

POLÍTICA DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA: TEMAS E DEBATES CONTEMPORÂNEOS (DCO5912-1)

*André Santos Ferraz
Juliana Maria D'Macêdo
Murilo Sampaio Ferraz*

ARTIGO DE REAÇÃO AO DEBATE TEÓRICO ACERCA DOS OBJETIVOS DO ANTITRUSTE¹

Para contextualizar o debate existente sobre os objetivos da política antitruste, devem ser tecidas, inicialmente, brevíssimas considerações a respeito das principais abordagens teóricas que pautaram, sobretudo, a implementação desta política nos Estados Unidos ao longo do século XX². Popularmente, estas abordagens teóricas foram conhecidas como Escola de Harvard e Escola de Chicago.

Quanto à Escola de Harvard, destaca-se sua abordagem baseada na relação Estrutura-Condução-Desempenho (“ECD”). De forma bastante resumida, o modelo ECD estabelece que a estrutura de um mercado influencia a condução de seus agentes, a qual, por sua vez, determina os seus respectivos desempenhos. A visão estruturalista da Escola de Harvard considera que um mercado pulverizado, com vários agentes econômicos, seria preferível, pois, por si só, afastaria possíveis disfunções advindas de excessivas concentrações de mercado (como, por exemplo, a facilitação à adoção de condutas coordenadas). Na concepção harvardiana, o mercado ideal seria, portanto, aquele em que as empresas tenham o menor tamanho possível, sendo a concentração de mercado o elemento básico da análise antitruste.

¹ PITOFISKY, Robert. The Political Content of Antitrust. **University of Pennsylvania Law Review**, Filadélfia, v. 127, p. 1051-1075, 1979.

BORK, Robert H.; BOWMAN JR., Ward S. The Goals of Antitrust: A dialogue on policy. **Columbia Law Review**, Nova Iorque, v. 65, n. 3, p. 363-376, 1965.

HOVENKAMP, HEBERT J. Antitrust Policy and Inequality of Wealth. **Faculty Scholarship at Penn Law**, Filadélfia, n. 1769, p. 1-7, 2017.

² Do ponto de vista histórico, vale ressaltar que o pioneirismo na criação de uma legislação concorrencial é creditado ao Canadá que em 1889 editou o “*Act for the Prevention and Supression of Combinations formed in Restraint of Trade*” cujo objetivo era atacar os problemas de arranjo na combinação em restrição ao comércio para fixar preços ou restringir a produção (cartéis), e explicitamente considerava como condutas abusivas a fixação de preços, e outros acordos entre competidores. Já nos Estados Unidos o estabelecimento de uma legislação antitruste se deu apenas um ano depois do que no Canadá com a edição em 1890 do *Sherman Act*, em uma tentativa de coibir os problemas decorrentes do abuso do poder econômico. Complementarmente, em 1914, foi editado o *Clayton Act*, que teve importante papel na regulação de fixação de preços, negociações casadas e exclusivas, e na proibição de aquisições de ações de empresas concorrentes que resultassem em uma restrição a competição ou ao surgimento de monopólios. (Cf. OLIVEIRA, Gesner de; RODAS, João Grandino. *Direito e Economia da Concorrência*, 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 4-5)

Rompendo com a visão estruturalista da Escola de Harvard, a Escola de Chicago não vê a concentração de mercado como necessariamente um mal e sua influência, na implementação da política antitruste estadunidense, começou a estar mais presente a partir do final da década de 1960. As concepções apresentadas por esta abordagem teórica se fundamentam principalmente em torno de eficiências de mercado. Logo, concentrações de mercado que sejam capazes de ensejar ganhos de eficiência não seriam necessariamente prejudiciais à concorrência e, por conseguinte, ao sistema econômico.

No contexto daquilo que é defendido pela Escola de Chicago, inserem-se as lições apresentadas por Bork e Bowman Jr., os quais criticam fortemente a implementação da política antitruste nos Estados Unidos até os anos 1960. Segundo os autores, a implementação desta política, até então, teria sido equivocada e, inclusive, hostil ao livre mercado, pois haveria sido fundamentada a partir de doutrinas questionáveis, quais sejam: práticas exclusionárias, incipiência e função social da legislação antitruste. Por conseguinte, uma verdadeira crise desta política pública estaria instaurada naquele país. Em linhas gerais, os autores sustentam que a solução de tal crise estaria na implementação da política antitruste a partir da utilização exclusiva das lições econômicas apresentadas pela microeconomia neoclássica, principalmente, de questões relacionadas a eficiências. Mesmo que isso seja criticável, as propostas dos dois referidos autores parecem ser revestidas de relativa robustez, pois indicam quais ferramentas devem ser, de fato, utilizadas na implementação da política antitruste.

Ainda segundo Bork e Bowman Jr., essa crise da política antitruste seria capaz de, inclusive, criar oportunidade para grupos com poder político extrair recompensas dos consumidores.³ Por sua vez, Pitofsky expõe uma visão bastante divergente da exposta por Bork e Bowman Jr. Segundo este autor, a concentração de mercado, ou seja, a dominação da economia por poucos agentes, pode ser fatal para democracia. Sua crítica se dá justamente em razão do fortalecimento, na implementação da política antitruste estadunidense, daquilo que era proposto por Bork, Bowman Jr. e outros adeptos da Escola de Chicago. Ou seja, após o abandono da premissa de que concentrações de mercado eram necessariamente ruins.

Nesse sentido, para Pitofsky, questões não-econômicas também tem papel a desempenhar na política antitruste e desconsiderá-las resultaria em uma má aplicação da

³ “*The crisis in antitrust, therefore, seems finally traceable to widespread economic misconceptions that create the opportunity for groups with political power to extract rewards from consumers that they cannot command in the market place*” (BORK, Robert H.; BOWMAN JR., Ward S. *ob. cit.* p. 376).

mesma. Tal entendimento, segundo o autor, seria possibilitado, inclusive, a partir da história legislativa referente às legislações antitruste promulgadas nos Estados Unidos ao longo do século XX. Importante destacar que Pitofsky não defende a implementação da política antitruste apenas a partir de questões não-econômicas, o que ele propõe é que sua implementação não seja pautada exclusivamente por questões econômicas, como propõem os teóricos alinhados à Escola de Chicago.

Ademais, ao reconhecer que a abordagem de questões não-econômicas na aplicação da política antitruste pode ser falha e que, por isso, preocupações nesse sentido devem ser específicas; Pitofsky propõe limites a serem utilizados na implementação de tal política que, por conseguinte, poderiam endereçar preocupações de viés político. No entanto, carece de maior transparência a relação de causalidade entre tais limites e a possibilidade de os mesmos endereçar questões não-econômicas a partir da aplicação da política antitruste. Nesse diapasão, não parece ser suficiente relacionar o surgimento de determinados regimes totalitários a economias concentradas, tendo em vista que as liberdades individuais parecem estar, na grande maioria das vezes, presentes em economias de livre mercado. Para além disso, os principais limites propostos por Pitofsky também estão pautados em uma abordagem econômica, qual seja: a concentração de mercado. Em outras palavras, questiona-se, em certa medida, a consistência da proposta de Pitofsky já que, ao propor abordar questões não-econômicas na implementação da política antitruste, a mesma utiliza limite econômico (como, por exemplo, a concentração de mercado) para tanto.

O fato é que o debate teórico entre a linha proposta por Bork e Bowman Jr., de um lado, e aquela proposta por Pitofsky, de outro, permanece atual, considerando que não há consenso quanto à resposta do seguinte questionamento: na política antitruste, questões não-econômicas, como, por exemplo, componentes políticos, podem interferir e, até mesmo, se sobrepor aos resultados econômicos referentes, principalmente, à eficiências? De forma mais genérica, não é possível afirmar que existe consenso quanto ao(s) objetivo(s) da política antitruste.

Nesse contexto, insere-se o debate contemporâneo relacionado à política antitruste e distribuição de renda/riqueza. A respeito do tema, Hovenkamp afirma que, por ser uma política pública, a política antitruste gera consequências à distribuição de renda. Trata-se de premissa utilizada pelo referido autor que o permite afirmar que, apesar desta política não ter a distribuição de riqueza como seu objetivo primário ou imediato, a mesma teria consequências sobre a distribuição de riquezas em uma sociedade.

Além disso, para Hovenkamp, o fato de a legislação antitruste, em especial a estadunidense, ser ampla e dependente da interpretação de julgadores faz com que, em muitas ocasiões, sua aplicação seja utilizada de forma a se atingir efeitos retributivos. Outro fator destacado pelo autor como um catalizador da aplicação da legislação antitruste para distribuição de riqueza está no fato que a literatura econômica costuma apontar que mercados competitivos em geral são mercados onde a riqueza é distribuída de maneira igualitária.

No entanto, essa relação não parece ser tão direta. Nesse sentido, é possível questionar se a distribuição de renda é uma consequência de outras políticas públicas ou se pode ser entendida como uma política pública em si. Se entendida como uma política pública em si (o que não parece invalidá-la como efeito de outras políticas públicas), a mesma parece estar inserida em um contexto macroeconômico, ou seja, que considera um sistema econômico como um todo. Por sua vez, a política antitruste parece ter objeto claramente microeconômico, isto é, relações específicas entre agentes econômicos. Em termos práticos, caso entenda-se que a política antitruste também deva estar preocupada com distribuição de renda, parece haver uma dificuldade em se estabelecer uma metodologia coerente e revestida de segurança jurídica que sirva, ao mesmo tempo, ao antitruste e à distribuição de renda.

Outro importante ponto de ser mencionado é o fato de que a implementação de políticas antitruste ao redor do mundo já parece ter abandonado a adoção indiscriminada daquilo proposto inicialmente pela Escola de Chicago. Nesse sentido, apesar da relativa importância do arcabouço teórico proveniente da microeconomia neoclássica, a adoção de outras teses microeconômicas parece estar incorporada à política antitruste. Nesse sentido, destacam-se as ideias, por exemplo, a respeito de assimetria de informações e de mercados de vários lados.

Transpondo essa discussão para o Brasil, deve-se lembrar que, apenas a partir da Constituição Federal 1988, os agentes privados foram promovidos ao patamar de principais fomentadores economia, posição, até então, ocupada pelo Estado. Quanto à política antitruste, é possível afirmar que, apenas em meados dos anos 1990, a mesma foi instrumentalizada no país e, apenas nos anos 2000, consolidada. A consolidação da política antitruste parece, contudo, ter caminhado junto de uma maior distribuição de renda, a qual foi adotada como uma política pública em si.

Dessa forma, não parece ser razoável propor que concentrações eficientes continuem sendo o foco da política antitruste e, por sua vez, busca-se, a partir de uma

política de distribuição de renda independente, a efetivação de que tais eficiências sejam transmitidas à sociedade?

Mais ainda, considerando as competências atribuídas ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (“SBDC”), eventuais preocupações deste com questões relativas à distribuição de renda não poderia ser entendida como usurpação de competência de outros entes federativos?