

CAPÍTULO 12

LIBERDADE DE INICIATIVA E “LIVRES MERCADOS”: OS PRESSUPOSTOS ECONÔMICOS E JURÍDICOS PARA UMA ECONOMIA DE MERCADO REALMENTE LIVRE

Ana Frazão

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Em artigo anterior recente, em que procurei fazer uma análise crítica da [Lei de Liberdade Econômica](#), mostrei as deficiências das premissas ideológicas da narrativa dos livres mercados não apenas por serem parciais, enviesadas e reducionistas, como também por desconhecerem por completo a ordem econômica constitucional brasileira¹.

Daí ter sustentado que, longe de nos levar ao crescimento sustentável e ao desenvolvimento, essa visão de liberdade de iniciativa pode trazer efeitos nefastos não apenas sobre a economia e sobre o empreendedorismo, mas sobretudo sobre os direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos brasileiros.

Naquele artigo, busquei realçar também que não há contradição essencial entre liberdade de iniciativa, justiça social e democracia, pelo menos na obra de diversos liberais, especialmente os clássicos, como Locke e Kant². Mais do que isso, destaquei que muito das discussões mais recentes sobre o liberalismo estão lastreadas em profundas reflexões sobre justiça social, de que são exemplos as obras de Rawls e Dworkin, segundo os quais só é possível falar em liberdade efetiva – seja no desdobramento econômico, seja nos demais – caso se pense em critérios mínimos de justiça social que possam assegurar a todos uma certa igualdade nos pontos de partida³.

A finalidade do presente capítulo, que de certa forma é uma continuidade do já mencionado, é mostrar que, também sob a ótica econômica dos “livres mercados”, a liberdade de iniciativa não pode ser vista como algo absoluto ou que justifica a atuação dos agentes econômicos em contexto de verdadeiro “vale tudo”. Pelo contrário, está associada à ideia de mercados como espaços em que todos podem acessar e permanecer pelo mérito, sendo remunerados pelos seus esforços e pelo seu trabalho duro, sem que possam obter proveitos às custas de danos causados aos outros ou expedientes inaceitáveis.

1 FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 89-121.

2 Ver também FRAZÃO, Ana. *Empresa e propriedade. função social e abuso de poder econômico*. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 33-44.

3 FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. *Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 89-121.

É sob essa perspectiva que o presente artigo pretende explorar algumas das questões fundamentais para a manutenção dos próprios livres mercados, a fim de demonstrar que, também sob a ótica econômica, a livre iniciativa tem uma série de condicionantes e, por essa razão, depende de apropriada regulação jurídica para que possa existir.

Para isso, a análise que ora se propõe priorizará a literatura econômica, até para demonstrar que pode haver considerável convergência entre filósofos e juristas, de um lado, e importantes economistas, do outro, no sentido de que apenas pode haver liberdade de iniciativa e livres mercados com a devida e adequada regulação.

Ao final, por meio da obra de Acemoglu e Robinson⁴, que acaba sendo uma precisa síntese das principais preocupações que serão ora trabalhadas, o artigo buscará apontar para as soluções que buscam efetivamente assegurar a liberdade de iniciativa e a própria economia de mercado, conciliando os imperativos econômicos com os imperativos da ordem econômica constitucional.

2 SÓ HÁ LIVRES MERCADOS SE TODOS REALMENTE PUDEREM ACESSÁ-LOS E NELES PERMANECEREM PELOS SEUS MÉRITOS

Muitos dos ardorosos defensores dos livres mercados, como é o caso de Friedman⁵, sempre pensaram na liberdade de iniciativa como um vetor de competição pelo mérito e nos livres mercados como espaços acessíveis a todos. É por essa razão que Friedman dizia que a sua utopia pessoal seria considerar o indivíduo – ou a família – como elemento-chave da sociedade, de forma que cada um deveria ter a máxima liberdade para seguir seus próprios objetivos, desde que não interferisse nos direitos dos outros de fazer a mesma coisa⁶.

A rigor, tal definição não se distancia essencialmente da visão kantiana segundo a qual cada indivíduo é um fim em si mesmo e tem o direito de perseguir o seu projeto de vida enquanto tal direito é compatível com o igual direito dos demais indivíduos⁷. É também bastante convergente com o pensamento liberal de Stuart Mill⁸, ao enaltecer a importância da liberdade, mas deixar claro que esta encontra como limite o dever de não causar danos aos outros.

Há, portanto, uma preocupação comum a todos esses autores, no sentido de que não há liberdade de um às custas da liberdade do outro, embora haja claras divergências sobre como assegurar as liberdades de todos em uma sociedade complexa. Enquanto Kant via no direito um importante mecanismo para viabilizar a coexistência entre liberdades, Friedman depositava a sua fé nos livres mercados, como espaços que naturalmente levariam à referida harmonização.

4 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **The narrow corridor**: states, societies and the fate of liberty. New York: Penguin Press, 2019.

5 FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: Chicago University Press, 2003.

6 A frase está exposta no livro de ORRELL, David. **Economyths**. 11 ways economics gets it wrong. [London]: Icon Books, 2017.

7 Ver FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade**. Função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

8 MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Edições 70, 2006.

Ocorre que a realidade é bem diversa do que presumia Friedman, especialmente quando as pessoas partem de posições bastante diversas e não há qualquer controle para restringir ações inaceitáveis de determinados agentes que causam danos a outros.

É por essa razão que afirma Stiglitz⁹ ser fundamental que o Estado possa não somente assegurar oportunidades para todos e justiça social, como também endereçar todos os resultados do mercado que sejam considerados socialmente inaceitáveis. Afinal, a razão básica pela qual os mercados precisam ser regulados em uma sociedade interdependente é simples: o que uma pessoa faz afeta as outras e, sem regulação, tais efeitos não serão levados em consideração. A preocupação pode ser sintetizada na seguinte frase de Stiglitz¹⁰: “*One person’s freedom can be another’s unfreedom.*”

Ainda segundo Stiglitz¹¹, os mercados só funcionariam bem caso estivessem presentes algumas variáveis que simplesmente não ocorrem na vida real. Além da informação perfeita e da robusta competição, é fundamental que existam igualmente regras que impeçam que as pessoas causem danos umas às outras. Dessa maneira, o autor retoma aqui um ponto que é muito caro aos liberais de forma geral: a necessidade de implementar o princípio geral de não causar danos aos outros.

Consequentemente, além da criação das condições para que a liberdade de iniciativa seja assegurada a todos, é importante nivelar minimamente as regras do jogo competitivo, a fim de deixar claro que os agentes econômicos devem competir entre si pelo mérito e não com base em fraudes, trapaças e atos de violência que causam danos injustificados aos demais participantes.

Em outras palavras, livres mercados não podem ser arenas de “vale tudo”. Tal cenário não só implodiria a economia de mercado, como também a própria ideia de liberdade de iniciativa, na medida em que legitimaria a criação de danos para os outros. Com isso, gerar-se-ia uma especial e gravíssima forma de seleção adversa, em razão da qual apenas “sobreviveriam” nos mercados os agentes mais nefastos.

Como afirmam Akerlof e Shiller¹², se a teoria econômica parte da premissa de que as pessoas agem na busca do próprio interesse, a conclusão é de que os livres mercados, uma vez deixados sozinhos, tenderiam a espalhar manipulações, enganos e fraudes. Outro ponto explorado pelos autores é que os livres mercados nem sempre produzem bons resultados para ambas as partes, de forma que os benefícios de uns podem ser obtidos às custas de graves danos causados a outros.

Por essa razão, Akerlof e Shiller¹³ também consideram que, ainda que os mercados sejam um dos mecanismos mais poderosos da humanidade, precisam de proteções contra seus problemas, uma vez que nem funcionam perfeitamente nem as pessoas são efetivamente livres para fazerem suas escolhas. Pelo contrário,

9 STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits**. Progressive capitalism for an age of discontents. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

10 STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits**. Progressive capitalism for an age of discontents. New York: W.W. Norton & Company, 2019. p. 144.

11 STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits**. Progressive capitalism for an age of discontents. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

12 AKERLOF, George; SHILLER, Robert. **Phishing for Phools**. The economics of manipulation and deception. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

13 AKERLOF, George; SHILLER, Robert. **Phishing for Phools**. The economics of manipulation and deception. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

diante das inúmeras falhas de mercado, das externalidades negativas, da injusta distribuição de rendimentos e das técnicas de manipulação e engodo, há importante espaço para que o governo resolva tais problemas. Daí por que os autores consideram que a narrativa de que o governo é o problema e os mercados devem ser amplamente desregulados é, em si mesma, mais um tipo de engodo (*phish for phools*).

É precisamente para assegurar a liberdade de todos e evitar que a liberdade de uns seja alcançada às custas da opressão do outro que o Estado deve intervir para propiciar que o funcionamento adequado do mercado. Nos termos da síntese de Stiglitz¹⁴, o Estado é a única solução para resolver o problema da ação coletiva, razão pela qual precisamos dele e da regulação jurídica para que os mercados funcionem como se espera que o façam: de forma competitiva, com transações entre partes bem informadas que não pretendem obter vantagens indevidas da outra e em ambiente de confiança e segurança sem o qual os mercados não podem nem mesmo existir¹⁵.

Em sentido semelhante, Banerjee e Duflo¹⁶ sustentam que é desarrazoado esperar que mercados entreguem resultados que sejam justos, aceitáveis ou mesmo eficientes. Tal atribuição é dos governos, motivo pelo qual estes não podem ser vistos como o problema, tal como Reagan tentou convencer.

Ainda segundo Banerjee e Duflo¹⁷, não há alternativa ou substituto para uma série de coisas que o Estado faz, razão pela qual, se os governos são ruins e corruptos, há que se ajustar tais problemas e não simplesmente se erradicar os governos. A postura caracterizada pelo ataque vigoroso ao Estado e pelo incentivo à falta de fé nos burocratas tem efeitos perversos porque (i) impede que as pessoas vejam que o governo pode ser parte da solução; (ii) diminui os incentivos para que pessoas qualificadas resolvam trabalhar no governo; e (iii) cria uma imagem do governo que afeta a honestidade dos que querem trabalhar para ele.

O mantra de que os governos são corruptos e incompetentes também produz o tipo de cidadania que acaba não esperando mais nada, deixando de se indignar até mesmo com casos vergonhosos de corrupção. Daí a conclusão dos autores de que, de forma perversa, a obsessão contra a corrupção acaba abrindo espaço para a venalidade em larga escala.

Por fim, ainda vale ressaltar as lições de Jean Tirole¹⁸, segundo o qual a importância do Estado na regulação dos mercados decorre precisamente da necessidade de assegurar as regras do jogo e evitar que agentes dominantes abusem do seu poder.

Sob essa perspectiva, a discussão que deve ser travada não é a de optar entre regulação ou desregulação, mas sim a da *medida da regulação*, no sentido de se construir uma infraestrutura jurídica adequada e eficiente

14 STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits. Progressive capitalism for an age of discontents**. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

15 STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits. Progressive capitalism for an age of discontents**. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

16 BANERJEE, Abhijit; DUFLO, Esther. **Good economics for hard times**. New York: Public Affairs, 2019.

17 BANERJEE, Abhijit; DUFLO, Esther. **Good economics for hard times**. New York: Public Affairs, 2019.

18 TIROLE, Jean. **Economics for the common good**. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

para assegurar o próprio funcionamento do mercado¹⁹ e viabilizar que as pessoas, podendo livremente acessá-lo e competir pelo mérito, exerçam efetivamente a sua liberdade de iniciativa.

É por essa razão que é de difícil sustentação a posição de Friedman²⁰ pois, ao mesmo tempo em que defende um livre mercado que se oriente pela competição pelo mérito, propõe um governo extremamente limitado, cujo papel basicamente se restringiria a assegurar a propriedade privada e proteger as pessoas contra o roubo e a extorsão, já que os mercados dariam conta do resto.

Ocorre que os mercados simplesmente não dão conta do resto. Se tal postura já era ingênua desde a época em que foi formulada, torna-se cada vez mais descolada da realidade, que igualmente vem demonstrando que diversas outras premissas de Friedman, como a da soberania do consumidor, também não estão presentes no mundo real, como se explorará melhor a seguir.

Sem assegurar as regras adequadas do jogo, a competição que se esperaria no mercado deixa de se pautar pelo mérito e passa a ser regida pela força, fraude, manipulação ou mesmo pelas relações espúrias entre o poder econômico e o poder político, dando ensejo às mais diversificadas formas de capitalismo de camaradagem (*crony capitalism*).

Não é sem razão que Ezrachi e Stucke²¹ mostram que o Estado é muitas vezes instrumentalizado para favorecer indevidamente os agentes econômicos mais fortes, mostrando a pertinência da crítica segundo a qual, nesse contexto, cria-se um verdadeiro socialismo para os ricos capitalistas, que sempre contam com o suporte estatal, inclusive financeiro, enquanto que, para os mais pobres, o capitalismo é aplicado em todo o seu individualismo.

Por essa razão, Joseph Stiglitz²² aponta que uma das formas pelas quais a elite econômica faz dinheiro é tirando vantagem do seu poder de mercado e poder político para se favorecer e aumentar seus rendimentos à custa dos outros, por meio de diversas formas de *rent-seeking*, muitas das quais precisam da ajuda do Estado para a sua implementação, como por meio de empréstimos a juros baixos, transferências e subvenções estatais ocultas.

Na verdade, para Stiglitz, um dos aspectos mais marcantes do capitalismo moderno é precisamente a habilidade que os detentores de poder econômico têm para contornar a lei ou para moldá-la a seu favor, o que mina a ideia de competição pelo mérito, uma vez que as conquistas dos mercados passam a resultar mais de diversas formas de exploração do poder econômico e de outras imperfeições dos mercados do que da eficiência dos agentes econômicos.

19 TIROLE, Jean. **Economics for the common good**. New Jersey: Princeton University Press, 2017. p. 145-148.

20 FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: Chicago University Press, 2003.

21 STUCKE, Maurice; EZRACHI, Ariel. **Competition overdose: how free market mythology transformed us from citizen kings to market servants**. Harper Business, 2000.

22 STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade**. Tradução de Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2013.

Portanto, fica claro que, quando se fala em livre iniciativa e livres mercados, é fundamental a intervenção estatal ao menos para assegurar que jogo seja limpo e correto, assegurando que os mercados possam ser realmente livres espaços de competição pelo mérito e pela eficiência, sem o que não há nem economia de mercado e muito menos livre iniciativa. Para isso, o Estado deve oferecer a infraestrutura necessária para a competição, ao mesmo tempo em que não pode interferir na dinâmica competitiva, favorecendo indevidamente alguns agentes econômicos em detrimento de outros.

3 SÓ HÁ LIVRES MERCADOS SE HOVER A CONTENÇÃO DA DOMINAÇÃO ABUSIVA DOS MAIS FORTES E A PREVENÇÃO DA TIRANIA PRIVADA

A conexão entre liberdade política e econômica, como dois lados da mesma moeda, não tem nada de novo, já tendo sido reconhecida até mesmo por vários defensores intransigentes dos livres mercados. O próprio Friedman²³ sempre sustentou que a liberdade econômica e a liberdade política são interdependentes e que, se houver restrições à primeira, haverá igualmente restrições à última.

O ponto de controvérsia é que os libertários tendem a adotar uma visão mais otimista dos mercados, considerando que basta o reconhecimento formal das liberdades para que todos possam dela usufruí-la, enquanto que os críticos entendem que os livres mercados acabam dando margem à prevalência da liberdade apenas dos mais fortes, aniquilando a liberdade de todos os demais.

Como já se viu na seção anterior, a ideia de mercado competitivo pressupõe necessariamente um espaço que possa ser acessado livremente por todos, a fim de que nele possam permanecer e competir pelo mérito, podendo receber a retribuição pelos seus talentos e pelo seu trabalho. Entretanto, para que isso seja possível, não basta proibir a criação de danos; é imprescindível também que exista certo nivelamento entre os agentes econômicos e o estabelecimento de regras minimamente equitativas para assegurar que o vetor competitivo seja realmente o mérito e não o poder do mais forte.

Tal discussão não tem nada de novo para o Direito Antitruste, por exemplo, embora tenha sido eclipsada pela Escola de Chicago. Em importante reflexão, Bruno Braz²⁴ retoma os fundamentos da Escola Ordoliberal, ao mostrar como o Direito Antitruste, por meio da concorrência, pode e deve assegurar a liberdade econômica de todos, preservando a própria sociedade livre.

Daí as recentes discussões sobre a necessidade de que o Direito Antitruste possa retomar a sua preocupação com os seus objetivos antimonopolistas, partindo da premissa de que agentes dominantes sem qualquer freio têm muitos incentivos para restringir indevidamente a liberdade econômica dos demais, sejam seus consumidores, sejam seus fornecedores ou compradores.

23 FRIEDMAN, Milton. *Capitalism and freedom*. Chicago: Chicago University Press, 2003.

24 BRAZ, Bruno. *A que(m) serve o Antitruste?* Eficiência e rivalidade na política concorrencial de países em desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2019.

Não é sem razão que o recente relatório do *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary* tem como um de suas principais propostas a de restaurar os objetivos antimonopólio do Direito Antitruste²⁵.

Aliás, recentemente, vários são os estudos que, baseados nas inquietações suscitadas pelo liberalismo clássico, concluem que o mero reconhecimento formal das liberdades não é suficiente para assegurar nem liberdade econômica nem liberdade política para todos. Nesse sentido, a principal preocupação da obra mais recente de Acemoglu e Robinson²⁶ é precisamente mostrar que liberdade econômica e dominação são conceitos excludentes. Em outras palavras, não há liberdade econômica de um agente quando ele está sujeito à dominação irrestrita por parte de outro.

O argumento de Acemoglu e Robinson endereça aquele que é um dos principais conflitos ideológicos entre conservadores e liberais nos Estados Unidos, que poderia ser traduzido no conflito entre os chamados liberais e os sociais-democratas no Brasil. Como bem aponta Marina Lao²⁷, enquanto os conservadores são mais preocupados com os riscos que um Estado forte pode trazer para a liberdade econômica, os liberais, no sentido norte-americano, são mais inclinados a ver a liberdade econômica abrangendo igualmente o direito dos menos privilegiados de participarem de um sistema econômico que seja relativamente justo para todos, razão pela qual o Estado é visto como uma força para a contenção do poder econômico privado.

Ocorre que, a rigor, os receios de ambos os lados procedem, na medida em que tanto um poder público descontrolado como um poder privado descontrolado podem ter efeitos nefastos sobre a liberdade econômica dos cidadãos. Por essa razão, a questão obviamente não é escolher que tipo de dominação é a menos pior, mas sim evitar ambas, tal como nos adverte Barry Lynn em seu livro *Liberty from all masters*²⁸, cujo título já antecipa a ideia principal: ser livre pressupõe não estar sujeito à dominação de “senhores”, sejam eles públicos ou privados.

É esse igualmente o argumento central de Acemoglu e Robinson²⁹, que chamam a atenção para o fato de que muitos economistas que inspiraram e ainda inspiram os conservadores, inclusive vários dos precursores da Escola de Chicago, já mostravam o receio de que um poder privado incontrolado pudesse comprometer a liberdade econômica e o próprio ideal de livre mercado. Daí por que os autores sustentam que apenas com um Estado forte, porém algemado – o *Shackled Leviathan* –, será possível assegurar a liberdade econômica para todos, evitando qualquer tipo de dominação abusiva, qualquer que seja a sua origem e independentemente de ser pública ou privada.

25 INVESTIGATION OF COMPETITION IN DIGITAL MARKETS. Disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

26 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *The narrow corridor: states, societies and the fate of liberty*. New York: Penguin Press, 2019.

27 LAO, Marina. Ideology matters in the Antitrust debate. *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 2 2014.

28 LYNN, Barry. *Liberty from all masters*. New York: St. Martin's Publishing Group, 2020.

29 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. *The narrow corridor: states, societies and the fate of liberty*. New York: Penguin Press, 2019.

Entretanto, há todo um projeto de poder colocado em prática pela extrema direita, com fortes ramificações na mídia, na academia e na formação e convencimento de autoridades públicas, para tentar difundir a narrativa de que todos os esforços para assegurar a liberdade econômica devem ser feitos apenas para conter a opressão estatal, sem nada falar a respeito da opressão privada. Trata-se, todavia, de viés claramente ideológico, que, a partir do projeto de demonização do estado, ignora ou mascara os riscos igualmente preocupantes da dominação privada.

Se queremos levar a sério a realização da liberdade econômica, o projeto a ser buscado é o da contenção da dominação, razão pela qual a regulação jurídica, incluindo aí o Direito Antitruste, pode e deve ter como uma de suas preocupações fundamentais assegurar efetivamente a liberdade econômica de todos, inclusive dos entrantes, contra a dominação de agentes privados cada vez mais poderosos e que, sem qualquer freio, podem passar a competir muito menos pelos seus méritos e muito mais por práticas abusivas.

No que se refere especificamente ao Direito Antitruste, tal abordagem, como observa Lina Khan³⁰, simplesmente resgata as finalidades originárias do próprio *Sherman Act*, que foi introduzido no sistema norte-americano para assegurar diversidade e acesso aos mercados, sendo contrário a altas concentrações de poder econômico que pudessem comprometer esse objetivo. Na verdade, sob esse ângulo, a própria competição é vista como um conjunto de condições para assegurar a liberdade econômica de todos, o que inclui a abertura dos mercados.

Em sentido semelhante, Harry First e Spencer Weber Waller³¹ mostram que não há como se pensar em mercados livres sem conectá-los aos valores democráticos, à liberdade das pessoas e as oportunidades para competir de forma minimamente equitativa.

Sob esse ângulo, merece ser reposicionada a discussão de que o Direito Antitruste apenas deve proteger a concorrência, mas não os concorrentes. Por mais que não se pretenda tutelar concorrentes de forma incondicional e a qualquer custo, é inequívoco o compromisso do Antitruste com a manutenção de condições justas de mercado, sob pena de não ser possível a competição pelo mérito.

É por essa razão que Lina Khan³² sustenta que o mais claro exemplo de como podem ser negligenciadas as preocupações estruturais do Antitruste com a competição é precisamente a ideia de que suas leis são vocacionadas a proteger somente a competição e não os competidores. Por mais que seja verdade que algumas ações competitivas acabem eliminando competidores e que o Antitruste não possa proteger competidores às custas da própria competição, esse tipo de máxima tem sido utilizada para justificar a inação das autoridades antitruste.

30 KHAN, Lina. The ideological roots of America's Market power problem. *The Yale Journal Forum*, 960, June 4, 2018.

31 FIRST, Harry; WALLER, Spencer. Antitrust's Democracy Deficit, 81 *Fordham L. Rev.*, v. 2543, 2013. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/13>. Acesso em: 22 nov. 2021.

32 KHAN, Lina. The ideological roots of America's Market power problem. *The Yale Journal Forum*, 960, June 4, 2018.

Todavia, diante do objetivo central do Direito Antitruste de prevenir e reprimir o abuso de poder econômico, se houver competidores que estejam sendo excluídos do mercado ou impedidos de nele ingressar em razão de práticas abusivas dos agentes dominantes, é inequívoco que a intervenção antitruste é necessária e que a proteção dos concorrentes, nesse caso, é totalmente convergente com a proteção da própria concorrência.

Em sentido próximo, Marina Lao³³, novamente chamando atenção para as raízes ideológicas do debate, destaca que, enquanto os conservadores acham que pequenos negócios não podem ser protegidos às custas dos consumidores, os liberais tendem a achar que é necessário um ambiente que crie oportunidades para que pequenos rivais possam coexistir e competir pelos próprios méritos contra as firmas dominantes.

Como se pode ver, a posição conservadora, tal como adotada pela Escola de Chicago, ao privilegiar exclusivamente, pelo menos no discurso, os interesses dos consumidores, desconsidera por completo os interesses de outros agentes do mercado, assim como o papel do Antitruste como instrumento de assegurar liberdade econômica para todos.

Sob a perspectiva da liberdade econômica, apesar da importância dos direitos do consumidor, são igualmente importantes os direitos dos demais agentes econômicos de poderem ingressar e permanecer nos mercados e neles competir pelos seus próprios méritos. Daí por que é necessário que a regulação jurídica – e especialmente o Direito Antitruste – leve esses aspectos em consideração, até porque não deixam de ser convergentes, uma vez que a preservação da concorrência também beneficia o consumidor.

Não se está propondo, obviamente, que o Direito Antitruste deve privilegiar incondicionalmente pequenos negócios ou negócios ineficientes às custas dos consumidores. O que se está dizendo é que o Antitruste também deve preservar a concorrência como instrumento fundamental para que todos – e não apenas os mais fortes – possam exercer suas respectivas liberdades econômicas e que tal preocupação pode beneficiar igualmente os consumidores.

Dentro desse contexto, Marshall Steinbaum e Maurice Stucke³⁴ propõem uma nova visão do Antitruste que leve em consideração:

- (i) a proteção dos indivíduos, compradores, consumidores, produtores e empregados;
- (ii) a preservação de oportunidades para competidores, a fim de que os agentes possam acessar os mercados sem coerção, interferências indevidas, exclusões ou discriminações por parte dos agentes mais fortes;
- (iii) a promoção da autonomia individual e do bem-estar, o que pressupõe a proteção das liberdades individuais e da livre empresa;
- (iv) a dispersão do poder privado, uma vez que o poder econômico normalmente se traduz em poder político.

33 LAO, Marina. Ideology matters in the Antitrust debate. *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 2 2014.

34 STEINBAUM, Steinbaum; STUCKE, Maurice Stucke. The effective competition standard: a new standard for Antitrust. *The University of Chicago Law Review*, v. 87, n. 2, p. 595, 2020.

É particularmente interessante a análise que os autores fazem da liberdade econômica dos empregados em mercados concentrados, sob o argumento de que, como muitos indivíduos dependem do seu trabalho para a sobrevivência, a oferta de força de trabalho é extremamente inelástica. Como resultado, os trabalhadores são normalmente expostos à coerção de poderosos empregadores, de forma que proibir esse tipo de coerção deveria ser um fim em si mesmo.

Por fim, é interessante mencionar que o relatório do *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary*³⁵, ao tratar dos impactos concorrenciais das plataformas digitais, não desconhece as necessárias repercussões da dominância de tais entes sobre a liberdade econômica de vários dos agentes econômicos que com elas contratam ou mantêm com elas relações das quais dependem a sua própria sobrevivência.

O raciocínio do relatório pode ser utilizado para outras circunstâncias e mercados que não apenas os afetados pelas plataformas digitais. Afinal, não há que se falar em liberdade econômica quando uma parte considerável de agentes econômicos depende de agentes poderosos e teme com razão a opressão destes.

Em países em desenvolvimento como o Brasil, no qual o empreendedorismo pode ser uma excelente saída para a pobreza, a preocupação em assegurar efetivas condições de exercício de liberdade econômica por todos é fundamental, inclusive para propiciar entradas e inovações, tais como as *startups*. Não se trata de proteger o ineficiente, como muitas vezes se diz, mas simplesmente de assegurar um jogo sem dominações abusivas, viabilizando a competição pelo mérito.

Consequentemente, a questão fundamental que se coloca na atualidade é que não temos que escolher entre a dominação do Estado ou a dominação privada. Ambas as situações são nefastas para a liberdade econômica e acabam inviabilizando o próprio regime de mercado. Daí por que a única solução possível é encontrar um justo equilíbrio por meio de um Estado que interfira nos mercados o suficiente para assegurar as regras do jogo, de forma que todos encontrem no mercado um espaço em que possam exercer suas liberdades econômicas e competir pelo mérito.

Aliás, o próprio Friedman³⁶ foi claro ao afirmar que a maior ameaça à liberdade humana é a concentração de poder, seja por parte do governo, seja por parte de outras entidades. É por essa razão que não pode haver economia de mercado – e muito menos liberdade de iniciativa – sem mecanismos eficientes para conter os abusos dos agentes com poder econômico.

35 INVESTIGATION OF COMPETITION IN DIGITAL MARKETS. Disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

36 FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. *Free to choose: a personal statement*. Mariner Books, 2006.

4 SÓ HÁ LIVRES MERCADOS SE HOVER AUTONOMIA DOS CONSUMIDORES: A FALÁCIA DA “SOBERANIA DO CONSUMIDOR”

Muito da defesa libertária dos livres mercados repousa racionalidade dos agentes econômicos, da qual decorreria a premissa da soberania do consumidor. Tais ideias funcionam, ao mesmo tempo, como lastro do exercício da liberdade econômica por parte dos consumidores e também como uma constrição natural do comportamento dos agentes econômicos. Afinal, parte-se do princípio de que os consumidores poderão desviar a sua demanda para outros concorrentes sempre que identificarem que algum agente econômico está tentando obter alguma vantagem indevida por meio de preços excessivos, baixa qualidade ou outras práticas nefastas.

Da mesma maneira, a premissa da livre entrada nos mercados é um fator a mais para reforçar a soberania do consumidor, pois é vista como um desincentivo poderoso para comportamentos excessivamente oportunistas por parte de agentes econômicos, evitando que abusem dos seus poderes.

Não bastasse estar assentada em premissa nem sempre presente – a da competitividade dos mercados –, a soberania do consumidor ainda parte da premissa equivocada de que os consumidores, diante de condutas equivocadas de determinado agente, poderão não apenas identificá-la com relativa facilidade, como também deslocar a sua demanda para outros concorrentes que ofertassem um produto ou serviço com menor preço ou maior qualidade.

Todavia, as pesquisas recentes da psicologia e da economia comportamentais têm destacado as inúmeras limitações de racionalidade dos indivíduos, o que compromete por completo a ideia de soberania do consumidor, ainda mais quando esta é vista como um controle natural do mercado. Como já se viu pela obra de Akerlof e Shiller³⁷, o lado preocupante dos livres mercados ou da “mão invisível” é exatamente a liberdade de enganar, fraudar e manipular consumidores.

Aliás, se tem um ponto em relação ao qual a economia comportamental apresenta grande convergência é em sua crítica ao princípio da soberania do consumidor. Nesse sentido, Kahneman³⁸ mostra como a visão de livres mercados de Friedman e da Escola de Chicago apenas pode ser sustentada a partir da fé na racionalidade humana e na ideologia de que é desnecessário e até imoral proteger as pessoas contra suas escolhas, pois elas devem ser livres e responsáveis para cuidarem de si mesmas. Aliás, é esta a ideia expressa no título de um dos mais populares livros de Friedman: *Liberdade de escolher*³⁹.

Para Kahneman⁴⁰, entretanto, é importante ressaltar que a liberdade não é um valor contestado por nenhum dos lados do debate: a questão é que a vida é mais complexa para os economistas comportamentais do que para os adeptos ferrenhos da racionalidade humana. Enquanto a decisão de proteger os indivíduos contra

37 AKERLOF, George; SHILLER, Robert. **Phishing for Phools**. The economics of manipulation and deception. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

38 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cassio Leite. São Paulo: Objetiva, 2011.

39 FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to choose**: a personal statement. Mariner Books, 2006.

40 KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar**: duas formas de pensar. Tradução de Cassio Leite. São Paulo: Objetiva, 2011.

seus erros é um dilema para os economistas comportamentais, os economistas da Escola de Chicago não enfrentam esse problema, pois partem da premissa de que os agentes racionais não cometem enganos e que a liberdade não apresenta custo algum.

Thaler⁴¹ também considera que a soberania do consumidor, vista como o princípio cardeal do libertarismo da Escola de Chicago, fica muito comprometida diante dos limites da racionalidade e mesmo do autocontrole.

Aliás, não obstante as limitações de racionalidade, é o próprio Friedman⁴² que reconhece que a soberania do consumidor depende de uma economia competitiva, em que os cidadãos tenham inúmeras escolhas sobre os bens e serviços que voluntariamente pretendem adquirir. Todavia, diante do fenômeno da crescente concentração dos mercados, fica cada vez mais difícil sustentar que os níveis de competição são suficientes para, por si só, assegurarem a liberdade de escolha dos consumidores.

Dessa maneira, para que possa haver realmente livres mercados, nos quais os consumidores também possam exercer livremente a sua liberdade econômica, é fundamental que haja regulação suficiente para proteger os consumidores, especialmente em mercados pouco competitivos.

5 SÓ HÁ LIVRES MERCADOS SE HOVER ALGUMA FORMA DE RESOLVER OS PROBLEMAS DAS FALHAS E EXTERNALIDADES NEGATIVAS

Mesmo os defensores dos livres mercados tendem a reconhecer a necessidade de intervenção estatal nos mercados, via regulação, na hipótese de falhas que impedem que o mecanismo de preços funcione adequadamente. Podem ser citados, nesse sentido, as hipóteses de monopólios, assimetrias de informação, conflitos de agência, risco moral, seleção adversa, dentre outras.

Como resumem Stucke e Ezechachi⁴³, não se pode negar a importância da intervenção estatal ao menos para os casos de externalidades negativas, bens públicos, imperfeições e falhas de mercado e mercados que apresentam baixos níveis de rivalidade (*suboptimal competition*).

Dessa maneira, comprovado que a concorrência perfeita foi sempre um modelo teórico inatingível e que os mercados reais normalmente apresentam falhas, tem-se que a regulação jurídica tem um importante papel para, endereçando tais problemas estruturais, possibilitar o próprio funcionamento eficiente do mercado. Nos termos da precisa síntese de Jean Tirole⁴⁴, como estado e mercados não competem propriamente, mas cada um precisa do outro para funcionarem propriamente, o Estado protegerá o bem comum sempre que os mercados falharem.

41 THALER, Richard. **Misbehaving**. The Making of Behavioral Economics. New York: W.W Norton & Company, 2015.

42 FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: Chicago University Press, 2003.

43 STUCKE, Maurice; EZRACHI, Ariel. **Competition overdose**: how free market mythology transformed us from citizen kings to market servants. Harper Business, 2000.

44 TIROLE, Jean. **Economics for the common good**. New Jersey: Princeton University Press, 2017.

Também não pode ser subestimado o papel da regulação no endereçamento das externalidades negativas geradas pelos agentes econômicos, o que é reconhecido pelo próprio Friedman⁴⁵ em artigo seminal publicado na *New York Times Magazine* em 1970, em que o autor sustenta que a responsabilidade dos administradores de companhias abertas seria apenas a de fazer a maior quantidade de dinheiro possível.

Como apontam Hart e Zingales⁴⁶, a premissa de Friedman é que deve haver o cumprimento das regras do jogo, assim como haver a diferenciação entre as atividades lucrativas e as atividades éticas, com a consequente segmentação entre os fins das companhias e os fins dos indivíduos e governos. Somente essa separação justificaria deixar as companhias fazendo dinheiro enquanto indivíduos e governos lidam com as externalidades.

Ocorre que, segundo os autores, tal separação é possível apenas quando o lucro (*profit-making*) e a geração de danos (*damage-generating*) dos agentes econômicos são separáveis e governo perfeitamente internalize as externalidades com leis e regulação, o que não ocorre no mundo real. É por essa razão que apenas se poderia cogitar da busca incondicional do lucro caso a regulação internalizasse as externalidades negativas da atividade econômica.

Tal discussão realça precisamente o relevantíssimo papel da regulação jurídica de endereçar e contornar as externalidades negativas da atividade empresarial, inclusive para o fim de responsabilizar aqueles que causaram danos inaceitáveis.

Como defende Stiglitz⁴⁷, o problema das externalidades negativas vai muito além das falhas de mercado. Mesmo quando os mercados funcionam bem, frequentemente não mal sucedidos em atingir resultados justos e eficientes, produzindo muito de determinadas coisas, como poluição, e pouco de outras, como a pesquisa básica. Logo, havendo grandes discrepâncias entre os retornos sociais de uma atividade e os retornos privados para a mesma atividade, os livres mercados não resolvem o problema por si só, devendo a regulação necessariamente endereçar tais aspectos.

6 SÓ HÁ LIVRES MERCADOS SE HOVER LIVRE CONCORRÊNCIA: SÓ QUE A LIVRE CONCORRÊNCIA NÃO PODE SER TÃO LIVRE ASSIM E O ANTITRUSTE PRECISA ENFRENTAR ESSE DESAFIO

Como já se teve oportunidade de mostrar anteriormente, várias das premissas da defesa dos livres mercados e da desregulação partem da premissa de que mercados competitivos seriam suficientes para assegurar resultados eficientes e justos. Aliás, Friedman⁴⁸ propõe um verdadeiro *tradeoff* entre concorrência e regulação, como se fossem alternativas excludentes, tendo optado pela primeira em detrimento da segunda.

45 O artigo de Friedman é referenciado no texto de Hart e Zingales que será citado logo a seguir (nota de rodapé n. 45).

46 HART, Oliver; ZINGALES, Luigi. Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value. *Journal of Law, Finance, and Accounting*, v. 2, p. 247–274, 2017. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/hart/publications/companies-should-maximize-shareholder-welfare-not-market-value>. Acesso em: 22 nov. 2021.

47 STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits. Progressive capitalism for an age of discontents**. New York: W.W. Norton & Company, 2019.

48 FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to choose: a personal statement**. Mariner Books, 2006.

Ocorre que a concorrência por si só, não resolve vários dos problemas já apontados, especialmente os relacionados às externalidades negativas e aos danos que podem decorrer da atividade empresarial.

É esse precisamente o fio condutor da recente obra de Stucke e Ezechí⁴⁹, ao mostrarem que a concorrência que decorre da desregulação, normalmente associada à ideologia dos livres mercados, não vem servindo à maior parte da população. Os autores abordam muitos exemplos concretos para mostrar como a idolatria dos livres mercados, em relação aos quais o único *driver* seria a concorrência, transformou os cidadãos em servos, beneficiando apenas as empresas e criando um ambiente que propicia não apenas a degradação de produtos e serviços, mas também a utilização da concorrência para esconder a corrupção, a exploração, a incompetência e a ignorância.

Com tais exemplos, Stucke e Ezechí mostram que a premissa defendida por Friedman, no sentido de que a melhor forma de proteger consumidores é aumentar a competição e diminuir a regulação, simplesmente não vem funcionando. Conseqüentemente, assegurar o livre mercado exige normalmente um delicado equilíbrio entre a regulação e a concorrência.

Por fim, cumpre ressaltar que a própria defesa da concorrência é também uma política regulatória, que buscará conter o abuso de poder econômico e assegurar uma concorrência pelo mérito. Daí por que a chamada livre concorrência nunca foi propriamente livre ou a defesa do “vale tudo”, mas sim a concorrência do jogo justo, de acordo com as regras adequadas, levando em consideração os argumentos já mencionados ao longo do estudo.

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.

Dessa maneira, torna-se urgente a necessidade de que o Direito Antitruste resgate seus compromissos originários com a proteção de mercados competitivos, 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.

49 STUCKE, Maurice; EZRACHI, Ariel. **Competition overdose**: how free market mythology transformed us from citizen kings to market servants. Harper Business, 2000.

Daí a necessidade de proteção do processo competitivo em si mesmo, objetivo que, segundo Tim Wu⁵⁰, 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 indústria como um todo. Por essa razão, é necessária uma luta mais dura contra preços exclusionários, praticados unilateralmente ou em colusão.

Ainda sustenta Wu⁵¹ 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 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 Wu⁵², 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 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.

50 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 n. 14-608. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249173. Acesso em: 22 nov. 2021.

51 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 n. 14-608. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249173. Acesso em: 22 nov. 2021.

52 WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. **Antitrust Law Journal**. v. 78, p. 313-328, 2012. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1767/. Acesso em: 22 nov. 2021.

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 criativas⁵³ 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 Wu⁵⁴, 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 Stucke⁵⁵ 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;
- (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.

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

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

55 The effective competition standard: a new standard for Antitrust. Op.cit

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 Baker⁵⁶, 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 Kwoka⁵⁷ 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 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 Khan⁵⁸ 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 Center⁵⁹ 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, também aponta a necessidade de se restaurar a competição em mercados digitais a partir de uma série de medidas, como reduzir conflitos de inte-

56 STEINBAUM, Steinbaum; STUCKE, Maurice Stucke. The effective competition standard: a new standard for Antitrust. *The University of Chicago Law Review*, v. 87, n. 2, p. 595, 2020.

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

58 KHAN, Lina. The separation of platforms and commerce. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 4, p. 973, 2019. Disponível em: <https://columbialawreview.org/content/the-separation-of-platforms-and-commerce/>. Acesso em: 22 nov. 2021.

59 STIGLER CENTER. *Stigler Committee on Digital Platforms: final report*. 2019. Disponível em: <https://www.publicknowledge.org/wp-content/uploads/2019/09/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.

resse 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 antimonopólio⁶⁰.

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

7 SÓ HÁ LIVRES MERCADOS E LIBERDADE DE INICIATIVA SE HOVER UM ADEQUADO EQUILÍBRIO ENTRE ESTADO E SOCIEDADE: A SÍNTESE DE ACEMOGLU E ROBINSON

Diante de todos os argumentos já expostos até aqui, fica muito claro que a existência dos livres mercados e da própria liberdade de iniciativa não é um problema meramente econômico, mas também político e social.

Nesse sentido, vale ressaltar a precisa a síntese de Acemoglu e Robinson⁶¹, ao ressaltarem que a liberdade é um direito que apenas pode surgir e florescer em um contexto em que tanto o estado como a sociedade sejam fortes. Um estado forte é importante para controlar a violência, assegurar o *enforcement* das leis e prover serviços públicos que são fundamentais para que as pessoas possam fazer suas escolhas e persegui-las. De outra parte, uma sociedade forte é importante para controlar e limitar o poder do estado, mantendo-o “algemado”: daí a ideia de *Shackled Leviathan*.

Vale ressaltar que os autores partem de uma noção material – e não meramente formal – da liberdade, entendendo que somente é livre aquele que não está sujeito a nenhum tipo de ameaça, coação ou subjugação vinda de pessoas, grupos ou organizações. Da mesma forma, não há liberdade efetiva quando conflitos são resolvidos (i) pela força ou pela sua ameaça ou (ii) por relações de poder desiguais. Como já se antecipou na seção 3, só existe liberdade quando não há dominância, qualquer que seja a sua fonte, pública ou privada.

60 INVESTIGATION OF COMPETITION IN DIGITAL MARKETS. Disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.

61 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **The narrow corridor**: states, societies and the fate of liberty. New York: Penguin Press, 2019.

O que não pode ser negligenciado é que o reconhecimento da liberdade emerge de um processo confuso, que não pode ser facilmente desenhado ou previsto, nem mesmo assegurado por um sistema de freios e contrapesos. Por essa razão é que é indispensável a vigilância da sociedade, já que o despotismo está no DNA do estado.

Outra conclusão importante dos autores é que existe uma relação intrínseca entre liberdade, prosperidade e crescimento econômico. Afinal, a prosperidade e o crescimento econômico originam-se de princípios básicos, que incluem incentivos para as pessoas investirem, experimentarem e inovarem. Tais incentivos dependem do estado, sem o qual não há um direito para adjudicar disputas nem proteção para os direitos de propriedade que se situam no conflito⁶².

Todavia, a prosperidade e o crescimento econômico não repousam apenas em direitos de propriedade seguros, mas dependem criticamente de amplas oportunidades econômicas. Por essa razão, é necessário que as oportunidades sejam ampla e justamente distribuídas na sociedade, a fim de que quem quer que tenha uma boa ideia para inovar ou investir em algo valioso tenha a chance de executá-la e receber as recompensas. Consequentemente, a liberdade no domínio econômico requer que o campo do jogo seja nivelado e acessível a todos.

Mais do que isso, instituições econômicas inclusivas apenas se prolongam no tempo se forem apoiadas por instituições políticas igualmente inclusivas, ou seja, que evitem a monopolização do poder político por um pequeno segmento da sociedade.

Além do papel estruturante do estado sobre a economia, já mencionado anteriormente, Acemoglu e Robinson dão diversos exemplos da necessidade da intervenção estatal sobre os mercados, dentre os quais para: (i) endereçar as externalidades, como é o caso da poluição; (ii) assegurar os bens públicos, dos quais todos obtêm benefícios, como a infraestrutura ou a defesa nacional; (iii) enfrentar situações de informação assimétrica e (iv) evitar que monopólios cobrem preços excessivos ou entrem em atividades predatórias contra competidores.

Entretanto, os autores vão além, para defender que a intervenção governamental é também necessária para a segurança social e para a redistribuição com a finalidade de limitar a desigualdade. Afinal, sem isso, não se tem como nivelar o campo e assegurar a equitativa distribuição de oportunidades econômicas para todos.

Outro ponto importante é que Acemoglu e Robinson também defendem a intervenção do estado na economia para o fim de reequilibrar o poder político dos agentes envolvidos. Disso decorre a preocupação com a manutenção e o fortalecimento dos sindicatos que, para Acemoglu e Robinson, são centrais para manter o equilíbrio parcial de poder entre negócios organizados e o trabalho. Na verdade, foi o declínio do poder dos

62 ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **The narrow corridor**: states, societies and the fate of liberty. New York: Penguin Press, 2019. p. 144.

sindicatos ao longo das últimas décadas que modificou o equilíbrio de poder na sociedade americana em favor das grandes companhias.

Na parte final do livro, os autores ainda se debruçam mais especificamente sobre o problema do aumento da desigualdade, traduzido no aumento crescente da remuneração dos que estão no topo às custas da estagnação dos rendimentos dos que estão na parte inferior da pirâmide social. Se a concentração do sistema financeiro tem levado à assunção de riscos excessivos e a grandes ineficiências, o aumento da concentração em outras áreas têm sido decisivo para o aumento da desigualdade, até por ter como consequência o achatamento dos salários dos trabalhadores.

Outro grave problema decorrente da desigualdade é a perda da confiança nas instituições, o que compromete o próprio *Shackled Leviathan*, cuja existência depende de a sociedade acreditar nas instituições que o apoiam e estiver disposta a protegê-las contra o poder do estado e contra as elites. Entretanto, o aumento da desigualdade, a diminuição do emprego e os enormes lucros do setor financeiro e das grandes empresas sem regulação estimulam na sociedade o sentimento de que a economia é fraudada contrariamente aos interesses da maioria e de que o sistema político é cúmplice nesse processo.

Fica muito claro, portanto, que a liberdade econômica pressupõe a liberdade política, razão pela qual é necessário um duro trabalho de mobilização social, o que requer, dentre outras medidas, assegurar representatividade a atores coletivos, como os sindicatos, e implantar uma concepção inclusiva e efetiva de liberdade e de direitos, incluindo minorias.

8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se pode demonstrar ao longo do presente artigo, até mesmo a existência dos livres mercados depende de uma adequada regulação jurídica que, sendo capaz de assegurar a concorrência pelo mérito, possa: (i) evitar condutas que se desviem da eficiência e dos talentos e causem danos aos outros por meio de fraudes, manipulações e enganos; (ii) evitar que a liberdade dos mais fortes anule ou restrinja sensivelmente a liberdade dos mais fracos, transformando-se em uma espécie de tirania privada; (iii) assegurar que a liberdade de iniciativa dos agentes econômicos seja compatível com a necessária proteção da liberdade dos consumidores; (iv) endereçar o problema das falhas de mercado e das externalidades negativas, criando um equilíbrio entre poder (*profit-making*) e responsabilidade (*damage-generating*) e (v) assegurar efetivamente a livre concorrência, não apenas criando as regras do jogo justo, como assegurando a eficácia do processo competitivo.

Mais do que isso, o projeto de implementação dos livres mercados exige também que se encontre um equilíbrio entre sociedade e Estado, a fim de assegurar liberdade econômica e liberdade política para todos. Aliás, não é demais lembrar que, mesmo para libertários como Friedman, a liberdade política e a liberdade econômica se interpenetram, de forma que uma não existe sem a outra.

Diante dos aspectos envolvidos, é ingênua a visão de que os livres mercados atingirão tais objetivos natural e espontaneamente, ainda mais quando se demonstra que, na maior parte dos casos, vários dos vetores essenciais para assegurar os bons resultados do mercado – informação, racionalidade dos agentes econômicos e competição – não estão presentes. Dessa maneira, sem regulação, há considerável risco de que livres mercados propiciem a fraude e a manipulação, a criação de danos e de externalidades negativas e a prevalência do poder do mais forte em detrimento de todos os demais atores econômicos, incluindo os consumidores.

Após todas essas reflexões, fica claro que o problema não é a utopia pessoal de Friedman – uma sociedade em que todos tenham liberdade para perseguirem seus objetivos desde que não comprometam a igual liberdade dos demais – mas sim a fantasia de que tal objetivo possa ser alcançado como consequência natural dos livres mercados.

É exatamente por compartilhar da utopia de Friedman que eu entendo que a regulação jurídica é fundamental para viabilizá-la, assegurando a coexistência entre liberdades e a competição pelo mérito. Sem regulação jurídica adequada, não há nem livre mercado, nem livre iniciativa, nem o atendimento dos objetivos da ordem econômica constitucional brasileira.

REFERÊNCIAS

- ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James. **The narrow corridor: states, societies and the fate of liberty**. New York: Penguin Press, 2019.
- AKERLOF, George; SHILLER, Robert. **Phishing for Phools**. The economics of manipulation and deception. New Jersey: Princeton University Press, 2015.
- BAKER, Jonathan. **The antitrust paradigm restoring a competitive economy**. Cambridge: Harvard University Press, 2019.
- BANERJEE, Abhijit; DUFLO, Esther. **Good economics for hard times**. New York: Public Affairs, 2019.
- BRAZ, Bruno. **A que(m) serve o Antitruste?** Eficiência e rivalidade na política concorrencial de países em desenvolvimento. São Paulo: Singular, 2019.
- FIRST, Harry; WALLER, Spencer. Antitrust's Democracy Deficit, 81 **Fordham L. Rev.**, v. 2543, 2013. Disponível em: <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/13>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- FRAZÃO, Ana. **Empresa e propriedade**. Função social e abuso de poder econômico. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- FRAZÃO, Ana. Liberdade econômica para quem? A necessária vinculação entre a liberdade de iniciativa e a justiça social. In: SALOMÃO, Luís Felipe; CUEVA, Ricardo Villas Bôas; FRAZÃO, Ana. **Lei de liberdade econômica e seus impactos no direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.
- FRIEDMAN, Milton. **Capitalism and freedom**. Chicago: Chicago University Press, 2003.
- FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Free to choose: a personal statement**. Mariner Books, 2006.
- HART, Oliver; ZINGALES, Luigi. Companies Should Maximize Shareholder Welfare Not Market Value. *Journal of Law, Finance, and Accounting*, v. 2, p. 247–274, 2017. Disponível em: <https://scholar.harvard.edu/hart/publications/companies-should-maximize-shareholder-welfare-not-market-value>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- INVESTIGATION OF COMPETITION IN DIGITAL MARKETS. Disponível em: https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf. Acesso em: 22 nov. 2021.
- KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cassio Leite. São Paulo: Objetiva, 2011.
- KHAN, Lina. The ideological roots of America's Market power problem. **The Yale Journal Forum**, 960, June 4, 2018.

- KHAN, Lina. The separation of platforms and commerce. *Columbia Law Review*, v. 119, n. 4, p. 973, 2019. Disponível em: <https://columbia-lawreview.org/content/the-separation-of-platforms-and-commerce/>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- KWOKA, John. **Controlling mergers and market power: a program for reviving Antitrust in America**. Boston: CPI Competition Policy International, 2020.
- LAO, Marina. Ideology matters in the Antitrust debate. *Antitrust Law Journal*, v. 79, n. 2 2014.
- LYNN, Barry. **Liberty from all masters**. New York: St. Martin's Publishing Group, 2020.
- MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade**. São Paulo: Edições 70, 2006.
- ORRELL, David. **Economyths**. 11 ways economics gets it wrong. [London]: Icon Books, 2017.
- RAWLS, John. **O liberalismo político**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.
- RAWLS, John. **Teoría de la Justicia**. Tradução de Maria Dolores González. Madri: Fondo de Cultura Económica de España, 1997.
- SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalism, socialism & democracy**. Londres: Routledge, 2003.
- STEINBAUM, Steinbaum; STUCKE, Maurice Stucke. The effective competition standard: a new standard for Antitrust. *The University of Chicago Law Review*, v. 87, n. 2, p. 595, 2020.
- STIGLER CENTER. **Stigler Committee on Digital Platforms: final report**. 2019. Disponível em: <https://www.publicknowledge.org/wp-content/uploads/2019/09/Stigler-Committee-on-Digital-Platforms-Final-Report.pdf>. Acesso em: 22 nov. 2021.
- STIGLITZ, Joseph. **O preço da desigualdade**. Tradução de Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2013.
- STIGLITZ, Joseph. **Power, and profits. Progressive capitalism for an age of discontents**. New York: W.W. Norton & Company, 2019.
- STUCKE, Maurice; EZRACHI, Ariel. **Competition overdose: how free market mythology transformed us from citizen kings to market servants**. Harper Business, 2000.
- THALER, Richard. **Misbehaving**. The Making of Behavioral Economics. New York: W.W Norton & Company, 2015.
- TIROLE, Jean. **Economics for the common good**. New Jersey: Princeton University Press, 2017.
- 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 n. 14-608. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3249173. Acesso em: 22 nov. 2021.
- WU, Tim. Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antitrust Law Journal*. v. 78, p. 313-328, 2012. Disponível em: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/1767/. Acesso em: 22 nov. 2021.
- WU, Tim. **The curse of bigness**. Antitrust in the new gilded age. New York: Columbia Global Reports, 2018.