

Direito da Concorrência e democracia

O que um tem a ver com o outro?

Ana Frazão

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

O Direito da Concorrência, em uma primeira e apressada visão, pode se mostrar muito específico, técnico e hermético. Até a sua linguagem parece isolar-se das demais áreas jurídicas, utilizando-se de uma série de conceitos e definições, muitos deles vindos da economia, que podem ser de difícil compreensão mesmo para juristas experientes que não estejam familiarizados com esse discurso.

Também contribui para esse isolamento um ranço economicista ainda muito forte, que tende a reduzir o Direito da Concorrência a uma questão de eficiência econômica, submetido à metodologia específica supostamente capaz de indicar direções adequadas e precisas para as decisões da autoridade antitruste. Dessa maneira, a análise concorrencial se restringiria a cálculos sofisticados e complexos a respeito de alocação de bens e serviços em mercados, por meio dos quais se buscaria mensurar e sopesar os efeitos positivos e negativos de operações e de condutas sob uma ótica exclusivamente econômica.

Além do equívoco das premissas nas quais se assenta, tal postura apresenta o efeito nefasto de reforçar a ideia de que o Direito da Concorrência é uma disciplina que apenas pode ser compreendida e enfrentada por poucos – os *experts* ou iluminados que dominam sua linguagem, sua metodologia e seus conceitos – e, o que é pior, que interessa a poucos.

Entretanto, nada poderia ser mais equivocado. O controle do poder econômico, além de ser um dos instrumentos mais efetivos da tutela dos interesses dos consumidores, é, na verdade, um dos principais pilares de qualquer democracia. Assim, trata-se de discussão que diz respeito a todos os cidadãos e, exatamente por isso, precisa ser ampliada, compreendida e submetida ao amplo escrutínio social, já que os efeitos da política antitruste são sentidos

diariamente nas vidas de todos, tanto sob a ótica da autonomia privada, como sob a ótica da autonomia pública.

Sob o prisma da autonomia privada, a presença cada vez maior da macroempresa tanto no cenário econômico, como no cenário social, faz com que ela seja uma realidade no cotidiano de qualquer cidadão ou consumidor. Basta lembrarmos das grandes cadeias de supermercados e produtos alimentícios, das companhias de aviação, das redes sociais, das empresas de telecomunicações e tantas outras que atuam em mercados intimamente relacionados às nossas necessidades e conveniências básicas, os quais são marcados pela presença de grandes agentes econômicos e forte concentração.

Parafraseando Vivante¹, que outrora afirmou que do nascimento à tumba era o Código Comercial que nos governava, tamanha a sua presença na vida das pessoas, pode-se dizer hoje que, do nascimento à tumba, são as macroempresas, detentoras de poder econômico, que, de certa forma, nos governam, inclusive moldando nossas preferências e estilos de vida.

Já na esfera da autonomia pública, cuja ênfase é a cidadania sob o enfoque de participação na vida democrática, são também significativas as preocupações decorrentes do uso incontido do poder econômico, pois um dos objetivos do Estado de direito é assegurar a igualdade entre os seus cidadãos e evitar que a economia ou a política possam ser, diretamente, as principais fontes de integração social.

Com efeito, desde o século XIX observa-se que o poder econômico, em suas diversas manifestações, encontrou várias frentes para colonizar o Estado, subvertendo ou instrumentalizando em seu favor instituições aprioristicamente democráticas. Seja perante a representação direta no Parlamento e nos demais poderes, seja por meio da representação “indireta” que decorre de contatos, laços e aproximações, oficiais ou não, baseados em trocas de favores ou não, há muito que se observa como muitos detentores de posição dominante podem facilmente orientar as ações do Estado em seu próprio benefício.

Nesse sentido, as preocupações com o capitalismo de camaradagem (*crony capitalism*) e os benefícios e favorecimentos espúrios que dele decorrem são antigas, mostrando que mesmo nos países que são considerados democracias avançadas, como é o caso dos Estados Unidos, muitas das grandes fortunas do

¹ VIVANTE, Cesare. *Tratado de derecho mercantil*. Madri: Editorial Reus, 1932. v. I., p. 28.

século XIX foram construídas não somente em virtude do trabalho e do esforço de seus titulares, mas também em decorrência de uma sofisticada e eficiente rede de laços e aproximações com o poder político, sendo o *lobby*² apenas uma dentre as inúmeras manifestações.

Tais constatações, ao mesmo tempo em que mostram que os mercados não são propriamente espaços neutros, pois permeados de complexas relações sociais que moldam as regras do jogo – as instituições³ –, apontam para o problema da excessiva interferência dos agentes econômicos titulares de posição dominante na arena política, com a finalidade de manter ou ajustar as instituições de acordo com os seus interesses.

Sem o adequado controle dessas interferências, a democracia facilmente se converte, na prática, em verdadeira plutocracia, em que apenas os interesses dos titulares do poder econômico acabam prevalecendo ou sendo efetivamente representados. Não é sem razão que é antigo o temor de que o resultado prático das revoluções liberais fosse a substituição da aristocracia tradicional pela aristocracia do dinheiro.

Consequência desse processo é que a posição dominante exercida nos mercados se espraia igualmente para o Estado e para a esfera pública, podendo minar as liberdades dos demais indivíduos e as próprias bases da república.

Não é demais lembrar que mesmo Mises⁴, representante da Escola Austríaca, era claro ao afirmar que, em mercados competitivos, os consumidores – e não as empresas – é que são soberanos. Obviamente que isso não acontece se tais empresas titularizam posição dominante e podem se utilizar dela sem freios, seja para praticar condutas expropriatórias contra o cidadão-consumidor, seja mesmo para criar entraves para a representação política desses cidadãos.

Isso mostra que a relação entre democracia e concorrência é extremamente próxima. Agamenon Magalhaes⁵, um dos idealizadores da legislação antitruste do Brasil, já percebera o problema, entre nós, há bastante tempo, ao afirmar que o objetivo do controle do poder econômico diz respeito à

² FRAZÃO, Ana. Precisamos falar sobre lobby. *Jota*. Disponível em: <<https://www.jota.info/coberturas-especiais/as-claras/precisamos-falar-sobre-lobby-26072017>>.

³ Ver: NORTH, Douglass. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.

⁴ MISES, Ludwig von. *Human action: a treatise on economics*. San Francisco: Fox & Wilkes, 1963. pp. 269-273.

⁵ MAGALHÃES, Agamenon. Abuso de Poder Econômico. *Revista Forense*, n. 124, p. 601-605, ago. 1949.

preservação do próprio Estado de direito e da democracia, já que um poder incontido tem repercussões muito além do mercado, invadindo também as instituições sociais e políticas.

Há, ainda, outro aspecto interessante na dinâmica entre democracia e concorrência: o fato de que ambos se baseiam na competição pelo mérito e na instabilidade e dinamicidade que daí decorrem. Enquanto, na arena democrática, os candidatos querem conquistar os eleitores, na arena do mercado, as empresas querem conquistar os consumidores. Como bem conclui Margrethe Vestager⁶, o elemento positivo da competição é que o jogo nunca acaba, mas se renova a cada escolha do eleitor ou do consumidor.

Entretanto, tal racionalidade apenas pode funcionar se for preservado o direito de escolha do eleitor e do consumidor. Se eleitores e consumidores não têm efetivo direito de escolha, a tendência é que haja uma verdadeira cristalização tanto do cenário político, como do cenário econômico, perdendo-se por completo a dinamicidade e a disputa que deveriam caracterizar cada um deles.

Daí a importância da preservação da competição e do direito de escolha tanto na arena política como na arena econômica, sem o que os eleitores e consumidores não poderão propriamente exercer o seu direito de optar pelo melhor, restando-lhes, na prática, apenas a possibilidade de se resignarem com o que há.

É preocupante, portanto, quando se constata que, em diversos mercados, o alto nível de concentração, muitas vezes decorrente de fusões e aquisições, já vem possibilitando que os agentes que nele atuam exerçam suas posições dominantes com bastante conforto, considerável estabilidade, pouca contestabilidade e aumento de margem de lucros⁷.

Por outro lado, quanto maior ou mais estável a posição dominante nos mercados, mais influência e acesso têm os seus titulares às instituições políticas, a fim de que o seu poder seja mantido. Trata-se, portanto, de um círculo que pode ser perigosamente vicioso, em que o poder econômico alimenta o poder

⁶ VESTAGER, Margrethe. How competition can build trust in our societies. *Comissão europeia*. Disponível em: <https://ec.europa.eu/commission/commissioners/2014-2019/vestager/announcements/how-competition-can-build-trust-our-societies_en>

⁷ Sobre a situação norte-americana, ver *The Economist*. <https://www.economist.com/news/briefing/21695385-profits-are-too-high-america-needs-giant-dose-competition-too-much-good-thing>

político em seu favor e, a partir daí, torna-se ainda mais forte nos mercados e também na arena política, em movimento que se reproduz sucessivamente.

Portanto, diante das claras conexões entre o controle do poder econômico e a democracia, as questões concorrenciais não podem ser decididas sob uma perspectiva exclusivamente técnica, desconectada dos princípios constitucionais que regem a ordem econômica e o Estado Democrático de Direito. É necessário que se produza uma reflexão mais abrangente sobre o impacto da concorrência sobre a adequada alocação de bens sociais e a consecução dos objetivos esperados de uma economia de mercado na qual a livre iniciativa e a busca da justiça social estão em permanente tensão e apenas podem ser vistas como instrumentos de realização da democracia.

Basta lembrar que uma das principais discussões da filosofia política e da filosofia do direito diz respeito às relações e tensões entre a política, a economia e o direito. Sob essa perspectiva, o Direito da Concorrência oferece excelente oportunidade para que tal discussão saia de uma perspectiva exclusivamente teórica e possa alcançar uma dimensão mais concreta e pragmática. Afinal, o controle do poder econômico é uma solução construída pelos Estados contemporâneos para evitar que poder econômico seja o fundamento principal da integração social, evitando que se subverta a essência do Estado de Direito e a própria democracia.

Artigo publicado em 7 de Março de 2018 no portal Jota.

Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-da-concorrencia-e-democracia-o-que-um-tem-ver-com-o-outro-07032018>