

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
A proteção da concorrência como um processo

Parte XIV

Ana Frazão

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

Como foi visto nos artigos anteriores, não há como ignorar o papel e o compromisso do Direito Antitruste em relação à preservação de alguns dos pressupostos essenciais da democracia e da liberdade econômica de todos os agentes econômicos e dos próprios cidadãos e consumidores.

Tais discussões estão diretamente conectadas com o objetivo do Direito Antitruste de preservar a livre concorrência, o qual, além de ser instrumental às finalidades já mencionadas, tem a função precípua de assegurar que as regras do jogo sejam adequadas, ou seja, que os mercados sejam espaços abertos e acessíveis, que viabilizem a disputa pelo mérito e não pela força, pela dominação ou pela fraude e outros tipos de ilícitos.

Sob essa perspectiva, observa-se que é a livre concorrência que assegura os próprios “livres mercados”, já que estes, por definição, apenas podem ser livres se todos puderem acessá-los ou neles permanecer pelos seus méritos, tendo a chance de receber o retorno dos seus talentos e do seu trabalho. Não obstante, os resultados do processo competitivo ainda estão associados a menores preços, maior qualidade e diversidade e fomento à inovação.

De forma contrária, já se viu, nos primeiros artigos da presente série, que a aplicação da metodologia de Chicago acabou levando a um aumento de concentração que, além de comprometer a democracia e a liberdade econômica de vários agentes, trouxe diversos efeitos nefastos para a economia,

restringindo o crescimento e a inovação, aumentando a desigualdade e reduzindo substancialmente a possibilidade de escolha dos consumidores e o poder de barganha dos empregados e pequenos fornecedores, os quais passaram a estar crescentemente sujeitos ao poder de dominação dos grandes agentes. Nem mesmo a visão restrita de bem estar do consumidor, alicerçada em preços menores, foi alcançada com a metodologia da Escola de Chicago.

Dessa maneira, a necessidade de que o Direito Antitruste resgate seus compromissos originários com a proteção de mercados competitivos torna-se urgente, especialmente diante dos desafios inerentes à economia digital movida a dados, seara em que a análise concorrencial focada no aumento de preços já se mostrou claramente insuficiente para endereçar as novas questões concorrenciais.

Como bem aponta Lina Khan¹, a postura convencional centrada nos preços não leva em consideração, com a devida atenção, preocupações fundamentais, tais como o bloqueio da competição potencial, a desaceleração da inovação, a perda de qualidade da concorrência, a estagnação da indústria, dentre tantos outros importantes aspectos.

Não é sem razão que, a partir do exemplo da Amazon, Lina Khan mostra que estratégias predatórias e seus efeitos anticompetitivos a médio e a longo prazo simplesmente não conseguem ser identificados à luz da metodologia tradicional do antitruste, focada apenas nos benefícios a curto prazo que decorrem dos preços baixos para o consumidor.

Daí a necessidade de proteção do processo competitivo em si mesmo, objetivo que, segundo Tim Wu², dialoga diretamente com os compromissos originários do Direito Antitruste com a antimonopolização e a descentralização do poder econômico. Mais do que isso, a superação do *consumer welfare standard* e da *price fixation* possibilita que a análise antitruste se dedique não somente aos danos estáticos, que se projetam normalmente sobre os preços, como também aos danos dinâmicos, tais como o bloqueio ou a desaceleração da inovação, a perda de qualidade competitiva e a estagnação da

¹ KHAN, Lina. Amazon's antitrust paradox. *The Yale Law Journal*. v. 126, n. 3, pp. 564-907, jan. 2017.

² WU, Tim. After consumer welfare, now what? The protection of competition standard in practice. *The Journal of the Competition Policy International*, 2018. *Columbia Public Law Research Paper No. 14-608*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249173.

indústria como um todo. Por essa razão, é necessária uma luta mais dura contra preços exclusionários, praticados unilateralmente ou em colusão.

Ainda sustenta Wu³ que o critério da tutela da competição é muito mais fácil, seguro e estável do que o proposto do Chicago, pois a proteção do processo se limita a eliminar abusos, distorções e subversões, condutas cujo diagnóstico costuma ser mais óbvio do que saber se haverá ou não a maximização do bem-estar do consumidor. De fato, buscar um determinado resultado, como é o caso da maximização do bem-estar do consumidor, requer planejamento social e grandes dificuldades operacionais, inclusive do ponto de vista da mensuração.

Acresce que, como já se antecipou no artigo anterior, a tutela do processo competitivo possibilita, ao mesmo tempo, a proteção dos competidores e a proteção dos consumidores, que direta e indiretamente são beneficiados pelas vantagens que decorrem da competição. E nem se afirme que tal postura implica proteger ineficientes, pois se trata tão somente de assegurar um jogo limpo e justo, em que os ganhadores vençam pelo seu próprio mérito e não por estratégias anticompetitivas.

O critério também possibilita a consideração da perspectiva dinâmica da competição, avaliando as empresas não somente a partir das premissas neoclássicas estáticas, mas também em razão dos seus diferentes ciclos de vida: se são incumbentes, entrantes, *mavericks*, etc. Também possibilita que sejam analisadas as dinâmicas efetivas de competição a partir de novos e diferentes aportes, como os oriundos da economia comportamental, que podem ajudar a entender melhor as distintas estratégias de ação. Dentre as consequências dessa mudança de olhar estão, como adverte Tim Wu⁴, a adoção de uma postura mais rigorosa sobre as aquisições e os comportamentos excludentes que dificultam a entrada e barram a inovação externa.

Certamente que uma das prioridades nessa seara deve ser o controle de estruturas. Especialmente em se tratando de mercados movidos ou influenciados pelo *big data*, mesmo aquisições pequenas podem ser concorrencialmente problemáticas, especialmente se realizadas por plataformas gigantes e tendo por objeto empresas que, a médio ou longo prazo, poderiam ser

³ Op.cit.

⁴ WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*. v. 78, pp. 313-328, 2012.

importantes rivais. Não se pode esquecer que os recursos do *big data* possibilitam àqueles que deles se utilizam mapear entradas e o crescimento de novos rivais com muita rapidez, a fim de criar estratégias anticompetitivas, seja para adquiri-los, seja para aniquilá-los.

Logo, especial atenção precisa ser dirigida à concorrência potencial e as estratégias das grandes agentes diante de entrantes e *startups*, até porque a única alternativa provavelmente viável para contestar o poder dos grandes agentes vem de pequenos negócios que podem implementar destruições criativas⁵ ou mesmo disrupções. É por essa razão que atos de concentração na economia digital precisam ser submetidos a um rígido escrutínio diante dos riscos de se aniquilar a concorrência potencial.

Por essa razão, Tim Wu⁶, a partir da proposta de substituição do teste do bem estar do consumidor pelo teste da proteção da competição, sustenta que fusões e aquisições que levem a altos níveis de concentração são inerentemente problemáticas, ainda que não afetem diretamente os preços. Sob essa perspectiva, o autor chega a sugerir o banimento de operações que reduzam o número de competidores para quatro ou menos.

Em sentido semelhante, como já se adiantou no artigo anterior, Marshall Steinbaum e Maurice Stucke⁷ também propõem a substituição do *consumer welfare standard* pelo *effective competition standard*, a fim de assegurar a proteção dos mercados simultaneamente à proteção dos indivíduos, por meio da desconcentração do poder privado. Algumas das consequências práticas da proposta são:

- (i) a diminuição substancial de competição passa a ser vista como suficiente para o controle antitruste, dispensando as autoridades de demonstrar o quanto isso fere consumidores ou de mensurar as perdas e os ganhos;
- (ii) o reconhecimento de que a competição exige competidores, razão pela qual se espera das autoridades uma postura mais dura com práticas monopolistas, predatórias e exclusionárias, que reduzem as oportunidades competitivas para entrantes e rivais, independentemente da eficiência econômica ou mesmo da prova do dano;

⁵ SCHUMPETER, Joseph A. *Capitalism, socialism & democracy*. Londres: Routledge, 2003.

⁶ *The curse of bigness. Antitrust in the new gilded age*. New York: Columbia Global Reports, 2018.

⁷ The effective competition standard: a new standard for Antitrust. *The University of Chicago Law Review* 86:595.

(iii) a proteção de todos os agentes do mercado, ao contrário do *consumer welfare standard*, que apenas considera o impacto de condutas em relação a consumidores;

(iv) a eliminação da etapa precária de se tentar apurar como a redução da competição irá prejudicar consumidores e a restauração dos propósitos do Clayton Act de impedir atos restritivos da competição na sua incipiência, antes de se tornarem plenas violações ao Sherman Act.

Na mesma linha de Wu, Steinbaum e Stucke, antecipando as conhecidas críticas de que uma nova abordagem traria grande insegurança, deixam claro que o *consumer welfare standard* está longe de garantir segurança, na medida em que apresenta diversas definições e está sujeito a alto grau de subjetividade, nunca tendo sido uma bússola coerente para orientar as decisões judiciais e ainda tendo se mostrado excessivamente tolerante com práticas anticompetitivas.

Por outro lado, Steinbaum e Stucke também reconhecem que o Direito Antitruste, ao precisar servir a vários objetivos, estará mais sujeito aos riscos de erros e capturas, ainda mais se a análise antitruste continuar a ser feita por parâmetros tradicionais, tais como a regra da razão. Daí defenderem a necessidade de claras presunções legais para orientar a análise antitruste e conciliar os seus múltiplos objetivos com a segurança e com uma metodologia que seja de fácil administração.

Aliás, não são poucos os autores que vêm sustentando a necessidade de o Direito Antitruste passar a se basear em presunções estruturais. Como aponta Jonathan Baker⁸, não se pode negar, com base nos dados da realidade atual, que existe uma relação entre mercados concentrados e o exercício de poder de mercado, razão pela qual as presunções estruturais estão mais bem fundadas na teoria econômica do que os defensores de Chicago supunham.

No mesmo sentido, John Kwoka⁹ também mostra que o Direito Antitruste deve se basear em presunções estruturais para diversos fins, inclusive para o objetivo de proibir atos de concentração em indústrias altamente concentradas sem necessidade de análises exaustivas. Sob essa perspectiva, os

⁸ *The Antitrust Paradigm Restoring a Competitive Economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2019.

⁹ *Controlling mergers and market power: a program for reviving Antitrust in America*. Boston: CPI Competition Policy International, 2020.

parâmetros devem ser extremamente rigorosos para operações que resultem em poucos competidores – sobretudo um, dois ou três competidores – ou eliminem a concorrência potencial.

Além de presunções, uma das formas de assegurar a competição é por meio de adoção de regras específicas para alguns casos, tais como as propostas por Lina Khan¹⁰ em relação às plataformas digitais, no sentido de que deve haver uma separação estrutural, a fim de que o agente que provê a infraestrutura não possa concorrer com os seus usuários, sob pena de se criar intrínseco conflito de interesses que permite as plataformas tirar vantagens de sua dominância, minando a competição e diminuindo a inovação.

O relatório do Stigler Center¹¹ sobre plataformas digitais também confere grande importância à questão da manutenção do processo competitivo, reconhecendo inclusive que a redução da concorrência leva a maiores preços, menor inovação, menor qualidade, além dos danos aos investimentos. Da mesma maneira, o relatório reconhece que a proteção da concorrência nesses mercados exige a proteção dos competidores e que a competição pelo mérito deve ser restaurada a partir da seguinte diretriz: *Private conduct that creates or increases market power, other than by efficiency-based competition on the merits, is illegal.*

Em sentido convergente, o recentíssimo relatório do Subcomitê on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary norte-americano, já mencionado em artigos anteriores, também aponta a necessidade de se restaurar a competição em mercados digitais a partir de uma série de medidas, como reduzir conflitos de interesse por meio de separações estruturais e restrições às linhas de negócios, bem como evitar discriminações, favoritismos, *self-preferencing* e abusos de posição dominante. O relatório também menciona a importância das presunções para o controle de concentração, assim como propõe o reforço da legislação antitruste para restaurar os seus fins antimonopólio.

Todos esses novos aportes e visões convergem para a conclusão de que a proteção da competição é fundamental para que exista o próprio “livre

¹⁰ The separation of platforms and commerce. *Columbia Law Review* [Vol. 119: 973].

¹¹ <https://www.publicknowledge.org/wp-content/uploads/2019/09/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>

mercado”, visto como aquele que todos podem acessar ou nele se manter pelo seu mérito, tendo a chance de serem retribuídos pelos seus talentos e trabalho duro.

Tal postura envolve uma visão do Antitruste que privilegia o processo competitivo e não determinado resultado - postura, aliás, que é bem mais condizente com as dificuldades preditivas que vêm sendo acentuadas por tantos novos estudos na economia -, assim como conecta o processo competitivo a diversos importantes aspectos, tais como o fomento à inovação.

Por outro lado, a proteção do processo competitivo, inclusive no que diz respeito ao seu papel para o fomento da inovação, longe de ser incompatível com a tutela do consumidor, é objetivo com ela convergente, como se passará a mostrar no próximo artigo da série.

Link: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-antitruste-para-seculo-xxi-14-18112020

Publicado em 18-11-2020