa conclusão, passou-se a examinar, em termos mais práticos, como funciona a proibição do abuso de posição dominante nos termos da Lei nº 12.529/2011. Além de abordarmos a técnica jurídica da ilicitude pelos efeitos da conduta, adotada pelo art. 36, exploramos quatro espécies de condutas abusivas: a recusa de contratação, a venda casada, exclusividade e preços predatórios. Dessa maneira, identificamos, tanto do ponto de vista constitucional quanto do ponto de vista da Lei de Defesa da Concorrência, a teoria da responsabilidade especial não apresenta óbice ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

Contudo, ao analisar a jurisprudência do CADE, no tocante ao abuso de posição dominante, observou-se a referida autarquia não possui grandes números de julgamentos envolvendo condutas unilaterais abusivas. O que torna difícil qualquer conclusão acerca do posicionamento do CADE em relação as abordagens estadunidenses e europeias sobre o abuso de posição dominante. Ainda assim, identificaram-se alguns indícios recentes apontando que o CADE reconhece que empresas que têm posições dominantes têm obrigações e responsabilidades que não necessariamente são compartilhadas por empresas que não têm poder de mercado. Desta maneira, conquanto exista apenas tímida jurisprudência sobre o assunto, há fundamento teórico e legal para embasar a aplicabilidade da teoria da responsabilidade especial no ordenamento jusconcorrencial brasileiro.

Essa constatação, conseqüentemente, implica que o abuso de posição dominante deve ser lido sobre as lentes da responsabilidade especial de modo que, diante das circunstâncias do caso concreto, o CADE e/ou o Judiciário deverão levar em consideração princípios e valores para além da eficiência econômica envolvida. Além disso, alicerçados na tese de Bruno de Luca Drago, os agentes detentores de posição dominante, em decorrência da responsabilidade especial que detém, têm o dever de autoavaliação do impacto concorrencial de suas próprias condutas. O desrespeito deste deveria causaria presunção relativa de efeito anticoncorrencial no mercado, acarretando a inversão do ônus da prova em desfavor do agente econômico dominante.

Por todo exposto, é inegável que a teoria da responsabilidade especial é passível de aplicabilidade no Brasil. Contudo, não podemos deixar de sublinhar que a trajetória desta teoria ainda está em fase de amadurecimento na própria União Europeia, bem como as críticas

veementes à teoria não são triviais, já que existe o risco da imposição de uma responsabilidade especial ao agente econômico dominante pode ter efeitos deletérios ao bem-estar econômico.

Mesmo assim, acreditamos que a teoria da responsabilidade especial pode lançar luzes sobre o abuso de posição dominante no contexto brasileiro, contribuindo para um aprofundamento da atuação do CADE e do Judiciário no combate a tais práticas anticoncorrenciais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Tito. Paineis 3 - abuso de posição dominante/abuse of dominant position. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 14/2007, jan. 2007.

ALEXANDRE, Letícia Frazão. A Doutrina das Essential Facilities no Direito Concorrencial Brasileiro. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 12/2005, jan. 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed, 4ª Triagem. São Paulo: Malheiros, 2015.

ASSAFIM, J. M. L. **Controles sociais extrínsecos do exercício de direitos de propriedade intelectual: antitruste como tutela de direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/campos/joao_marcelo_de_lima_assafim.pdf>. Acesso em 20 ago. 2017.

BARCELLOS, Ana Paula de. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

BORK, Robert H. **The antitrust paradox: a policy at war with itself**. New York: Basic Books, 1978.

BOWMAN, Ward S. (1957). Tying arrangements and the leverage problem. *In*: GAVIL, Andrew I. **An Antitrust Anthology**. Cincinnati: Anderson Publishing Co, 1996.

BRASIL. Assembleia Constituinte. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. **CADE em Números**. Disponível em: <<https://cadenumeros.cade.gov.br/QvAJAXZfc/opensdoc.htm?document=Painel%2FCADE%20em%20N%C3%BAmeros.qvw&host=QVS%40srv004q6774&anonymous=true>>. Acesso em: 20 set. 2018.

_____. Congresso Nacional. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei no 8.884, de 11 de junho**

de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 28 ago. 2018.

_____. CONSELHO ADMINISTRATIVO DE DEFESA ECONÔMICA. **Nota Técnica nº 15/2018/CGAA2/SGA1/SG/CADE**, parágrafo 74, 2018.

COASE, R. **The nature of the firm**. The University of Chicago Press, 1988.

COELHO, Fabio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. Volume 1: direito de empresa. 16ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses**. Bruxelas, dez. 2005. Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

COSTA, Maurício de Moura. **O Princípio Constitucional de Livre Concorrência**. Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional. Vol. 5/1988, Jan/1998, pp. 8-27.

DRAGO, Bruno de Luca. A Perspectiva do Law EAMP; Economics Aplicada às Responsabilidades Especiais dos Agentes Econômicos Dominantes – Eficiência e Concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**. Vol. 21/2012, pp. 249 – 263, jan -jun, 2012.

_____. **Responsabilidade Especial dos Agentes Econômicos Dominantes**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo – USP. São Paulo, 2015.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. Supreme Court. **Aspen Skiing v. Aspen Highlands Skiing, 472 U.S. 585 (1985)**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/472/585/>>. Acesso em 28 ago. 2018.

_____. Supreme Court. **Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945)**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/326/1/>>. Acesso em 30 out. 2018.

_____. Supreme Court. **Lorain Journal Co. v. United States, 342 U.S. 143 (1951)**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/342/143/>>. Acesso em 25 nov. 2018.

_____. Supreme Court. **Standard Oil Co. of New Jersey v. United States, 221 U.S. 1 (1911)**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/221/1/>>. Acesso em 15 out. 2018.

_____. Supreme Court. **United States v. Joint Traffic Association, 171 U.S. 505 (1898)**. <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/171/505/>>. Acesso em 15 out. 2018.

_____. Supreme Court. **United States v. Terminal Railroad Ass'n, 224 U.S. 383 (1912)**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/224/383/>>. Acesso em 15 out. 2018.

_____. Supreme Court. **United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n, 166 U.S. 290 (1897)**. Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/166/290/>>. Acesso em 15 out. 2018.

_____. Supreme Court. **Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. ____ (2003)**. Disponível em: Disponível em: <<https://supreme.justia.com/cases/federal/us/540/02-682/>>. Acesso em 15 out. 2018.

EUROPEAN ECONOMIC & MARKETING CONSULTANTS. **As-efficient-competitor test**. Disponível em: <<http://www.ee-mc.com/tools/dominance-abuse/as-efficient-competitor-test.html>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

FIDELIS, Andressa Lins. Entre o “*laissez-faire*” americano e o “intervencionismo” europeu: para qual direção aponta a atual investigação do CADE sobre o mecanismo de busca do Google. **Revista de Defesa da Concorrência**. Vol. 3, nº 2, 2015, p. 65-86.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de Direito Econômico**. 7ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FORGIONI, Paula A. Análise Econômica do Direito (AED): Paranoia ou Mistificação?. **Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro**. Ano XI.IV, n/ 139, julho-setembro de 2005.

_____. **Os fundamentos do antitruste**. 9ª ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

GORMSEN, L. Lovdahl. **Article 82 EC: Where Are We Coming from and Where Are We Going to?**, *The Competition Law Review* 2, nº 2 (206):10, 2006, p. 9. Disponível em: <<https://www.escholar.manchester.ac.uk/api/datastream?publicationPid=uk-ac-man-scw:111389&datastreamId=POST-PEER-REVIEW-PUBLISHERS-DOCUMENT.PDF>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 11ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy – the law of competition and its practice**. St. Paul: West Publishing, 1999.

LAROUCHE, Pierre; SCHINKEL, Maarten Pieter. **Continental Drift in the Threatment of Dominant Firms: Article 102 TFUE in Contrast to § 2 Sherman Act**. In TILEC. Discussion Paper. Maio 2013, p. 15. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=2293141>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antônio Herman V.; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. 2ª edição revisada., atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

MCMAHON, Kathryn. Interoperability: Indispensability and Special Responsibility. In High Technology Markets. **Tulane Journal of Technology & Intellectual Property**. Vol. 9, 2007. Cópia eletrônica disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=1523146>>. Acesso em: 28 jan. 2018.

NERY JUNIOR, Nelson. **Venda casada em face do direito do consumidor e concorrencial**. Soluções Práticas de Direito, vol. 4/2014, set. 2014, p. 217-249.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 10ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Thiago Maciel. Lobbying Anticompetitivo e "Responsabilidade Especial" de Preservação da Concorrência Remanescente no Mercado. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, vol. 22/2012, jul-dez.2012, p. 201-219.

PEREIRA NETO, Caio Mário da & CASAGRANDE, Paulo Leonardo. **Direito concorrencial**. São Paulo: Saraiva, 2016.

POSNER, Richard. **Antitrust law, an economic perspective**. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

_____. **The Chicago School of antitrust analysis.** University of Pennsylvania Law Review 127/925 (1979).

RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. A Análise Econômica como método de interpretação do direito empresarial. *In*: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; GALESKI JUNIOR, Irineu. **Teoria Geral dos Contratos: contratos empresariais e análise econômica.** 2ª edição, revisada, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial.** São Paulo: Malheiros, 2013.

UNIÃO EUROPÉIA. **Acórdão do Tribunal de Justiça de 14.2.1978, Processo 27/76, United Brands c. Comissão, Colect. 1978, parágrafos 189 e 190.** Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=89300&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir>>. Acesso em 12 nov. 2018.

_____. **Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 23 de outubro de 2003. Processo T-65/98.** Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf;jsessionid=9ea7d2dc30d5dc9c2fd2f6e848c48baa8bdf28856523.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKbxn0?doclang=PT&text=&pageIndex=0&part=1&mode=DOC&docid=52334&occ=first&dir=&cid=499997>. Acesso em 12 nov. 2018.

_____. **Acórdão do Tribunal (Quinta Secção) de 3.07.1991, Processo C-62/86, AKZO Chemie BVc. Comissão das Comunidades Europeias., parágrafo 70.** Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf;jsessionid=9ea7d0f130d6c7ac0e4a6b234d74b43bfa5ff0469f1a.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OaNaTe0?text=&docid=94453&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=277660>>. Acesso em 12 nov. 2018.

_____. **Case T- 65/89 [1993] ECR II- 389, [1993] 5 CMLR 32.** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61989TJ0065>> . Acesso em 12 nov. 2018.

_____. **Decisão da Comissão Europeia de 25.7.2001, IV/ 36.915 - Deutsche Post AG - Intercepção de correio transfronteiriço, parágrafo 103.** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32001D0892>>. Acesso em 12 nov. 2018.

_____. **Decisão da Comissão Europeia de 27.06.2017, Processo AT.39740 - Google Search (Shopping), parágrafo 91.** Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2018:009:FULL&from=NL>>. Acesso em 12 nov. 2018.

_____. **Processo COMP/C-3/37.792, Microsoft Inc v. European Commission, 2007, parágrafo 775.** Disponível em:

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/37792/37792_4177_1.pdf>. Acesso em 12 nov. 2018.

_____. **Processo T-203/01, Michelin c. Comissão, Colect. P. II 4071.**

Acórdão do Tribunal de Primeira Instância (Terceira Secção) de 30.09.2003. Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30d53cf0a68231364082a5d6f80d830df1c9.e34KaxiLc3qMb40Rch0SaxyKax50?text=&docid=48641&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=48787>>. Acesso em 12 nov. 2018.

VATIERO, Massimiliano. The Ordoliberal Notion of Market Power: an institutionalist reassessment. **European Competition Journal**, dez. 2010, p. 690. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/233613121_The_Ordoliberal_Notion_of_Market_Power_An_Institutionalist_Reassessment>. Acesso em: 21 nov. 2018.

_____. **Power in The Market: on the dominant position.** Disponível em: <<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/005.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2018.