

# Um Direito Antitruste para o século XXI

A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado

Parte 5

---

**Ana Frazão**

Advogada. Professora de Direito Civil e Comercial da UnB. Ex-Conselheira do CADE.

---

Os artigos anteriores procuraram mostrar a completa incapacidade do Direito Antitruste para lidar com os problemas contemporâneos caso continue a ser pensado e aplicado a partir dos pressupostos da Escola de Chicago. Se não houver urgente e significativa modificação e adaptação do Antitruste para o século XXI, a única conclusão possível será a exposta por Appelbaum, inspirado em frase de Posner de 2017: *Antitrust is dead, isn't it?*<sup>1</sup>.

Não obstante a clareza do referido diagnóstico, cada vez que ele é colocado em evidência, surge verdadeira enxurrada de defensores da Escola de Chicago, seja para ressaltar seus méritos, seja para alertar para o fato de que qualquer outro critério para nortear o Direito Antitruste que não seja a maximização de bem estar do consumidor implicaria transformar a política concorrencial em uma panaceia, comprometendo a segurança jurídica e a própria *rule of law*.

Tanto é assim que, no extremo, muitos que defendem o *mainstream* parecem sugerir que, apesar de todas as falibilidades e reducionismos da Escola de Chicago, ainda é melhor ficar com a segurança da sua metodologia do que correr os riscos de modificá-la. Daí por que, diante desse quadro, ou não se deve fazer nada ou se deve optar por uma mudança “suave”, por meio de adaptações do critério da maximização do bem estar do consumidor.

---

<sup>1</sup> *The Economist's Hour. False prophets, free markets, and the fracture of society*, New York: Little, Brown and Company, 2019, pp. 154-160.

Nessa verdadeira batalha de ideias, também não é incomum que os críticos da Escola de Chicago tentem ser desmoralizados por meio de rótulos como *hipsters*, ativistas e contrários à *rule of law*. É como se os defensores do *status quo* tivessem o monopólio da objetividade, da serenidade e do bom senso e todos os críticos fossem divididos entre os aventureiros e os ingênuos, sendo que estes últimos, embora bem intencionados, propõem alternativas que seriam estranhas ou incompatíveis com os propósitos do Antitruste.

Mas que propósitos seriam esses? Para a Escola de Chicago e seus defensores, há pelo menos quatro argumentos fundamentais para justificar a manutenção do *status quo* e obstar qualquer modificação estrutural do Direito Antitruste com base nas finalidades atribuídas à política concorrencial:

- (i) o de que o Direito Antitruste precisaria ter apenas um único objetivo, certo e claro, sem o que não tem como atender aos pressupostos de clareza e segurança;
- (ii) o de que apenas um objetivo econômico poderia atribuir ao Direito Antitruste a pureza e a consistência que dele se esperam;
- (iii) o de que o objetivo do Direito Antitruste deveria ser a maximização do bem-estar do consumidor;
- (iv) o de que a maximização do bem-estar do consumidor confundiria-se ou poderia ser alcançada com a eficiência econômica, especialmente nas suas modalidades produtiva e alocativa.

Como se pode observar pela mera descrição, os quatro argumentos são muito interconectados e retroalimentam-se, tendo sido individualizados apenas para efeitos didáticos e para poderem ser mais bem examinados em suas respectivas extensões.

Passando para o primeiro argumento, salta aos olhos o quanto é equivocada a premissa de que o Direito Antitruste, como qualquer outra área do direito, apenas possa ter um único objetivo.

Com efeito, como adverte Tim Wu<sup>2</sup>, a crença de que o objetivo de qualquer lei ou comportamento humano deve ser sempre *single-pointed*, ou seja, sempre orientado por apenas uma diretriz, é extremamente reducionista e inviável. Afinal, os assuntos humanos e jurídicos são normalmente complexos e

---

<sup>2</sup> WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*. v. 78, pp. 313-328, 2012.

envolvem a necessária harmonização de diversos valores e princípios, muitos dos quais podem ser conflitantes.

Aliás, desde os gregos, especialmente após a tradição aristotélica, já é evidente que os assuntos humanos não estão sujeitos a uma lógica linear de verdadeiro ou falso ou a abordagens *single-pointed*. Pelo contrário, podem e devem ser pensados e decididos à luz de diversos critérios que, por sua vez, apresentam nuances e gradações que, em muitos casos, exigem acomodações e conciliações.

Por mais que seja legítima a busca por segurança e coerência do direito e do discurso jurídico, não se pode ignorar a complexidade de dimensões que eles apresentam – ao menos a principiológica, a finalística e a pragmática – e a multiplicidade de interesses e valores que exigem alguma forma de harmonização. Consequentemente, não se pode admitir simplificações inaceitáveis, tais como a de se pretender julgar todos os assuntos humanos a partir de apenas uma única métrica ou um único objetivo.

Soma-se a isso a circunstância de que, no Brasil, a vedação ao abuso de poder econômico tem alcance constitucional, uma vez que prevista no art. 173, § 4º, da Constituição, devendo necessariamente ser compreendida e interpretada à luz dos princípios da ordem econômica constantes do art. 170, da Constituição.

Assim, no caso brasileiro, entender que o Direito da Concorrência apenas pode ter um objetivo não é apenas uma questão de reducionismo e desconsideração da própria natureza do direito em face da complexidade das relações humanas e sociais; é uma questão de descumprimento frontal da ordem econômica constitucional.

Dessa maneira, fica claro que esse tipo de argumento não pode ser considerado um óbice para que possamos prosseguir nas reflexões a respeito dos objetivos do Antitruste na atualidade, ainda que de tais reflexões se possa chegar a mais de uma finalidade.

Por outro lado, como se verificará ao longo dos próximos artigos, a maximização do bem estar do consumidor também nunca levou à segurança prometida pelas abordagens *single-pointed*, considerando as grandes divergências em torno do que pode ou não ser considerado eficiência, sobre como se pode ou deve mensurar eficiências e sobre como se pode concluir, a partir do

exame das consequências de determinadas práticas ou operações, pela existência de saldo positivo líquido em prol do consumidor.

O segundo argumento equivocado para sustentar o *mainstream* é o de que não apenas seria possível direcionar a política antitruste a apenas um objetivo, como esse objetivo teria que ser necessariamente econômico, a fim de evitar as dificuldades e as controvérsias dos julgamentos valorativos que são inerentes à racionalidade jurídica.

Parte-se da premissa de que objetivos econômicos seriam neutros, do ponto de vista valorativo, e precisos e objetivos, do ponto de vista de aplicabilidade, de forma que, uma vez adotados pelo Direito da Concorrência, assegurariam a sua pureza científica e o seu rigor lógico.

Ocorre que, como mostra muito bem Ariel Ezrachi<sup>3</sup> em seu instigante artigo *Sponge*, a ideia predominante na moderna aplicação do Direito Antitruste norte-americano, em torno exclusivamente de considerações econômicas, é simplesmente incompatível com a própria natureza do direito e com a sua vocação de envolver igualmente valores e considerações éticas, políticas e sociais.

Tal tipo de constatação mostra, ao mesmo tempo, tanto o equívoco de que o Direito Antitruste apenas pode ter um objetivo, como o equívoco de que esse objetivo teria que ser econômico.

Veja-se que a questão aqui não é desconhecer o importante papel da economia para a análise antitruste, o que é indiscutível. A questão é mostrar que a regulação jurídica não pode se pautar exclusivamente por questões econômicas pois, se assim acontecer, a pretexto de se buscar a *rule of law*, estar-se-á implementando, na verdade, a *rule of economics without law*.

Tal abordagem, além de ser extremamente frágil do ponto de vista teórico, é também descolada da realidade e da experiência prática do Direito Antitruste. Não é sem razão que Ezrachi, no artigo apontado, mostra como a política antitruste efetivamente varia conforme as especificidades de cada país e suas respectivas conjunturas.

Daí por que é equivocada a ideia de que o Direito da Concorrência apenas pode se basear em considerações econômicas, até porque a

---

<sup>3</sup> Sponge. *Journal of Antitrust Enforcement*. (2016) 1-26. Open Access - Available on the JAE website. [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2572028](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2572028)

correspondente pretensão de pureza, segundo Ezechiel, é uma grande ilusão, que ignora as características do direito e a sua tendência de funcionar como uma esponja, suscetível a incorporar diversas considerações e peculiaridades nacionais.

Tal visão ainda parte de uma série de outras premissas equivocadas, tais como a de que a *rule of economics* seria sempre objetiva e inquestionável, ignorando que existem inúmeras controvérsias na ciência econômica, assim como a premissa de que as teorias econômicas são neutras e avaliativas. Cria-se, assim, como adverte Ezechiel, uma miragem de objetividade, clareza e superioridade analítica que viria da economia.

Ocorre que são várias razões pelas quais tal visão não se sustenta, até por mascarar a poderosa agenda política e ideológica que está por trás da Escola de Chicago e da visão atualmente predominante sobre a política concorrencial, como se analisará melhor no próximo artigo.

Link [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-5-16092020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-5-16092020)

Publicado em 16/09/2020