

Um Direito Antitruste para o século XXI

A necessária revisão dos parâmetros do Direito Antitruste como imperativo para a preservação da própria economia de mercado

Parte 1

Ana Frazão

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

Já faz algum tempo que os resultados da política antitruste baseada nas premissas e na metodologia da Escola de Chicago são submetidos a constantes e reiteradas críticas. Dentre elas, destacam-se a de que nem houve a entrega das promessas realizadas, como ainda houve um aumento exponencial da concentração em diversos mercados.

Tal cenário apresenta impactos diretos não só sobre o bem estar do consumidor, que fica impossibilitado de ter acesso aos benefícios que estão associados a mercados competitivos – tais como menores preços, mais diversidade e mais qualidade – como também sido associado à redução do investimento, da inovação e do próprio dinamismo dos mercados, na medida em que reduz ou mesmo impede novas entradas.

Não obstante, o aumento da concentração de poder econômico também apresenta diversas repercussões sobre a democracia, uma vez que a supremacia econômica é facilmente convertida em supremacia política, o que possibilita que, por meio de uma série de estratégias – como financiamento de campanhas e *lobby* -, sejam reforçadas as posições dos incumbentes e tornada ainda mais difícil qualquer possibilidade de competição.

Não é sem razão que a importante revista *The Economist*, em sua recente edição de 08.08.2020, resolveu iniciar com o Direito Antitruste uma série sobre temas em relação aos quais os economistas estão revendo seus fundamentos. Na instigante reportagem *When big isn't beautiful. What more*

*should antitrust be doing? The first of a series on areas where economists are rethinking the basics*¹, busca-se fazer um mapeamento das atuais discussões a respeito da necessidade de se ter um novo Direito Antitruste, que se adapte melhor à realidade do século XX.

Na verdade, não é a primeira vez, nos últimos anos, que a *The Economist* aponta para o fato de que algo precisa ser feito em relação ao Direito Antitruste. Em 2016, na reportagem *Too much of a good thing – Profits are too high. America needs a giant dose of competition*², a *The Economist* já atacava o déficit de competição que estaria caracterizando a economia norte-americana, relacionando-o a grandes problemas, tais como o aprofundamento da desigualdade.

Naquela oportunidade, também foi apontado como o aumento de lucros está associado com a concentração, demonstrando-se que, nos mercados considerados fragmentados – em que as quatro maiores empresas controlam menos de um terço do mercado – os faturamentos das empresas, que correspondiam a 75% do total em 1997, caíram para 58% em 2012. Já nos mercados concentrados, nos quais as quatro maiores empresas controlam entre um terço e dois terços, a parcela dessas empresas no faturamento total aumentou, no período estudado, de 24% para 33%.

Ainda em 2016, em reportagem cujo título já é bastante provocativo – *A lapse in concentration. A dearth of competition among firms helps explain wage inequality and a host of other ills*³ -, a revista volta a falar do assunto, explorando o crescente aumento do que os economistas chamam de *rent*, ou seja, de lucros que estão acima dos níveis necessários para justificar o investimento ou os *inputs* do trabalho.

A reportagem aponta também como as grandes empresas passaram a aumentar o seu percentual de retorno de capital investido em relação às empresas médias: a diferença, que era de aproximadamente três vezes em 1990, subiu recentemente para oito vezes. Outro dado importante é a posição de conforto de que gozam as empresas dominantes, uma vez que esses altos retornos têm sido persistentes: mais de quatro quintos das empresas que tiveram retornos

¹ <https://www.economist.com/schools-brief/2020/08/08/what-more-should-antitrust-be-doing>.

² <https://www.economist.com/briefing/2016/03/26/too-much-of-a-good-thing>

³ <https://www.economist.com/special-report/2016/09/29/a-lapse-in-concentration>

acima de 25% em 2003 mantiveram essa posição dez anos depois, o que é um importante indício de ausência de contestabilidade do seu poder. Por fim, a reportagem também chama atenção para efeitos da concentração empresarial sobre o achatamento dos salários dos empregados e sobre o aumento da desigualdade.

Dois anos depois, em novembro de 2018, a *The Economist* abordou o assunto de forma ainda mais incisiva. Tendo como matéria de capa a reportagem *The next capitalist Revolution*⁴, defendeu abertamente a necessidade de uma verdadeira revolução cujo objetivo fosse o de desencadear a concorrência, diminuir os altos lucros das grandes empresas e garantir a inovação.

A reportagem aponta que, desde 1997, a concentração do mercado aumentou em dois terços das indústrias americanas, fenômeno que apresenta diversas projeções, que vão desde o aumento de preços para consumidores até o esmagamento de trabalhadores com baixos salários em razão do exercício de poder de monopólio. Outro ponto importante é a diminuição dos novos entrantes e mesmo do crescimento da produtividade, o que poderia ser explicado pela falta de competição da qual decorre a pressão para investir.

Naquela oportunidade, a revista já antevia pelo menos três questões que deveriam ser endereçadas para resolver tão grave problema: (i) a revisão do tratamento atribuído aos dados e à propriedade intelectual, a fim de que os regimes respectivos possam ser utilizados como combustíveis para a inovação e não para a proteção de incumbentes, inclusive com a proposição de soluções concretas, tais como a de que as plataformas digitais deveriam licenciar dados anonimizados para seus rivais e a de que as patentes deveriam ser mais raras, mais curtas e mais facilmente contestáveis em cortes, (ii) a eliminação de barreiras à entrada nos mercados, tais como cláusulas de não competição, licenças para exercer determinadas atividades e regulações complexas criadas por força de lobby para acomodar os interesses da indústria e (iii) a criação de um Direito Antitruste para o século XXI.

No que diz respeito especificamente ao terceiro objetivo, a reportagem alerta para o fato de que, embora não seja equivocado vincular o Direito Antitruste ao bem estar do consumidor, as autoridades precisavam prestar atenção na saúde competitiva geral dos mercados e nos retornos do

⁴ <https://www.economist.com/leaders/2018/11/15/the-next-capitalist-revolution>

capital. Nesse sentido, defende que as autoridades precisam ter mais poderes para investigar mercados que estão se tornando disfuncionais e que as *big techs* precisam encontrar mais dificuldades para neutralizar seus rivais potenciais a longo prazo, motivo pelo qual seriam preocupantes iniciativas como a aquisição, pelo Facebook, tanto do Instagram em 2012, como do Whatsapp em 2014.

Segundo a reportagem, dentre os benefícios que se poderiam esperar desse Direito Antitruste para o século XXI, estariam o aumento do valor real dos salários, o aumento do poder de escolha dos consumidores e o aumento da produtividade. E, mais do que isso, uma revolução no Direito Antitruste, poderia fazer muito para restaurar a confiança do público no capitalismo, que já é visto com desconfiança por uma parte substancial da sociedade, especialmente os mais jovens.

É nesse contexto que deve ser entendida a recente reportagem de 08.08.2020, que trata especificamente da importância das teorias e limitações intelectuais para a delimitação do problema. Daí por que, como não poderia deixar de ser, é mencionada a influência da Escola de Chicago, que é considerada, por muitos, a responsável por uma postura mais leniente do Direito Antitruste. Afinal, foi a sua excessiva confiança nos livres mercados que possibilitou que as maiores empresas tenham aumentado as suas participações de mercado e as companhias de tecnologia tenham virado verdadeiros titãs.

Daí a preocupação que vários economistas, na atualidade, começaram a ter com os efeitos deletérios da falta de concorrência, inclusive para o fim de demonstrar que aquilo que a Escola de Chicago considera ser bom para os consumidores acaba não servindo aos interesses mais amplos destes.

A partir daí, a reportagem mostra como a crítica à Escola de Chicago acaba se organizando tanto em posturas mais “radicais”, como as do chamado *New Brandeisianism* – também chamados pejorativamente de *Hipster Antitrust*, que defende a superação do critério do bem estar do consumidor, e aquelas que, sem pretender abandonar o critério do bem estar do consumidor, pretendem apenas reinterpretá-lo de forma mais elástica, a partir do *protection competition standard*.

No entanto, a reportagem já acena para duas dificuldades que se anunciam para a superação da Escola de Chicago: (i) o temor da substituição de metodologia rigorosa e transparente por um “mal definido conjunto de objetivos

sociais” e (ii) o velho argumento da desconfiança em relação ao Estado, de forma que seria melhor enfrentar as falhas de mercado do que as falhas estatais.

É interessante que tais críticas não repelem propriamente o diagnóstico de que o velho Direito Antitruste já não dá mais conta do recado; entretanto, insistem no fato de que ele ainda é melhor do que correr o risco de modificações que podem não resolver os problemas e ainda causar mais distorções e inseguranças.

É a partir desse cenário argumentativo, colocado em perspectiva pelas diversas reportagens da *The Economist* mencionadas, que a presente série pretende trazer algumas discussões e provocações não somente para reforçar a necessidade de um novo Direito Antitruste para o século XXI, mas sobretudo para mostrar como esse novo Direito Antitruste pode ser arquitetado de forma coerente e compatível com objetivos definidos e com a preservação da racionalidade da política concorrencial e da segurança jurídica.

Link https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-19082020

Publicado em 19/08/2020