

A economia política do Antitruste

Como os grandes interesses podem prevalecer sobre as grandes ideias

Ana Frazão

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

No recente artigo *The Political Economy of the Decline of Antitrust Enforcement in the United States*, Filippo Lancieri, Eric Posner e Luigi Zingales¹ se propõem a entender o declínio do enforcement do Direito Antitruste nos últimos quarenta anos, mesmo sem ter havido nenhuma reforma legislativa ou qualquer demanda pública nesse sentido.

Para os autores, o enfraquecimento do Antitruste decorreu de decisões feitas em sua maior parte “nas sombras” por reguladores e juízes:

“The decline of antitrust enforcement from the 1970s to the present was not achieved through legislative reform in response to public demand. It was the result of decisions made mostly in the shadow by politically unaccountable officials—judges and regulators—whose views of antitrust at the time of their appointment were (in most cases) not publicly known or perhaps even clear in their own minds.”²

Ainda segundo os autores, o fenômeno não decorreu propriamente do valor das ideias da Escola de Chicago, a responsável direta pela redução do enforcement do Antitruste, nem da hipótese da “enlightened technocratic narrative”, segundo a qual são os experts movidos pelo interesse público os

¹ Lancieri, Filippo and Posner, Eric A. and Zingales, Luigi, *The Political Economy of the Decline in Antitrust Enforcement in the United States* (July 29, 2022). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4011335> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4011335>

² Op.cit., p. 173.

principais motores da mudança. Na verdade, o enfraquecimento do Antitruste está relacionado à convergência entre a Escola de Chicago e os interesses dos grandes negócios, que exerceram uma grande influência sobre o processo:

“(...) the major reason behind why the Chicago School prevailed and its dominance persisted for forty years is that business coopted and promoted Chicago school thinking as a useful tool to advance its interest.”³

Com efeito, embora não haja evidências de que o enfraquecimento do Antitruste beneficiou a economia, há amplas evidências de que foram os grandes agentes econômicos os maiores beneficiários dessa postura, o que se reflete em vários indicadores, notadamente o crescente aumento das suas margens.

O que há de interessante no artigo é que os autores tentam mapear como os grandes negócios criaram o ambiente para a restrição do Antitruste, explorando vários fatores, como, por exemplo, o lobby, atividade para a qual as grandes corporações e suas associações investem 34 dólares em relação a cada dólar investido por sindicatos e grupos de interesse público. Não é sem razão que, embora não haja evidência direta de que o lobby reduziu o *enforcement* antitruste, há pistas nesse sentido:

“We do not have direct evidence that business lobbying reduced antitrust enforcement. Special interests do not publicize their efforts to persuade government to adopt unpopular policies. One study, however, provides a clue. Analyzing 370 mergers that involved deals above \$100 million between 2008-2014, the article finds that companies that increased their general direct lobbying expenditures in the quarters before announcing a deal are significantly more likely to receive a favorable response from the antitrust authorities. The authors conclude that “acquiring firms seem to lobby preemptively to accommodate the expected antitrust review process.” The study also shows that shareholders seem to anticipate this effect in their valuations: the stock price response to

³ Op.cit., p. 4.

horizontal merger announcements is higher when the bidder has lobbied more in advance. Another study finds that the opposite dynamic is also true: post-merger, firms increase their spending in lobbying activities by approximately 22%.”⁴

Além do lobby, a influência dos grandes negócios para nomeações de juízes da Suprema Corte parece ter feito a diferença, especialmente após 1972, quando a nomeação dos juízes Powell and Rehnquist foi decisiva para uma abordagem mais amigável aos monopólios:

“The appointments of Justices Powell and Rehnquist in 1972 start a trend of justices being significantly more monopoly-friendly than business-friendly. To better understand whether the justices are simply against antitrust enforcement in general or particularly in favor of large businesses, we also coded a second dummy variable for whether a decision was for or against big business. 140 Interestingly, the justices also become significantly more prone to rule in favor of large companies which are sued for antitrust violations by small companies or consumers. Indeed, since the 1990s the majority of the court has consisted of justices who voted against antitrust enforcement in more than 70% of all cases before them. Yet the court becomes even more hostile to private enforcement—that is, litigation when a smaller company is challenging a big business— with the majority of the Court voting against the small player in impressive 80% of their rulings.”⁵

Porém, a atuação dos grandes negócios no Judiciário envolveu uma estratégia bem mais ampla, que abarcou a intensificação da participação em processos como *amicus curiae* e o patrocínio de cursos rápidos de *law and economics* para formar juízes com a visão de economia que lhes interessava:

“Businesses have been active in other areas as well: for example, by sponsoring law and economics short courses

4 Op.cit., p. 63.

5 Op.cit., pp. 48-49.

that many judges attended. The well-known program established by Henry Manne started in 1976 and was heavily financed by large corporations—in particular those companies that that were “almost always before a federal judge somewhere, often in antitrust, regulatory, or affirmative-action cases.” Ash et al. found that federal appellate judges who attended these classes were more likely to vote against regulatory agencies and antitrust protection, though results are imprecise and not confirmed by a second study of the impact of the classes on federal district judges.”⁶

Eu mesma já tive a oportunidade de abordar em coluna específica – Existe um mercado de ideias?⁷ – a questão da captura intelectual de autoridades e juízes. Os autores também consideram tal ponto fundamental para a compreensão do processo:

“It would be naive to think that regulatory capture relied only on financial incentives. In some cases, the best strategy is the shaping of financial incentives. In others, it may be the promotion of ideas that benefit an interest group, often joined with the demotion (or ostracism) of ideas that undermine it. This is what some have coined “epistemological capture” or “cultural capture”. Finally, sophisticated policy entrepreneurs will employ both strategies simultaneously by providing financial incentives to the bearers of ideas that benefit an interest group, hoping that these incentives will help spread those ideas further.”⁸

Também foram muitas as iniciativas dos grandes negócios junto às agências antitruste, ou seja, ao DoJ e à FTC, que abrangeram influências em nomeações das autoridades, o aumento do fenômeno das *resolving doors*, a redução de orçamento e as mudanças nas *guidelines* que conduziam a política

6 Op.cit., pp. 70-71.

7 <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/existe-um-mercado-de-ideias-05082020>.

8 Op.cit., p. 72.

antitruste. A ideia era implementar um processo de desregulação sem lei, estratégia que fica muito clara em um memorando encaminhado por Richard Posner e George Stigler à equipe de transição do Presidente Reagan:

“In 1980, Richard Posner and George Stigler applied this precept to antitrust in a memorandum to Martin Anderson, an economist serving on President Reagan transition team in December of 1980. The memorandum, which was entitled “Throttling Back on Antitrust: A Practical Proposal for Deregulation,” argued that the Reagan Administration should weaken antitrust enforcement without turning to Congress and thus “antagonizing politically influential constituencies” by relying on DOJ and FTC appointments and curtailing enforcers’ budgets. While it is unclear that the memo itself influenced antitrust policy, its thinking was representative of what eventually took place. The memo recalls our initial enquiry on whether policymaking that is not sanctioned democratically will reflect the public interest as interpreted by technocrats or powerful private interests such as those of big business.”⁹

Os próprios autores reconhecem que estabelecer todas essas conexões entre o enfraquecimento do Antitruste e a atuação dos grandes negócios não é uma tarefa fácil, até porque tais estratégias são normalmente desenvolvidas nas sombras. Entretanto, há um corpo convincente de evidências no sentido de que houve esforço concentrado dos grandes negócios para tal propósito:

“Corporations do not publicize their attempts to influence regulators, judges, and legislators, so any attempt to gauge corporate influence is bound to be speculative. Nonetheless, evidence indicates that starting in the early 1970s business mobilized significant resources and played a role, or at least tried to, in the judicial decisions that led to the decline of enforcement of antitrust law.”¹⁰

⁹ Op.cit., p. 53.

¹⁰ Op.cit., p. 71.

Entretanto, apesar de ser difícil apurar causalidades em processos complexos como o descrito, os autores não têm dúvidas de que a hipótese mais consistente com o que de fato ocorreu é a de que os grandes negócios cooptaram e promoveram a Escola de Chicago porque esta era conveniente aos seus interesses e que tal forma de se pensar o Antitruste não teria dominado a jurisprudência por tanto tempo sem todo o apoio dos grandes negócios.

A conclusão de Lancieri, Posner e Zingales, portanto, é de que a resposta para um dos grandes dilemas atuais do Antitruste – as razões pelas quais não conseguimos superar a Escola de Chicago, apesar de tantas evidências no sentido dos seus reducionismos e equívocos - pode ser mais simples do que parece: não se trata propriamente de um debate entre grandes ideias, mas sim da prevalência de grandes interesses que são muito eficientes em seus processos de captura de juízes e reguladores.

Publicado em 05/10/2022

Link: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/a-economia-politica-do-antitruste-05102022>