

## Fundamentos do direito de defesa da concorrência

Luis Fernando Schuartz\*

Toda discussão em torno aos fundamentos do Direito de Defesa da Concorrência deve ter presente que este ramo do direito, enquanto conjunto de princípios e normas jurídicas reguladoras do poder econômico e de suas manifestações no interior de mercados definidos como relevantes, está situado, tanto histórica quanto analiticamente, no entrecruzamento de três vetores distintos, a saber, a política econômica, a dogmática do direito econômico (incluindo o constitucional econômico e o direito econômico *stricto sensu*) e a teoria econômica.

Assim, quem pretender falar em nome dos aludidos fundamentos estará sempre pressupondo como válidas uma determinada constelação de valores político-econômicos, uma determinada interpretação dos princípios e normas que compõem o Direito Econômico (e, portanto, uma definição do *bem jurídico* por elas protegido) e, finalmente, um determinado conjunto — que pode ser consistente ou não — de proposições econômicas.

Por outro lado, é evidente que nem todas as concepções logicamente admissíveis o são também do ponto-de-vista de ordenamentos jurídicos específicos, existentes em um momento historicamente concreto. Assim, dado que na discussão atual interessa verificar quais os fundamentos subjacentes ao moderno Direito de Defesa da Concorrência, deve-se principalmente tomar como pontos de partida e parâmetros de análise — supondo a sua existência — certos elementos comuns diagnosticáveis, ao menos tendencialmente e de maneira dominante, no Direito Norte-Americano, Europeu e — com toda a instabilidade a ele estruturalmente associada — o Brasileiro.

Isto posto, gostaria de antecipar a hipótese que o Direito de Defesa da Concorrência regula o poder econômico tendo em vista um determinado ideal de funcionamento dos mercados, ideal este pré-ordenado, do ponto-de-vista do desenvolvimento do capitalismo moderno e da convergência político-jurídica no plano internacional — que vem mais ou menos a reboque, às instâncias

\* O advogado Luis Fernando Schuartz é Mestre e Doutorando em Direito, pela Johan Wolfgang Goeth Universiät, Frankfurt-am-Main, Alemanha. É, também, consultor jurídico da Advocacia José Del Chiaro, em São Paulo.

políticas nacionais. Com efeito, de acordo com esta concepção normativa, os mercados não existem por e para si mesmos, mas devem funcionar como instrumentos de produção de eficiências generalizáveis.

É importante notar, neste contexto, que, ao lado deste ideal de mercado implícita ou explicitamente aceito de maneira mais ou menos geral, os sistemas jurídicos e políticos contêm o reconhecimento, também implícito ou explícito, do poder econômico como fenômeno juridicamente permitido, na medida em que se limitam a estabelecer, para os representantes do poder econômico, uma série de condutas ilícitas passíveis de repressão com base no *abuso* do poder, não na sua constituição em si ou no seu exercício *tout court*. Deste modo, além de ineficaz e irrealista por motivos óbvios, nenhuma solução política, dogmática ou acadêmica para o problema da realização do ideal de mercado pressuposto normativamente como válido que passe pela negação do poder econômico poderá compatibilizar-se com o estado atual da arte. Em outras palavras, a regulação do poder econômico não deve ser interpretada como tentativa de supressão.

Faz-se, então, necessário indagar acerca do *tipo* de regulação que mais se aproxima do sentido dominante de regulação moderna. Indo direto ao assunto, se o poder foi (I) juridicamente visualizado como um mal inevitável que é necessário a todo custo conter e restringir; (II) como um fenômeno em si mesmo indiferente do ponto-de-vista jurídico, que apenas é preocupante e deve ser contido na hipótese de transgressão de limites previstos; ou, por último, (III) como um dado da realidade que é, quando exercido apropriadamente, causalmente necessário para a realização do ideal de ordem econômica expressamente assumido ou pressuposto. A estas três possibilidades correspondem, respectivamente, uma regulação (I) de limitação e, possivelmente, supressão parcial; (II) de monitoramento de condutas; e (III) de aproveitamento positivo, ou seja, direcionamento do poder econômico no sentido da produção de eficiências.

Estes tipos de regulação de modo algum excluem-se mutuamente num sentido absoluto, mas podem coexistir em um dado momento histórico, sob a condição evidente de que a cada tipo de regulação correspondam conjuntos diferentes de hipóteses normativas. As vantagens dessa tipologia, de outra parte, consistem no fato de que ela chama a atenção para uma possível periodização da história do direito de defesa da concorrência em chave evolutiva, cujo desenvolvimento se dá a partir da incorporação e superação das experiências passadas a partir de mecanismos de integração prática do saber jurídico e econômico acumulado, obviamente no compasso ditado pelas demandas sistêmicas do capitalismo contemporâneo. Nesse sentido, estou supondo que a compreensão do passado e dos seus desdobramentos é indispensável para a interpretação do presente. Poupano-me por ora da em-

preitada necessária de reconstrução em detalhe dessa história, passo a indicar, em linhas bem gerais, algumas características dominantes de cada período.

O estágio inicial ou ponto de partida para a compreensão da situação presente data do final do século XIX, ou seja, das etapas iniciais do processo de centralização e concentração do capital nos países industrializados, estendendo-se de maneira predominante, *grosso modo*, até o segundo pós-guerra. Tal período está principalmente ligado ao surgimento, nos Estados Unidos, do *Sherman Act* e do *Clayton Act*, como reação à crescente concentração do poder econômico, posto que se o julgava — este é o discurso oficial — como uma ameaça ao princípio da descentralização do poder social como pressuposto da democracia política. Ainda que sujeitos à conhecida objeção de reducionistas, vale lembrar que alguns autores defenderam o caráter ideológico desta concepção (não obstante a sua aparente validade geral), apontando a sua vinculação com a defesa dos interesses de grupos particulares, em especial dos proprietários de terra e pequenos proprietários, ameaçados pelo desenvolvimento acelerado do capitalismo comercial e industrial.

Do ângulo dos seus defensores posteriores, contudo, o combate às grandes empresas parecia encontrar respaldo na teoria econômica da época, em especial no modelo neoclássico do equilíbrio de mercado e da realização do ótimo sócio-econômico paretiano em condições de concorrência perfeita. As implicações normativas que se buscava extrair do modelo teórico, em certo sentido violentando-o, eram evidentes: tratava-se de justificar a intervenção do Poder Público no domínio econômico toda vez que surgisse qualquer dissonância entre as características estruturais efetivas e ideais dos mercados relevantes, entendendo-se por *ideais* aquelas definidas pelo modelo teórico como pressupostos necessários para a existência de concorrência perfeita, entre as quais cabe aqui destacar o número relativamente elevado de participantes no mercado, todos desprovidos de poder com relação à determinação do nível de preços.

É curioso notar que o discurso pró-liberdade de iniciativa tão enfaticamente recitado pelos adeptos da desconcentração econômica e do *small business*, não teria referente em um mundo governado pelas leis do modelo da concorrência perfeita. Em um tal mundo não há liberdade, posto que os preços são dados e os agentes simplesmente a eles ajustam as quantidades ofertadas. Como notou John Maurice Clark, no modelo da concorrência perfeita a conduta dos agentes e a performance do mercado estão de antemão determinadas, de modo que a *liberdade econômica* aparece como um paradoxo, uma vez que o sentido da liberdade reside na margem de discricionariedade que tem o agente de escolher o curso da sua própria ação.

A objeção mais grave ao referido modelo, entretanto, surgiu da constatação de que nele a essência da concorrência como um processo dinâmico desaparece, residindo justamente neste aspecto dinâmico o principal motivo

pelo qual o sistema concorrencial pudesse ser defendido. Nessa mesma direção, as — altamente irrealistas — condições requeridas pelo modelo apenas garantiriam um ótimo *relativo* (eficiência alocativa estática), jamais uma elevação do bem-estar geral da população e uma redução substancial — e não apenas marginal — nos custos de produção, associados à introdução de novos processos produtivos, novos produtos nos mercados, novos métodos de organização, etc., cujas condições mais gerais são a existência de um nível relativamente alto de acumulação de capital pelos agentes privados e a busca de lucros maiores do que os respectivos custos marginais.

Mas esse é o fim da história. Na etapa intermediária, que vai dos anos sessenta ao início da década de 80, predominou uma concepção menos positiva do poder econômico, embora já bem mais esclarecida economicamente do que aquela ligada à ideologia do *small business*. No Direito Norte-Americano antitruste, vive-se a época do domínio da Escola de Harvard e do paradigma estrutura-conduta-desempenho, marcados por um certo ceticismo em relação a estruturas de mercado concentradas e cujo acento tônico vai recair, coerentemente, no controle estrutural preventivo e nas propostas de *desconcentração* de alguns mercados ou, ainda, de *desmonopolização*, isto é, quebra *ex post* de posições de dominância muito acentuadas. Por outro lado, devido a um contato mais íntimo com a teoria econômica, muitos juristas começam a enxergar situações em que uma estrutura concentrada de mercado é necessária, por exemplo, para a realização de economias de escala, bem como de outras *funções*, ao lado da eficiência estática, que devem ser imputadas à concorrência.

Na Alemanha, Kantzenbach propõe, na década de sessenta, cinco funções que a concorrência deve realizar (*três estáticas e duas dinâmicas*), entre as quais cabe destacar, recordando Schumpeter, a aceleração do processo de surgimento, aplicação e difusão do progresso técnico sob a forma de novos produtos e novos métodos de produção. Como foi dito acima, isto é bem moderno em termos de política da concorrência; ocorre que Kantzenbach estava ainda preso ao paradigma antigo, de modo que a sua solução normativa apontava para uma estrutura ideal de mercado, que ele denominou de oligopólio *ampliado* (*weites Oligopol*), caracterizado por diferenciação de produtos e assimetria de informações, uma vez que nesses mercados as possibilidades de ganho, os riscos de falência e a capacidade de financiamento das empresas estariam combinadas de maneira apropriada.

Assim, ainda que distintas, as concepções acima delineadas apresentam, do ponto-de-vista das implicações normativas, um núcleo essencial comum, a saber, a intervenção estatal sobre a estrutura dos mercados no sentido de aproximar a estrutura real do ideal proposto pela teoria. À diferença da concepção prevalecente anteriormente, no entanto, os representantes desta última procuram fundamentar as suas recomendações práticas e interpretações

jurídicas não mais em um apelo a supostos princípios de uma moral coletivamente compartilhada, mas sim em um discurso econômico especializado, ainda que não passível de unificação em um corpo teórico estruturado de forma lógico-dedutiva ou mesmo consistente do ponto-de-vista das premissas metodológicas. Ademais, as concepções mais recentes já se defrontam, em praticamente todos os mercados importantes, com o fenômeno do poder econômico como um dado irrecusável da realidade.

Abrindo um parêntese local, é este o momento histórico em que surge, entre nós, a hoje revogada Lei 4.137/62. O aparecimento desta norma de caráter estritamente penal no ano de 1962 é de difícil compreensão. De fato, como apontado, o cenário internacional registrava uma reação de natureza mais tolerante em relação ao poder econômico e à concentração dos mercados, sendo que na Alemanha o ideal de mercado estava associado até mesmo com um determinado tipo de estrutura concentrada. Em termos técnicos, assistia-se, nos Estados Unidos, ao início de um processo de gradual esvaziamento da figura da infração *per se*, com conseqüente tratamento preferenciado à regra da razão. Para complicar, quando tentamos contextualizar a referida norma no quadro político, econômico e ideológico do início da década de sessenta no Brasil, a perplexidade é ainda maior. Com efeito, vivia-se a febre desenvolvimentista do Governo JK, com uma política econômica explicitamente marcada pelo estímulo à concentração econômica em vários mercados definidos como estratégicos para a aceleração do processo de industrialização da economia brasileira, política esta que persistiu até o fim dos anos setenta.

De qualquer modo, a Lei 4.137/62 já nasceu ineficaz, vindo a ser substituída em 1991 pela também hoje revogada Lei 8.158. Esta lei pode ser caracterizada como verdadeira *norma de transição* na história do Direito de Defesa da Concorrência brasileiro. Ela já incorpora basicamente o que de mais moderno há no Direito Comparado, bem como a estrutura da hoje em vigor Lei 8.884/94. A sua linguagem fluida abre espaço para mais de uma interpretação, porém acredito ser possível uma leitura de vanguarda, ou seja, entendendo-as como normas que inequivocamente participam — fechando o dito parêntese — da etapa atual desse ramo do Direito nos centros mais desenvolvidos, resultado dos estragos causados à concepção da Escola de Harvard pelos ataques da Escola de Chicago a partir dos anos 80 e, em última instância, das críticas à própria Escola de Chicago.

Como apontado brevemente acima, o desenvolvimento da dogmática do Direito de Defesa da Concorrência está caracterizado por uma interação cada vez mais íntima entre direito e teoria econômica. Se tal interação praticamente inexistia nos primórdios desse processo, hoje ela é absolutamente indispensável. Nesse sentido, a Escola de Chicago representa um avanço que foi, porém, parcialmente neutralizado pela aceitação irrefletida da ortodoxia neoclássica e

por algumas inconsistências entre teoria e práxis, resultantes em última instância de pressupostos ideológicos bem marcados.

Seja como for, o que restou de positivo do confronto entre as Escolas de Harvard e de Chicago é a certeza de que o paradigma estrutura-conduta-desempenho não deve ser absolutizado, o que complexifica ainda mais as coisas, demandando uma especialização cada vez mais intensa e muita sutileza analítica. De fato, embora as características estruturais continuem, por razões operacionais e teóricas, orientando o juízo aplicador do direito, com a percepção de que o ideal normativo (*performance*) não está necessariamente associado a um tipo bem definido de estrutura de mercado, tornou-se necessária uma análise mais microscópica dos mercados em cada ocasião concreta, a qual deve levar em consideração *também* outros dados econômicos que não aqueles estritamente associados à estrutura do mercado. Resumindo bastante o argumento decisivo: se a unilateralidade do paradigma estrutura-conduta-desempenho pôde ser desnudada mediante a constatação de que o sentido de causalidade é passível de inversão (conduta → estrutura), ela também pode ser contestada a partir de reflexões mais profundas, como por exemplo, a hipótese schumpeteriana bem fundada de que a essência da concorrência e do sistema capitalista está na constante busca pelos agentes, de lucros superiores aos respectivos custos — lucros monopolísticos — mediante a geração contínua de inovações nos produtos e nos processos produtivos. E o que é mais importante: que é justamente aí, isto é, nesse processo sempiterno de destruição/criação de estruturas econômicas e sociais mediante aumento da eficiência, que reside a vantagem desse sistema econômico (em relação aos outros historicamente existentes), além de constituir o motivo principal pelo qual a concorrência deve ser defendida.