

ECONOMIA COMPORTAMENTAL E A “CEGUEIRA” DE AUTORIDADES ANTITRUSTE A ESTRATÉGIAS ATÍPICAS DE ABUSO

Bruno Bastos Becker

Resumo: Empresas buscam constantemente formas inovadoras para vender mais, melhorar a fidelização de seus clientes e, assim, aumentar ou manter suas participações de mercado. Empresas dominantes são criativas ao tentar abusar de suas posições com estratégias originais e não ser descobertas pelas autoridades concorrenciais. Adotando fundamentos da Economia Comportamental, abordo racionalidade limitada de autoridades concorrenciais frente a estratégias atípicas de abuso de posição dominante. Meu argumento é que autoridades concorrenciais tendem a não perceber novos tipos de práticas de abuso de posição dominante (i) porque vinculam-se a exemplos de práticas listados nas legislações concorrenciais, o que chamo de quase tipos, e (ii) porque também possuem sua própria racionalidade limitada.

Palavras-Chave: Direito Concorrencial; Abuso de Posição Dominante; Economia Comportamental, Tipos de conduta.

Keywords: Antitrust; Monopolization; Abuse of Dominant Position; Behavioral Economics, Types of conduct.

1. Introdução

Lucros monopolistas são o sonho de qualquer empresa¹. A iniciativa privada está buscando constantemente formas inovadoras de vender mais, sedimentar a confiança dos clientes e conquistar parcelas de mercado, de forma que possa se beneficiar da habilidade de impor preços maiores sobre seus produtos e serviços. Com este objetivo, companhias podem adotar práticas comerciais que sejam capazes de auxiliá-las a atingir tais condições; elas podem “negociar” (ou impor) exclusividade em acordos de distribuição, determinar o preço de revenda de seus produtos, ou, ainda, discriminar determinados

1 THIEL, Peter; MASTERS, Blake. Zero to One: Note on Startups, or how to build the future. New York: Crown Business, 2014.

clientes.

Sob certas circunstâncias, um agente dotado de posição dominante pode usar seu poder de mercado para restringir acesso de mercado, excluindo competidores e evitando a entrada de novos agentes (*market foreclosure*), o que legislações concorrenciais² chamam de abuso de posição dominante³ (ou monopolização)⁴. Praticamente todas as jurisdições antitruste adotam em suas legislações, regulamentos ou recomendações (*guidelines*) exemplos de práticas consideradas potencialmente abusivas. Por exemplo, as Recomendações da Comissão Europeia sobre Abuso de Posição Dominante⁵ listam algumas

2 Direito Concorrencial e Antitruste serão termos utilizados sob o mesmo sentido semântico, assim como todo termo derivado de tal paralelo.

3 Cf. OECD. Abuse of dominance and Monopolization. Disponível em: <http://www.oecd.org/competition/abuse>(A respeito da monopolização: “[a] firm’s ability to raise its prices is usually constrained by competitors and the possibility that its customers can switch to alternative sources of supply. When these constraints are weak, a firm is said to have market power and if the market power is great enough, to be in a position of dominance or monopoly (the precise terminology differs according to the jurisdiction). While mere possession of monopoly power does not in itself constitute violation of competition laws, the abuse of such power - particularly if it is used to weaken competition further by excluding rivals - calls for intervention from competition authorities”).

4 Respeitando os limites desse trabalho, não discutirei as diferenças entre as duas concepções ou entre diferenças legais ou doutrinárias entre países. Para um debate mais substancial a respeito das diferenças entre abuso de posição dominante (adotado, por exemplo, na União Europeia, além de países europeus e sul americanos) e monopolização (adotada nos Estados Unidos), ver: FOX, Eleanor M. Monopolization and Abuse of Dominance: Why Europe Is Different. *Antitrust Bulletin*, vol 59, no1, 2014, pp. 129-152; FOX, Eleanor M., Monopolization, Abuse of Dominance, and the Indeterminacy of Economics: The U.S./E.U. Divide. *Utah Law Review*, Salt Lake City, vol.2006, no 3, 2006, pp. 725-740; WALLER, Spencer Weber. The Role of Monopolization and Abuse of Dominance in Competition Law, *Loyola Consumer Law Review*, Chicago, vol.20, no 2, 2008, pp. 123-126; e SCHINKEL, Maarten Pieter LAROCUHE, Pierre. Continental Drift in the Treatment of Dominant Firms: Article 102 TFEU in Contrast to Section 2 Sherman Act, in: BLAIR, Roger D. e SOKOL, D. Daniel (ed.). *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*. Oxford: Oxford University Press, Volume 2, 2014, 153-184.

5 European Union. Communication from the Commission — Guidance on the Commission’s enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings. *Official Journal of the European Union*, Vol. 52, no. C 45, p. 7, 24 de fev. de 2009. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)efrom=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)efrom=EN)> .Acesso em nov. 2017.

práticas específicas: imposição de exclusividade, venda casada (*tying* e *bundling*), preços predatórios, recusa de fornecer e compressão de margem (*margin squeeze*). Estes não são tipos legais (fixos) de condutas, mas exemplos de possíveis comportamentos anticompetitivos.

No entanto, empresas são criativas nas formas pelas quais buscam o monopólio, de modo que desenvolvem novas e diferentes estratégias, para além daqueles exemplos. Casos recentes evidenciam práticas ainda mais complexas, que fogem aos exemplos tradicionais – como cláusulas de nação mais favorecida (*most favored nation*, ou simplesmente *MFN*)⁶ em plataformas online de reservas de hotéis (também chamadas de *across platform parity agreements*⁷), ou *pay-for-delay* no mercado farmacêutico⁸.

Ao caráter inovador do setor privado, devemos adicionar a limitação do regulador. Autoridades antitruste estão com frequência atrasadas em relação às práticas mais avançadas e enfrentam dificuldades em adotar novas teorias. Nesse sentido, Hovenkamp observa que:

Aqueles que fazem política antitruste são consumidores, não usualmente criadores de teoria econômica. Além disso, os criadores de política antitruste são muito relutantes em adotar novas teorias. A economia aplicada em decisões antitruste é bastante convencional, ou economia ‘aplicada’. A literatura econômica como um todo é mais técnica, mais aventureira e especulativa, muito mais estilizada e, na margem, muito mais controversa do que a maior parte da economia que é aplicada por quem faz política antitruste. (tradução livre)⁹

⁶ A respeito, ver: SALOP, Steven C.; MORTON, Fiona Scott. Developing an Administrable MFN Enforcement Policy. *Antitrust*, vol. 27, 2013, pp. 15-19; e HEINZ, Silke. Online Booking Platforms and EU Competition Law in the Wake of the German Bundeskartellamt's Booking.com Infringement Decision. *Journal of European Competition Law e Practice*, Oxford, vol 7, n. 8, 2016, pp. 530-536.

⁷ Ver: OECD. Executive Summary of the Hearing on Across-Platforms Parity Agreements. Paris, out. de 2015. Disponível em: <[http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/CO MP/M\(2015\)2/ANN3/FINALedoclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/CO MP/M(2015)2/ANN3/FINALedoclanguage=en)>. Acesso em Nov. 2017.

⁸ A respeito, ver: FAILLACI, Anthony. Antitrust and Patent Law - Pay to Delay or Reverse Payment Settlements Could Violate Antitrust Laws. *Journal of Health e Biomedical Law*, Boston, vol 11, 2016, 477-492; e PERITZ, Rudolph J. R. Taking Antitrust to Patent School: The Instance of Pay-for-Delay Settlements. *Antitrust Bulletin*, vol. 58, N. 1, 2013, pp. 161-176.

⁹ No original: “Those who make antitrust policy are consumers, not usually creators, of economic theory. Further, antitrust policy makers are quite stodgy about adopting new theory. The economics applied in antitrust decision making is quite conventional, ‘applied’ economics. The economics literature as a whole is more technical, more

Similarmente, Fox nota que o Direito Concorrencial segue inovações comerciais:

Mudanças na política antitruste ocorrem com as mudanças no mundo dos negócios. As mudanças na estrutura e na conduta dos negócios são, por sua vez, relacionadas ao desenvolvimento tecnológico e a uma variedade de desenvolvimentos culturais [...] As mudanças na política antitruste ocorrem também em resposta a formas de mudança no pensamento teóricos sobre problemas econômicos. (tradução livre)¹⁰

Neste artigo, abordo vieses de agências antitruste, com foco específico na forma pela qual elas podem ignorar práticas de abuso de posição dominante que não sejam parte de listas previamente definidas – a que denomino práticas *quase típicas*. Meu argumento é que autoridades concorrenciais tendem a não perceber novos tipos de práticas de abuso de posição dominante (i) porque vinculam-se a exemplos de práticas listados nas legislações concorrenciais, o que chamo de quase tipos, e (ii) porque também possuem sua própria racionalidade limitada. Em outras palavras, exemplos *quase típicos* de práticas enviesam (ainda mais) a percepção de novas estratégias por parte das autoridades.

O restante deste ensaio está organizado da seguinte forma. A segunda parte aborda o conservadorismo do direito antitruste no que tange ao abuso de posição dominante. A terceira parte articula argumentos favoráveis à conceituação de exemplos *quase típicos* de abuso de posição dominante. A quarta parte aborda a limitação da racionalidade de autoridades antitruste. A quinta parte conclui.

2. Conservadorismo do antitruste e a dominância da (micro)economia tradicional

Legislações antitruste ao redor do mundo são fortemente estruturadas sobre argumentos econômicos. Na verdade, a emergência do Direito

venturesome and speculative, much more stylized, and at the margins much more controversial than most of the economics that is applied by the antitrust policy maker”. (HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy*. 3a ed. Saint Paul: Thomson West, 2005).

¹⁰ “Changes in antitrust policy occur with changes in the world of business. Changes in business structure and business conduct are in turn related to technological development and to a range of cultural developments. [...] Changes in antitrust policy occur also in response to shifting modes in theoretical thinking about economic problems.” (FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and Materials on Antitrust*. 3a ed. West Academic Publishing, 1989).

Concorrencial no fim do século 19 foi intensamente influenciada pela teoria econômica¹¹. Além disso, o Antitruste é considerado o campo legal no qual o movimento de *Law & Economics* mais se desenvolveu¹². Particularmente, no tocante às práticas de abuso de posição dominante, ainda que geralmente baseadas na regra da razão (*i.e.*, pela necessidade de se verificar efeitos no mercado), as possíveis condutas são baseadas na racionalidade microeconômica. Viscusi, Harrington Jr. e Vernon demonstram que práticas de abuso de posição dominante têm forte racionalidade microeconômica, e a análise de seus efeitos também é realizada com microeconomia¹³. De fato, o Direito Concorrencial não pode ser implementado sem fundamentação na teoria econômica¹⁴. Por exemplo, durante os últimos 10 anos, a Comissão Europeia tem aplicado uma “abordagem mais econômica” (*more economic approach*) ao artigo 102¹⁵ do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia¹⁶.

¹¹ Cf. HOVENKAMP, Herbert. Post-Chicago Antitrust: A Review and Critique. *Columbia Business Law Review*, New York, Vol. 2001, n. 2, 2001, pp. 257-259: “Antitrust in the United States has seldom suffered from a shortage of economic theories suggesting why certain behavior should be unlawful. Beginning in the decade that the Sherman Act was passed, litigants began to rely on prevailing economic theories to explain why a particular act was or was not anticompetitive.”

¹² Cf. BLAIR, Roger D. e KASERMAN, David L. *Antitrust Economics*, 2nd Edition, 2009, p.1: “Antitrust economics lies at the (we believe intriguing) intersection of economic and legal reasoning. It is, perhaps, the oldest and most fully developed area within the more general field of what has come to be known as ‘law and economics.’ ”

¹³ VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4a ed. Cambridge: MIT Press, 2005, pp. 293-354.

¹⁴ FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and Materials on Antitrust*. 3a ed. West Academic Publishing, 1989.

¹⁵ Na redação original: “É incompatível com o mercado interno e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar 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 directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção 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 como objecto desses contratos.”

¹⁶ Anteriormente, artigo 82 do Tratado da União Europeia. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXTefrom=EN>>.

Acesso em Nov. 2017.

O problema é que uma fundamentação de base microeconômica conduz à premissa de que agentes econômicos são (i) atores racionais com (ii) força de vontade e (iii) interesse próprio:

[...] ao contrário, a aplicação do direito concorrencial procura dissuadir ou eliminar restrições anticompetitivas'. As teorias econômicas neoclássicas dos formuladores de políticas definem o 'comportamento racional' como aquele realizado por pessoas que 'acumulam uma quantidade ótima de informações' e 'maximizam sua utilidade a partir de um conjunto estável de preferências. Em suma, suas teorias assumem atores racionais com força de vontade, e perseguindo seu auto interesse. (tradução livre)¹⁷

No tocante a essa presunção de racionalidade perfeita, cuja é atribuída à Escola de Chicago¹⁸ (ainda que outras escolas, como a pós-Chicago e de Harvard não tenham se oposto¹⁹), Tor menciona, por exemplo, casos de preços predatórios²⁰ no quais a Suprema Corte dos EUA presumiu agentes econômicos perfeitamente racionais e adotou a regra da necessária possibilidade de recuperar os prejuízos para que essa prática fosse considerada ilegal²¹. De acordo com essas decisões, empresas somente se engajariam em preços predatórios caso elas tivessem razoável expectativa de recuperar os prejuízos incorridos quando da prática de preços predatórios²².

Presumir racionalidade perfeita dos consumidores pode, no entanto, conduzir a uma espécie de "cegueira" no que tange a um variado conjunto de comportamentos estudados pela Economia Comportamental²³, e a uma falha

¹⁷ STUCKE, Maurice E. Money, Is That What I Want: Competition Policy and the Role of Behavioral Economics. Santa Clara Law Review, vol. 50, n. 3, 2010, pp. 893, 983-984.

¹⁸ STUCKE, Maurice E. Money, Is That What I Want: Competition Policy and the Role of Behavioral Economics. Santa Clara Law Review, vol 50, 2010, 893, 989-994.

¹⁹ Cf. TATE, Matt. Behavioral Economics: An Insight into Antitrust. Law e Psychology Review, Tuscaloosa, vol. 37, 2013, pp. 249-254: "This led to a legal doctrine built around the belief that humans behave rationally, and in the limited cases in which irrationality occurs, the self-correcting force of the market will counteract the irrational behavior. Even opposing schools of thought, such as Post-Chicago and Harvard, posit the assumption of rationality in antitrust law."

²⁰ Brooke Group Ltd. v. Brown e Williamson Tobacco Corp., 519 U.S. 209 (1993) and Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co., 549 U.S. 312 (2007).

²¹ TOR, Avishalom. The Market, the Firm, and Behavioral Antitrust. In: ZAMIR, Eyal e TEICHMAN, Doron (Ed.). The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law. Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 540.

²² Ibidem, p. 541.

²³ Cf. STUCKE, Maurice E. Money, Is That What I Want: Competition Policy and the

em entender peculiaridades em mercados específicos e entre atores específicos²⁴.

Dentro das três categorias tradicionais da atividade concorrencial (*i.e.*, fusões e aquisições, cartéis e abuso de posição dominante), abuso de posição dominante é a área mais inovadora no lado das empresas, uma vez que é diretamente relacionado a suas estratégias de vendas e crescimento²⁵. Sob essa perspectiva, e considerando a inventividade da iniciativa privada, estratégias inovadoras baseadas em economia comportamental poderiam ser utilizadas para monopolizar certo mercado. Segundo *Office of Fair Trade* do Reino Unido (“OFT”), “onde tais vieses [em relação ao consumidor] existem, firmas podem agir de forma a aumentá-los e explorá-los, em todas as fases do processo decisório” (tradução livre)²⁶. Isto é o que Huffman e Heidtke denominam “*exploração comportamental*”²⁷. De acordo com eles, exploração comportamental seria um campo adicional em relação às três áreas tradicionais do Direito Concorrencial acima mencionadas²⁸, de modo que preços predatórios se caracterizam como “*a mais provável extensão da atual*

Role of Behavioral Economics. Santa Clara Law Review, Santa Clara, vol. 50, 2010, pp. 893 e 977: “Thus a governmental policy that assumes self-interested citizens is misguided. It ignores how moral, ethical, and social norms hinder undesirable conduct and promote desirable behavior-at times more effectively than financial incentives and penalties”.

²⁴ Cf STUCKE, Maurice E. Money, Is That What I Want: Competition Policy and the Role of Behavioral Economics. Santa Clara Law Review, Santa Clara, vol. 50, 2010, p. 978: “Competition policy’s greatest failing has been its failure to understand better how competition works in particular markets in particular communities at particular time periods and the interplay among private institutions, government institutions, and informal social, ethical, and moral norms.”

²⁵ Cf. HOLT, Charles A.; SCHEFFMAN David T. Strategic Business Behavior and Antitrust, in LARNER, Robert J.; MEEHAN JR., James W (Ed.). Economics and Antitrust Policy , 1989, p. 41: “The types of conduct of concern to antitrust that are more appropriately classified as strategic are generally actions that work to create, enhance, or protect market power, often by disadvantaging rivals”.

²⁶ Cf. Office of Fair Trading, What does Behavioural Economics mean for Competition Policy? 14 Março de 2010: “[w]here such [consumer] biases exist, firms can act to exacerbate and exploit them, at every stage in the decision-making process”. Disponível em:

<http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/s/hared_offt/economic_research/oft1224.pdf>. Acesso em: Nov. 2017.

²⁷ HUFFMAN, Max; HEIDTKE, Daniel B. Behavioral Exploitation Antitrust in Consumer Subprime Mortgage Lending. William. e Mary Policy Review, Williamsburg, vol. 4, 2012, pp. 77-109.

²⁸ Ibidem, pp. 93-94.

*doutrina*²⁹.

Ainda que seja uma nova área, ou que seja parte de um conjunto de práticas eventualmente abusivas, não é novidade que agentes econômicos se utilizem de Economia Comportamental a fim de manipular e prejudicar consumidores e mercados. No referido estudo, o OFT identificou cinco práticas comportamentais adotadas por empresas relacionadas a preços: (i) *drip pricing* (ou seja, oferecer cotação baixa de um produto e, posteriormente, aumentar o preço por outras formas tal como acontece quando companhias aéreas de baixo custo cobram taxas adicionais por bagagem, reserva de assentos e comida após disponibilizar uma baixa tarifa), (ii) promoções (inflacionar o preço regular e oferecer um valor menor, como “antes 2 reais, agora 1 real”), (iii) precificação complexa (o conhecido “compre dois, ganhe um”), (iv) *baiting* (quando empresas anunciam grandes operações de vendas, porém oferecem somente uma pequena quantidade de bens a baixos preços).

Além do caráter inovador das práticas de abuso de posição dominante, uma condenação por uma agência antitruste requer a prova de efeitos negativos no mercado. Como Holt e Scheffman indicam, “*ao primeiro olhar, muitas das estratégias examinadas na literatura a respeito de estratégias de negócios parecem anticompetitivas [...] A possibilidade de efeitos anticompetitivos depende criticamente das posições dos atuais ou potenciais rivais da empresa em questão*”³⁰.

Portanto, práticas de abuso de posição dominante são, naturalmente, mais difíceis de ser identificadas e punidas do que em outras áreas do Direito Concorrencial. Como demonstrarei a seguir, a esse cenário, devemos adicionar (i) *quase tipos* de abuso de posição dominante, e (ii) racionalidade limitada das autoridades antitruste.

3. Os quase tipos de abuso de posição dominante

Como mencionado, o conceito de abuso de posição dominante compreende toda espécie de prática unilateral realizada por uma única empresa que acarrete fechamento de mercado³¹, *i.e.*, saída de competidores e barreiras à

²⁹ Ibidem, p. 94.

³⁰ Cf. HOLT, Charles A.; SCHEFFMAN, David T. Strategic Business Behavior and Antitrust, in LARNER, Robert J.; MEEHAN JR, James W (Ed.). Economics and Antitrust Policy, 1989.

³¹ Essas práticas podem ser divididas em dois grupos: condições excludentes (exclusionary) e não-excludentes (non-exclusionary). No limite dos propósitos do presente artigo, eu não abordarei as diferenças entre as referidas práticas. A respeito dessa temática, ver: BERNHEIM, B. Douglas; HEEB, Randal. A Framework for the

entrada de novos competidores³². Uma vez que tais práticas de abuso de posição dominante são normalmente avaliadas por seus reais efeitos no mercado³³, é difícil para autoridades e terceiros identificarem quais tipos de estratégia de vendas poderiam ser consideradas abusivas.³⁴ Bernheim e Heeb explicam esse vasto alcance:

Formular princípios claros e amplos para analisar condutas alegadamente anticompetitivas é um desafio, em grande parte, porque tal nomenclatura abrange um amplo espectro de práticas, incluindo exclusividade e outras formas de acordo que limitem a habilidade de um consumidor ou fornecedor de negociar com um rival, preços predatórios, venda casada e descontos de fidelidade. Enquanto essas práticas são inquestionavelmente conectadas, cada uma difere das outras de maneiras potencialmente substantivas. Essas diferenças contribuem com a multiplicidade de modelos e teorias pertencentes à conduta exclusionária encontrada na literatura acadêmica, assim como o tratamento discrepante dado em precedentes a condutas específicas. Como resultado, o tema condutas exclusionárias é amplamente entendido como complexo, confuso e não-resolvido. (tradução livre)³⁵

Economic Analysis of Exclusionary Conduct, in BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (Ed.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 2, 2014, p. 3.

³² Há diferenças quanto à substância das práticas abuso de posição dominante e de monopólio. Contudo, como indiquei na nota de rodapé no. 4, seguindo os objetivos desse artigo, não discutirei as distinções entre essas práticas e considerarei, portanto, ambos os sistemas como equivalentes, no que tange ao tópico desse trabalho.

³³ Há exceções, como, por exemplo, entendimento sobre RPM (enquanto conduta per se) antes que do Caso Leegin nos EUA, ou mesmo o recente caso do CADE no Caso SKF.

³⁴ Cf. HOLT, Charles A.; SCHEFFMAN, David T. *Strategic Business Behavior and Antitrust*, in LARNER, Robert J.; MEEHAN JR, James W (Ed.). *Economics and Antitrust Policy*, 1989.: “It would be useful to catalogue the types of conduct discussed in the business strategy and economics literature [...] but this would be a very major, if not impossible task”.

³⁵ “Devising clear and broadly applicable principles for analyzing allegedly anticompetitive exclusionary conduct is challenging in large part because that heading subsumes a wide range of diverse practices, including exclusive dealing and other agreements that limit a customer’s or supplier’s ability to do business with a rival, predatory pricing, bundled pricing, tying, and loyalty discounts. While these practices are unquestionably related, each differs from the others in potentially substantive ways. Those differences contribute to the multiplicity of models and theories pertaining to exclusionary conduct found in the scholarly literature, as well as to the disparate conduct specific legal precedents. As a result, the topic of exclusionary conduct is widely perceived as complex, confusing, and unsettled” (BERNHEIM, B. Douglas; HEEB, Randal. *A Framework for the Economic Analysis of Exclusionary Conduct*, in

(Provavelmente) almejando resolver esse problema, agências antitruste providenciam listas de “exemplos” não vinculantes de potenciais práticas de abuso de posição dominante em suas legislações, regulações e recomendações (*guidelines*). Isso ajuda reguladores a identificar com mais facilidade as práticas potencialmente problemáticas, e também a informar agentes de mercado no momento do desenvolvimento de estratégias comerciais. Tais exemplos são, por definição, não exaustivos e não impedem que autoridades investiguem novas práticas. Chamo esses exemplos de *quase tipos*³⁶.

Quase tipos aparecem nos sistemas de Direito Antitruste em basicamente três formatos: (i) dentro das leis (e regulamentos) concorrenciais, (ii) não nas leis, mas nas recomendações (*guidelines*) de autoridades, e (iii) em instrumentos de soft Law desenvolvidos por entidades internacionais. Abaixo, apresento alguns exemplos dos três casos³⁷.

Em primeiro lugar, diversas jurisdições incluem em suas próprias legislações exemplos de práticas de abuso de posição dominante. Elas variam em termos dos tipos incluídos, sua descrição e no tocante à flexibilidade em relação a outras práticas não listadas. Este é o caso, por exemplo, de União Europeia, Alemanha, Brasil, China e Índia.

A legislação concorrencial da União Europeia é muito concisa, e se constitui, basicamente, pelos artigos 101 (colusões) e 102 (abuso de posição dominante) do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia. O Artigo 102 lista quatro formas abertas de abuso de posição dominante (preços injustos, limitação de produção e mercados, discriminação e imposição de condições específicas em acordos). Similarmente, a Lei Antitruste Alemã (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, ou “GWB”) estabelece uma lista de exemplos

BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (Ed.). The Oxford Handbook of International Antitrust Economics. Oxford: Oxford University Press, Vol. 2, 2014, p. 3.)

³⁶ A literatura concorrencial já qualifica tais exemplos como tipos. Aqui, no entanto, faço referência aos tipos como uma analogia a contratos típicos dos sistemas contratuais de Civil Law. No Direito Contratual, os sistemas de Civil Law adotam “tipos” de contrato – elemento ausente nos sistemas de Common Law. Considerando isto no campo do abuso de dominância, os tipos são meramente exemplos, eu os denomino quase-tipos, porque não são categorias fixas. Como Pargendler nota, mesmo regras padrão de sistemas de Common Law (que são, basicamente, sugestões não-vinculativas, como os exemplos de tipos de abuso de dominância) apresentam esse “stickness”. (PARGENDLER, Mariana. The Role of the State in Contract Law: The Common-Civil Law Divide. NYU Law and Economics, New York, Research Paper No. 17-01 (Draft, Jan 2017)). Abordarei o “stickness” com mais profundidade abaixo.

³⁷ Esta parte do texto não pretende ser exaustiva, mas apenas fornecer exemplos relevantes para o argumento.

amplos de práticas abusivas no seu §21³⁸, que inclui, em outras palavras (i) recusa a negociar e discriminação (§ 21.(2)1.), (ii) preços excessivos (§ 21.(2)2.), (iii) imposição de preços mais baixos para aquisição (§ 21.(2)3.), (iv) recusa de acesso a redes ou infraestrutura (§ 21.(2)4.), e (v) exigência de vantagens indevidas (§ 21.(2)5.).

De forma mais detalhada, a Legislação Concorrencial brasileira (Lei nº 12.529/2011)³⁹, exemplifica, em seu parágrafo 3º, itens III a XIX, dezoito práticas que poderiam ser consideradas violações da ordem econômica, a exemplo de “discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços” (item X) e “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” (item XVIII)⁴⁰.

³⁸ “§ 21 Prohibition of Boycott and Other Restrictive Practices [...] (2) An abuse exists in particular if a dominant undertaking as a supplier or purchaser of a certain type of goods or commercial services

1. directly or indirectly impedes another undertaking in an unfair manner or directly or indirectly treats another undertaking differently from other undertakings without any objective justification;

2. demands payment or other business terms which differ from those which would very likely arise if effective competition existed; in this context, particularly the conduct of undertakings in comparable markets where effective competition exists shall be taken into account;

3. demands less favourable payment or other business terms than the dominant undertaking itself demands from similar purchasers in comparable markets, unless there is an objective justification for such differentiation;

4. refuses to allow another undertaking access to its own networks or other infrastructure facilities against adequate consideration, provided that without such joint use the other undertaking is unable for legal or factual reasons to operate as a competitor of the dominant undertaking on the upstream or downstream market; this shall not apply if the dominant undertaking demonstrates that for operational or other reasons such joint use is impossible or cannot reasonably be expected;

5. uses its market position to invite or cause other undertakings to grant it advantages without any objective justification. Disponível em: <http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Others/GWB.pdf?__blob=publicationFile&v=3>. Acesso em Nov. 2017.

³⁹ Disponível em: <<http://en.cade.gov.br/topics/legislation/laws/law-no-12529-2011-english-version-from-18-05-2012.pdf/view>>. Acesso em Nov. 2017.

⁴⁰ Artigo 36, § 3º [...] III - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado; IV - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços; V - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas,

O Artigo 17 da Lei chinesa Anti-Monopólio⁴¹ também lista seis práticas que poderiam ser consideradas abuso, como “discriminar preços ou outros termos de transações a contrapartes em igual condição”(6). O item sétimo do artigo 17 inclui a possibilidade de investigar outras condutas não

equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição; VI - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa; VII - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros; VIII - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição; IX - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros; X - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços; XI - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais; XII - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais; XIII - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los; XIV - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia; XV - vender mercadoria ou prestar serviços injustificadamente abaixo do preço de custo; XVI - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção; XVII - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada; XVIII - 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; e XIX - exercer ou explorar abusivamente direitos de propriedade industrial, intelectual, tecnologia ou marca.

⁴¹ “Chapter III Abuse of Market Dominance. Article 17 A business operator with a dominant market position shall not abuse its dominant market position to conduct following acts: (1) selling commodities at unfairly high prices or buying commodities at unfairly low prices; (2) selling products at prices below cost without any justifiable cause; (3) refusing to trade with a trading party without any justifiable cause; (4) requiring a trading party to trade exclusively with itself or trade exclusively with a designated business operator(s) without any justifiable cause; (5) tying products or imposing unreasonable trading conditions at the time of trading without any justifiable cause; (6) applying dissimilar prices or other transaction terms to counterparties with equal standing; (7) other conducts determined as abuse of a dominant position by the Anti-monopoly Authority under the State Council.” Disponível em: <http://www.china.org.cn/government/laws/2009-02/10/content_17254169.htm>. Acesso em nov. 2017.

expressamente listadas (item 7), o que tem os mesmos efeitos de outras provisões nas legislações brasileira e alemã e que tornam os itens listados meros exemplos de práticas, e não tipos legais.

Finalmente, o artigo 3(4) da Legislação Concorrencial Indiana (*Indian Competition Act*⁴²) lista cinco tipos de práticas: “(a) venda conjunta/casada; (b) acordos de fornecimento exclusivo; (c) acordos de distribuição exclusiva; (d) recusa a negociar; (e) manutenção de preços de revenda.”

Em todos os casos mencionados, e em muitas outras jurisdições que adotam a mesma estrutura (*e.g.*, Argentina⁴³, México⁴⁴, Finlândia⁴⁵, Canadá⁴⁶), *quase tipos* não vinculam agências a investigar e julgar exclusivamente baseadas neles. Além disso, alguns deles adotam uma linguagem mais ampla, enquanto outros se utilizam de termos mais específicos. O efeito esperado, contudo, parece ser o mesmo: fornecer orientação e previsibilidade ao mercado a respeito das práticas anticompetitivas “*mais prováveis*” de serem verificadas.

A segunda hipótese envolve casos em que, embora não tenham *quase tipos* textualmente nas suas legislações, autoridades concorrenciais incluem, de alguma forma, tais exemplos em documentos infra legais, como regulações e recomendações (*guidelines*), de modo a fornecer previsibilidade ao mercado e a seu corpo técnicos. Este é o caso dos Estados Unidos, em que a Seção 2 do Sherman Act⁴⁷ adota uma linguagem ampla para se referir ao “monopólio, ou

⁴² Article 3(4) Any agreement amongst enterprises or persons at different stages or levels of the production chain in different markets, in respect of production, supply, distribution, storage, sale or price of, or trade in goods or provision of services, including— (a) tie-in arrangement; (b) exclusive supply agreement; (c) exclusive distribution agreement; (d) refusal to deal; (e) resale price maintenance. Disponível em: <http://www.cci.gov.in/sites/default/files/cci_pdf/competitionact2012.pdf>. Acesso em Nov. 2017.

⁴³ Lei Argentina n. 25.156, Defesa da Competência, Artigo 2. Disponível em: <<http://www.gwcl.com/Library/America/Argentina/DEFENSA%20DE%20LA%20COMPETENCIA.html>>. Acesso em Nov. 2017.

⁴⁴ Ley Mexicana Federal de Competencia Económica, Artigo 10. Disponível em: <http://gwcl.com/Library/America/Mexico/Compendio_CFC_enero_2013.pdf>. Acesso em Nov. 2017.

⁴⁵ Finnish Competition Act, Seção 7. Disponível em: <<https://www.kkv.fi/en/facts-and-advice/competition-affairs/competition-restraints/abuse-of-dominant-position/forms-of-abuse-of-dominant-position/>>. Acesso em Nov. 2017.

⁴⁶ Canadian Competition Act, Seção 78. Disponível em: <<http://gwcl.com/Library/America/Canada/Competition%20Act.pdf>>. Acesso em Nov. 2017.

⁴⁷ “Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or

tentativa de monopolizar” (*monopolize, or attempt to monopolize*), sem explicar ou exemplificar em que isto implica – provavelmente porque, no momento de sua edição, os legisladores não tivessem experiência no assunto.

Na verdade, em 1914, o Clayton Act emendou o Sherman Act e incluiu algumas práticas quase típicas. Ademais, ao longo dos mais de 100 anos de jurisprudência consolidada nesse tópicos, cortes e agências (Federal Trade Commission, “FTC” e Department of Justice, “DOJ”) desenvolveram experiência sobre os tipos mais populares de condutas de abuso de posição dominante. Na verdade, esta pode ser a origem dos tipos adotados por outras jurisdições. Seguindo o desenvolvimento teórico baseado em casos, as referidas agências americanas criaram documentos que pudessem ser utilizados por reguladores internos e pelo mercado a respeito de práticas ilícitas. Em 2008, o Departamento de Justiça lançou o “*Report on Antitrust Monopoly Law*”⁴⁸, no qual prevê condutas excludentes: (i) preços predatórios; (ii) venda casada; (iii) descontos em produtos/serviços coligados e em função de lealdade; (iv) recusa de negociar, e (v) negociações exclusivas. Em 2009, o DOJ revogou este documento, argumentando que ele “criava muitos entraves ao governo com relação à aplicação da legislação antitruste, além de favorecer cuidado extremo e o desenvolvimento de portos seguros para certas condutas inseridas no alcance da Seção 2”⁴⁹. Essa justificativa, além de não negar o uso de certos exemplos de práticas, parece confirmar a hipótese aqui apresentada na medida em que evidencia a conscientização do DOJ com eventuais problemas gerados por quase tipos.

Adicionalmente, e apesar de já haver alguma descrição ampla de práticas no artigo 102, Comissão Europeia adotou em 2009 *guidelines* a respeito de abuso de posição dominante,⁵⁰ onde também prevê exemplos claros

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”. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/15/2>>. Acesso em Nov. 2017.

⁴⁸ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act. Setembro de 2008. Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm>. Acesso em Nov. 2017.

⁴⁹ U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE. Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law, 11 de maio de 2009. Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law>>. Acesso em Nov. 2017.

⁵⁰ European Union. Communication from the Commission — Guidance on the

de “*formas específicas de abuso*”: (i) negociações exclusivas, incluindo imposição de compras exclusivas, descontos condicionais; (ii) forçar a compra ou contratação de produtos e serviços coligados (*tying* e *bundling*); (iii) predação, e (iv) recusa em fornecer e *margin squeeze*.

Se uma determinada jurisdição não se encaixa nos dois primeiros exemplos, então, certamente, será influenciada pelos instrumentos de soft Law criados pela comunidade internacional. Nessa terceira categoria, entidades internacionais adotam a mesma estratégia exemplificativa quando lidam com práticas de abuso de posição dominante. O website da Organização Econômica para Cooperação e Desenvolvimento (OECD) lista seis “exemplos de práticas abusivas” típicas⁵¹: (i) preços predatórios, (ii) descontos por fidelidade, (iii) forçar a compra ou contratação de produtos e serviços coligados (*tying* e *bundling*), (iv) recusas negociais, (v) *margin squeeze*, e (vi) preço excessivo. Similarmente, a *International Competition Network* possui uma obra coletiva sobre práticas unilaterais em andamento, o *ICN Unilateral Conduct Workbook*. O *Workbook* se constitui de diversos capítulos, sendo dois introdutórios a respeito dos objetivos das leis e da análise do poder de mercado, e, até o momento, três a respeito de (i) preços predatórios, (ii) imposição de negociações exclusivas (*exclusive dealing*) e single branding, e (iii) *tying* e *bundling*.⁵²

Mas esses *quase tipos* são bons ou ruins?

Acredito que ambos. Por um lado, exemplos de práticas unilaterais não são exaustivas ou vinculativas, deixando espaço para investigação para além da lista pré-determinada. Além disso, esses quase tipos exercem a função de guiar e oferecer orientação e segurança nos mercados, bem como auxiliar reguladores a manter um foco em práticas que possam oferecer, de forma mais clara, probabilidade de constituírem preocupação ao Direito Concorrencial (especialmente em uma situação de recursos escassos, como geralmente são agências antitruste).

Por outro lado, esses exemplos pegam (ou, em inglês, são *sticky*)⁵³e,

Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, 2009. Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)efrom=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)efrom=EN)>. Acesso em Nov. 2017

⁵¹ OECD Website. Abuse of dominance and monopolization. Disponível em:<<http://www.oecd.org/competition/abuse/>>. Acesso em Nov. 2017.

⁵² ICN Website. ICN Unilateral Conduct Workbook. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/unilateral/ucworkbook.aspx>>. Acesso em Nov. 2017.

⁵³ A respeito de “stickiness” em regras de aplicação geral (default rules), ver BEN-

na prática (*i.e.*, no mundo de humanos, não *homo economicus*), eles previnem que autoridades identifiquem, investigam e indiciem outras formas mais claras de práticas de abuso de posição dominante.

Diversas tendências já estudadas podem explicar por que os exemplos “pegam”. O viés *status quo* mantém as agências (mais especificamente, técnicos das autoridades) em inércia, sem tomar novas ações⁵⁴. Como Cooper e Kovacic afirmaram, essas práticas que tornam “reguladores relutantes em alterar o status quo tenderão a tornar suas decisões aderente a decisões políticas iniciais”⁵⁵ e “a partir desse elemento ‘aderente’[*stickiness*], emerge um dependência pelo caminho prévio [*path dependency*] em escolhas de política pública, em que políticas adotadas no passado tem um impacto persistente na adoção de futuras políticas”⁵⁶.

Antes de avançar, dois comentários são necessários. Primeiramente, como indicado na Introdução, companhias são criativas com relação às formas pelas quais buscam monopólios e há, de fato, casos recentes em Antitruste lidando com práticas atípicas, como as cláusulas MFN⁵⁷ e *pay-for-delay*.⁵⁸ Curiosamente, aquelas investigações foram, majoritariamente, iniciadas nos EUA, onde não há exemplos de práticas na Lei (e, também, onde o DOJ rejeitou o *guideline* sobre tipos de práticas unilaterais).

Por fim, diferentes sistemas podem desenvolver diferentes resultados, e o design da autoridade antitruste exerce um papel importante. Adotando a classificação tripartite de Trebilcock e Iacobucci (modelo judicial bifurcado, modelo de agência bifurcado e modelo de agência integrado)⁵⁹, parece que cada

SHAHAR, Omri; POTTOW, John A. E. On the Stickiness of Default Rules, Florida State University Law Review, Tallahassee vol. 33, 2006, p. 651.

⁵⁴ COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. Journal of Law, Economics and Policy, Fairfax, vol. 8, 2012, pp.779-787.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ Ibidem.

⁵⁷ Sobre o assunto, ver: SALOP, Steven C.; MORTON, Fiona Scott. Developing an Administrable MFN Enforcement Policy, Antitrust, vol. 27, 2013, pp. 15-19; e HEINZ, Silke. Online Booking Platforms and EU Competition Law in the Wake of the German Bundeskartellamt's Booking.com Infringement Decision. Journal of European Competition Law and Practice, Oxford, vol. 7, 2016, pp. 530,536.

⁵⁸ Sobre o assunto, ver: FAILLACI, Anthony. Antitrust and Patent Law - Pay to Delay or Reverse Payment Settlements Could Violate Antitrust Laws. Journal of Health and Biomedical Law, Boston, vol. 11, 2016, pp. 477-492; e PERITZ, Rudolph J. R. Taking Antitrust to Patent School: The Instance of Pay-for-Delay Settlements. Antitrust Bulletin, vol. 58, 203, pp. 161-176.

⁵⁹ TREBILCOCK, Michael J.; IACOBUCCI, Edward M. Designing Competition Law

modelo oferece diferentes incentivos para perceber práticas de abuso de posição dominante de forma diferenciada. Por exemplo, o modelo norte-americano judicial e adversarial, que se baseia em grande medida na iniciativa de sujeitos privados, pode ser a exceção que confirma a regra, já que os principais atores não são reguladores, mas sujeitos privados prejudicados, os quais não são viesados por exemplos, mas interessados em suas participações de mercado. Esse design incentiva uma atividade antitruste mais inovadora.

4. A limitada racionalidade de autoridades concorrenciais

Para além da dominância da microeconomia tradicional na análise antitruste e da existência de formas quase típicas de práticas de abuso de posição dominante que, de alguma forma, impedem que agências identifiquem novas práticas, autoridades também enfrentam problemas relacionados à limitação de sua própria racionalidade. Como Jolls, Sunstein e Thaler notam, “entes governamentais, comumente, serão sujeitos a problemas cognitivos e motivacionais, ainda que isto não tenha um caráter populista (funcionários públicos também podem não ter incentivos apropriados para tomar decisões de interesse público)”⁶⁰. O problema da limitação da racionalidade das agências foi recentemente abordado por Cooper e Kovacic.⁶¹ Adotando instrumentos teóricos da Economia Comportamental, eles oferecem explicações sobre como agências antitruste⁶² poderiam ser afetadas por falhas heurística (disponibilidade e representatividade), miopia, enviesamento pelo status quo (*status quo bias*) e viés de confirmação (*confirmation bias*).

A heurística se constitui por um conjunto de atalhos mentais nos quais indivíduos estão usando *Sistema I*⁶³ e que leva a erros sistêmicos em processos

Institutions. World Competition, vol. 25, 2002, pp. 361-394.

⁶⁰ “government will often be subject to cognitive and motivational problems even if it is not populist (bureaucrats may also lack appropriate incentives to make decisions in the public interest)” (JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics, in SUNSTEIN, Cass R. (Ed.). Behavioral Law e Economics, 2000, p. 48)

⁶¹ COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. Journal of Law, Economics and Policy, Fairfax, vol. 8, 2012, pp. 779-800.

⁶² Para o propósito deste trabalho, considerarei agências e autoridades de competição e antitruste enquanto sinônimos, ainda que algumas distinções entre jurisdições possam se aplicar.

⁶³ KAHNEMAN, Daniel. Thinking Fast and Slow. New York: Farrar Straus Giroux, 2013.

decisórios.⁶⁴ Entre diversas heurísticas, reguladores estariam sujeitos a, pelo menos, três grupos: disponibilidade (*availability*), que se refere ao peso dado por indivíduos a eventos recentes e salientes; representatividade (*representativeness*), que lida com indivíduos estimando altas probabilidades ao ignorar baixas probabilidades e pequenas amostras; e viés de análise posterior (*hindsight bias*), que envolve análises de probabilidade feitas após a ocorrência de determinado evento. Baseados nessas falhas, reguladores dariam mais ênfase a eventos mais recentes e publicizados (*availability*) e criariam estimativas de probabilidades não realistas (*representativeness*)⁶⁵. Eles também exagerar (para mais ou para menos) a avaliação dos efeitos de alguma prática após sua ocorrência (*hindsight*).

Em práticas de abuso de posição dominante, *availability bias* (i.e., “síndrome do poluente do mês”) poderia ser eventualmente útil para a descoberta de novas formas de conduta: autoridades antitruste observando práticas especiais após condenações em outras jurisdições. Este poderia ser o caso de investigações internacionais ao redor do mundo a respeito de novos temas, como cláusulas MFN, após a agência norte-americana ter trazido cláusulas MFN às cortes.

Status Quo Bias é o caso em que sustento o elemento de pegar, ou colar (*sticky*), vinculado aos tipos de condutas *quase típicas*. Reguladores estariam vinculados, por seu atual status quo, por diversas razões: efeito de endowment, aversão à perda, viés de omissão/comissão; e permanecer inertes a novos fatos.⁶⁶

O viés de confirmação (*confirmation bias*) também exerce um papel importante nesse processo. Reguladores tenderiam a decidir de acordo com suas impressões prévias, mesmo que fatos (ou tecnologias) mudassem seus posicionamentos. “A tendência de confirmação (*confirmation bias*) pode reforçar políticas precias de um regulador, independentemente de mudanças no estado da arte da teoria ou do conhecimento empírico que possam compelir

⁶⁴ COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. *Journal of Law, Economics and Policy*, Fairfax, vol. 8, 2012, pp. 779-785.

⁶⁵ Esse é o clássico exemplo de TVERSKY e KAHNEMAN a respeito da mulher que seria um simples caixa de banco ou uma caixa de banco feminista. (KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. New York: Farrar Straus Giroux, 2013, pp. 156-160).

⁶⁶ “Together, these cognitive shortcomings create inertia to maintain a current course of action rather than to take new action that would increase expected utility” (COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. *Journal of Law, Economics and Policy*, Fairfax, vol. 8, 2012, 779-787).

indivíduos a repensar suas posições”⁶⁷. Este é o caso do aparecimento e da disseminação de novas tecnologias. A tendência de confirmação pode influenciar quase tipos também. Cooper e Kovacic indicam que “o regulador pode mal interpretar provas para confirmar decisões anteriores referentes a escolhas prévias” e, portanto, ignorar novas práticas.⁶⁸

Como estratégias de *des-enviesamento*, Reeves e Stucke indicam formas pelas quais agências antitruste americanas (FTC e DOJ) poderiam utilizar *insights* de outros reguladores, como o Bureau of Consumer Protection ou investigações de crimes de colarinho branco para melhor analisar seus próprios casos⁶⁹. Cooper e Kovacic também propõem designs de des-enviesamento: (i) revisão adversarial (*e.g.*, diferentes equipes internas fazendo dos seus trabalhos e decisões), e (ii) crescente *accountability*⁷⁰.

5. Conclusão

A economia comportamental exerce um papel inegavelmente importante na economia. Tanto mercado, quanto reguladores ainda estão aprendendo acerca da limitação de sua racionalidade (assim como a de outros), força de vontade e auto-interesse. O Direito Concorrencial parece ser o local em que eles se aproximam desse conhecimento. Junto ao poder de mercado, assimetrias de informação e externalidades, tendências comportamentais têm sido denominadas uma “*quarta falha de mercado*”⁷¹ e têm inclusive sido entendidas como uma nova categoria dentro do Direito Concorrencial – a

⁶⁷ “[C]onfirmation bias can entrench a regulator’s existing policies regardless of changes in the state of the art of theory or empirical knowledge that ought to compel individuals to rethink their positions” (COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. Journal of Law, Economics and Policy, Fairfax, vol. 8, 2012, 779-787).

⁶⁸ “regulator may misread evidence to confirm priors regarding larger policy choices” (COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. Journal of Law, Economics and Policy, Fairfax, vol. 8, 2012, 779-787).

⁶⁹ REEVES, Amanda P.; STUCKE, Maurice E. Behavioral Antitrust. Indiana Law Journal, Indianapolis, vol. 86, 2011, pp. 1527-1581.

⁷⁰ COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. Journal of Law, Economics and Policy, Fairfax, vol. 8, 2012, pp. 779, 797-799.

⁷¹ Office of Fair Trading. What does Behavioural Economics mean for Competition Policy? Disponível em: <http://web.archive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/s/hared_offt/economic_research/oft1224.pdf>. Acesso em Nov. 2017.

Exploração Comportamental⁷². Independentemente daquelas propostas inovadoras, a Economia Comportamental pode, definitivamente, auxiliar agências a identificar abusos, avaliar operações e estratégias, e pensar em soluções mais eficientes.

No campo do abuso de posição dominante, autoridades precisam estar atentas à inovação no mercado, e ao fato de que conceitos da microeconomia tradicional e práticas (as quais denomino quase tipos) podem não compreender todas as novas atividades econômicas. Pelo contrário, podem enviesar a percepção das autoridades em relação ao mercado.

Evidentemente, o uso da Economia Comportamental dentro do Direito Concorrencial não exclui o uso da microeconomia tradicional; ou seja, não nega a evolução e os padrões atualmente adotados, mas visa a preencher as lacunas onde a economia tradicional é incapaz de fazê-lo⁷³. Naturalmente, indicar que indivíduos e agências enfrentam uma racionalidade, auto-interesse e força de vontade limitados não nega a aplicação da microeconomia⁷⁴.

Por fim, deve-se deixar claro que o foco na Economia Comportamental deve ser baseado em pesquisa empírica. Sugestões para mais regulação devem se atentar ao risco de mal compreensão do comportamento humano. Qualquer adoção de restrições baseada na Economia Comportamental deveria ser fundada em pesquisa empírica que demonstre as possibilidades de danos a competidores e consumidores⁷⁵. Este trabalho é somente o início de um debate e uma agenda de pesquisa no Brasil.

⁷² HUFFMAN, Max; HEIDTKE, Daniel B. Behavioral Exploitation Antitrust in Consumer Subprime Mortgage Lending. *William and Mary Policy Review*, Williamson, vol. 4, 2012, pp. 77-109.

⁷³ A crítica a respeito do uso de Behavioral Economics em antitruste (como normalmente ocorre em outras áreas de Law and Economics) assume a negação de “áreas mais antigas”. Para críticas à aplicação de Behavioral Economics em antitruste, ver: DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. The Empty Promise of Behavioral Antitrust. *Harvard Journal of Law e Public Policy*, Boston, vol. 37, 2014, pp. 1009-1064: “because it lacks a predictive component, behavioral economics adds nothing to competition policy beyond what empiricism has long contributed” e “behavioral antitrust is malleable to the point of being meaningless”.

⁷⁴ DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. The Empty Promise of Behavioral Antitrust. *Harvard Journal of Law e Public Policy*, Boston, vol. 37, 2014, pp. 1009-1015.

⁷⁵ MITCHELL, Gregory. Taking Behavioralism Too Seriously - The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law. *William and Mary Law Review*, Williamson, vol. .43, 2002, pp. 1907-2022.

6. Referências

ARGENTINA. *Lei Argentina n. 25.156, Defesa da Competência*. Disponível em:

<<http://www.gwclc.com/Library/America/Argentina/DEFENSA%20DE%20LA%20COMPETENCIA.html>>.

BERNHEIM, B. Douglas; HEEB, Randal. A Framework for the Economic Analysis of Exclusionary Conduct. In BLAIR, Roger D.; SOKOL, D. Daniel (Ed.), *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 2, 2014.

CANADA. *Canadian Competition Act*. Disponível em: <<http://gwclc.com/Library/America/Canada/Competition%20Act.pdf>>.

COOPER, James C.; KOVACIC, William. Behavioral Economics and Its Meaning for Antitrust Agency Decision Making. *Journal of Law Economics & Policy*, vol. 8, 2012.

DEVLIN, Alan; JACOBS, Michael. The Empty Promise of Behavioral Antitrust, *37 Harvard Journal of Law & Public Policy*, vol. 37, 2014.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 519 U.S. 209 (1993) and *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.*, 549 U.S. 312 (2007).

FINLÂNDIA. *Finnish Competition Act*. Disponível em: <<https://www.kkv.fi/en/facts-and-advice/competition-affairs/competition-restraints/abuse-of-dominant-position/forms-of-abuse-of-dominant-position/>>.

FOX, Eleanor M. & SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and Materials on Antitrust* 1. 3a ed. West Academic Publishing, 1989.

FOX, Eleanor M.; SULLIVAN, Lawrence A. *Cases and Materials on Antitrust* 2. 3a ed. West Academic Publishing, 1989.

HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy*. 3a ed. Saint Paul: Thomson West, 2005.

HUFFMAN, Max; HEIDTKE, Daniel B. Behavioral Exploitation Antitrust in Consumer Subprime Mortgage Lending. *William & Mary Policy Review*, Williamson, vol. 4, 2012.

ICN. *ICN Unilateral Conduct Workbook*. Disponível em: <<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/working-groups/current/unilateral/ucworkbook.aspx>>.

JOLLS, Christine; SUNSTEIN, Cass R.; THALER, Richard. A Behavioral Approach to Law and Economics. In SUNSTEIN, Cass R. (Ed.). *Behavioral Law & Economics*, 2000.

KAHNEMAN, Daniel. *Thinking Fast and Slow*. New York: Farrar Straus

Giroux, 2013.

MEXICO. *Ley Mexicana Federal de Competencia Económica*, Disponível em: <http://gwclc.com/Library/America/Mexico/Compendio_CFC_enero_2013.pdf>.

MITCHELL, Gregory. Taking Behavioralism Too Seriously - The Unwarranted Pessimism of the New Behavioral Analysis of Law, *William. & Mary Law Review*, Williamson, vol. .43, 2002.

OECD. *Abuse of dominance and monopolization*. Disponível em: <<http://www.oecd.org/competition/abuse/>>.

OFFICE OF FAIR TRADING. What does Behavioural Economics mean for Competition Policy?.Disponível em: <http://webarchive.nationalarchives.gov.uk/20140402142426/http://www.offt.gov.uk/shared_offt/economic_research/offt1224.pdf>.

REEVES, Amanda P.; STUCKE, Maurice E. Behavioral Antitrust, *Indiana Law Journal*, Indianapolis, vol. 86, 2011.

STUCKE, Maurice E. Money, Is That What I Want: Competition Policy and the Role of Behavioral Economics, *Santa Clara Law Review*, Santa Clara, vol. 50, n. 3, 2010.

THIEL, Peter; MASTERS, Blake. *Zero to One: Note on Startups, or how to build the future*. New York: Crown Business, 2014.

TOR, Avishalom. The Market, the Firm, and Behavioral Antitrust. In ZAMIR, Eyal; TEICHMAN, Doron (Ed.). *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*. Oxford: oxford university press, 2014.

TREBILCOCK, Michael J.; IACOBUCCI, Edward M. Designing Competition Law Institutions, *World Competition* vol. 25, 2002.

U.S. Dep't of Justice, *Justice Department Withdraws Report on Antitrust Monopoly Law* (2009), Disponível em: <<https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-withdraws-report-antitrust-monopoly-law>>.

U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE, *Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct Under Section 2 of the Sherman Act (2008)*, Disponível em: <www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm>.

UNIÃO EUROPEIA, *Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings* (2009), Disponível em: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009XC0224(01)&from=EN)>.

VISCUSI, W. Kip; HARRINGTON JR., Joseph E.; VERNON, John M. *Economics of Regulation and Antitrust*. 4a ed. Cambridge: MIT Press, 2005.