

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 7

Ana Frazão

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

Os artigos anteriores procuraram mostrar que não são corretos os argumentos de que o Direito Antitruste precisa estar restrito a apenas uma finalidade e que esta finalidade deveria ser necessariamente econômica. No presente artigo, irei mostrar que também não é correto o argumento de que, ainda que se admita algum outro objetivo para o Antitruste que não seja exclusivamente econômico, este apenas deveria ser apenas o da proteção ao consumidor, ainda mais no contexto brasileiro.

Mesmo no cenário norte-americano, nos termos da lição de Baker¹, é importante entender que o *Sherman Act* foi inicialmente entendido sob diversas nuances: como instrumento de conciliação entre os valores da economia clássica e aqueles do liberalismo político; como meio de proteger os direitos naturais de liberdade econômica e de propriedade, o processo competitivo e o livre comércio; como instrumento para assegurar ao máximo a eficiência econômica e a prosperidade nacional em compatibilidade com a justiça, a harmonia social e a liberdade.

Por essa razão, mostra Stucke² que, ao longo da sua história, a Suprema Corte norte-americana já atribuiu pelo menos os seguintes propósitos

¹ BAKER, Jonathan B. A preface do post-Chicago antitrust. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; BERGH, Roger van dan. *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cornwall: Edward Elgar, 2002, p. 61.

² STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust's goals. *Boston College Law Review*. v. 53, pp. 551-629, 2012, pp. 560-562.

ao *Sherman Act*: (i) prevenir a concentração de mercados e preservar a organização industrial em pequenas unidades; (ii) proteger a liberdade de comerciar das empresas; (iii) promover o bem-estar do consumidor, a eficiência alocativa e a competição por preços; (iv) proteger o público das falhas de mercado; (v) preservar a liberdade econômica e a liberdade de competição; (vi) condenar práticas que excluam competidores do mercado em que se encontram; (vii) assegurar igualdade de oportunidades e proteger o público contra os males decorrentes da destruição da competição em decorrência de monopólios e combinações restritivas do comércio; (viii) ser uma verdadeira “Carta Magna” da liberdade econômica nos Estados Unidos; e (ix) impor certos cuidados a monopólios que, em qualquer caso, limitam as oportunidades e as liberdades.

Daí a precisa conclusão de Hovenkamp³ de que os fundadores da legislação antitruste eram movidos por preocupações mais relacionadas com a justiça do comportamento empresarial, com a proteção dos pequenos negócios contra as grandes empresas e com a prevenção dos monopólios e cartéis, a fim de evitar que estes retirassem o bem-estar dos consumidores, por meio de aumento de preços ou de redução de oferta.

Tais aspectos precisam ser rememorados para se demonstrar que a criação do Direito da Concorrência ocorreu em contexto no qual a proteção dos mercados e da livre concorrência era vista como um meio para a defesa da livre iniciativa empresarial, dos consumidores e até mesmo da democracia.

Essa abordagem mais ampla do Direito da Concorrência justificava-se igualmente pela constatação, de certa forma já antevista naquela época, de que mercados não são dados naturais ou espontâneos, mas sim construções sociais que decorrem de uma complexa somatória de interações entre os seus participantes públicos e privados – cujos propósitos são normalmente de difícil e imprecisa identificação – conformadas, mediadas, influenciadas ou determinadas por uma série de práticas, instituições e regras sociais e jurídicas. Exatamente por isso nunca houve (e continua não existindo) consenso em torno do que seria o regular funcionamento dos mercados ou mesmo sobre níveis ideais ou adequados de livre concorrência.

³ HOVENKAMP, Herbert. Federal antitrust policy: the law of competition and its practice. 6.ed. St. Paul: West Group, 1999. pp. 48-49.

Fica fácil entender, sob essa perspectiva, por que o Direito da Concorrência foi influenciado, desde os seus primórdios, por diversos outros objetivos que não os meramente econômicos, em um claro reconhecimento da importância instrumental da proteção dos mercados, até como uma forma de se proteger, ao mesmo tempo, tanto a liberdade de iniciativa dos que nele querem ingressar e permanecer, como igualmente os consumidores.

Não é exagerada, portanto, a conclusão de Eleanor Fox⁴ no sentido de que o Direito da Concorrência tem uma verdadeira simbiose com a democracia e que, mesmo no caso americano, teve suas raízes na tentativa de equilíbrio entre o poder e a preferência por aqueles que não têm poder, na opção pela diversidade, pela autonomia e pela mais próxima igualdade de oportunidade de competir com base no mérito.

Aliás, vários economistas defensores dos chamados “livres mercados”, como Hayek, ressaltam a importância da livre concorrência como pressuposto da existência dos próprios mercados. Mesmo economistas vinculados aos primeiros momentos da Escola de Chicago, como Milton Friedman e George Stigler, também expressaram seu medo do poder corporativo, o que os levou inclusive a sustentar que restringir a concentração econômica seria uma das poucas legítimas funções do governo.

Em muitos momentos, a discussão sobre as finalidades da política concorrencial para os neoliberais foi feita, portanto, a partir do destaque de aspectos importantes, tais como (i) a interpenetração entre a liberdade econômica e a liberdade política e (ii) o receio das ameaças que não somente a ação do Estado, mas também a ação de grandes agentes econômicos, representam para as liberdades inerentes ao regime de mercado.

Somente depois da maior consolidação da Escola de Chicago é que várias dessas preocupações, especialmente às relacionadas aos riscos da dominação privada, foram ignoradas e substituídas pelo critério da maximização do bem estar do consumidor, como se este fosse suficiente para endereçar todas as preocupações inerentes à política concorrencial.

⁴ FOX, Eleanor M. Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; BERGH, Roger van dan. Post-Chicago Developments in Antitrust Law. Cornwall: Edward Elgar, 2002, pp. 76-77.

Essa breve digressão histórica serve para mostrar que não há incompatibilidade natural entre o Direito da Concorrência e variadas preocupações de ordem política, jurídica e social. Da mesma maneira, o diálogo entre tal seara jurídica e questões constitucionais não somente foi considerado possível, como também necessário na sua gênese e durante um bom tempo da sua evolução no contexto norte-americano, em uma visão que necessariamente envolve diversos juízos e não pode ficar confinada a perspectivas *single-pointed*.

Entretanto, a narrativa que passou a ser defendida pela Escola de Chicago, especialmente a partir da obra de Bork⁵, é que o único objetivo do Direito Antitruste seria o bem-estar do consumidor. Ocorre que tal ideia, além do seu evidente reducionismo, ainda se descola por completo dos próprios propósitos do Direito da Concorrência. Isso é particularmente grave no caso brasileiro, em que as origens do Direito da Concorrência estão relacionadas a sensíveis preocupações constitucionais, muitas das quais realçam a importância do controle do abuso do poder econômico como um requisito necessário para a preservação da própria democracia.

Ainda é preciso destacar, sobre o caso brasileiro, que, além das origens, a resposta para a pergunta sobre as verdadeiras finalidades do Direito da Concorrência apenas pode ser encontrada na Constituição, já que o seu art. 173, § 4º, deixa clara a preocupação com o controle do abuso de poder econômico, em qualquer que seja a sua manifestação.

Tal dispositivo, por sua vez, precisa ser compreendido em conformidade com os princípios da ordem econômica, tal como disposto no art. 170. Com isso, não se nega o importante compromisso que o Direito da Concorrência tem em relação à proteção do consumidor, que é um importante princípio da ordem econômica, mas tão somente se destaca que há outros importantes princípios que precisam ser igualmente considerados, especialmente os da livre iniciativa e o da livre concorrência.

Acresce que a proteção da livre concorrência e a manutenção da competitividade dos mercados está igualmente relacionada à proteção do consumidor, ainda que de forma indireta, já que as pressões competitivas são grandes incentivos para redução de preços, aumento de qualidade e maior diversidade.

⁵ BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox: a policy at war with itself*. New York: Free Press, 1993.

Dessa maneira, do ponto de vista constitucional, não se justifica a visão *single-pointed* do Direito Antitruste, apenas voltado para a proteção do consumidor. Por mais que a ampliação dos objetivos do Direito Antitruste implique um aumento de complexidade para o endereçamento de questões concorrenciais, não há outra alternativa a não ser enfrentar o desafio.

É importante ter em mente, por igual, que os argumentos de que qualquer tentativa de ampliar as finalidades do Antitruste levaria a total descontrole da política antitruste costumam ser *ad terrorem*, superestimando as dificuldades das novas propostas enquanto subestimam os problemas atuais. Com efeito, também no que diz respeito à proteção do consumidor, existem muitas controvérsias que comprometem consideravelmente o seu objetivo de segurança jurídica, como será mais bem examinado no próximo artigo da série.

De toda sorte, romper com a visão *single-pointed* do Direito Antitruste, confinada à maximização do bem estar do consumidor, não significa que isso possa ser feito sem a devida cautela e criteriosa adaptação metodológica. Pelo contrário, o processo precisa ser conduzido com extrema preocupação, sempre baseado em premissas consistentes e em metodologia confiável, que possam propiciar o maior grau possível de segurança jurídica.

Aliás, segurança jurídica é um valor a ser buscado sempre. O que não se pode é optar por uma pseudosseguença ao preço do reducionismo simplista e da desconsideração da realidade e dos princípios constitucionais, tal como se avançará melhor no próximo artigo da série.

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-7-30092020

Publicado em 30/09/2020