

# 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 9

---

**Ana Frazão**

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

---

Os artigos anteriores da série procuraram mostrar os resultados nefastos que decorreram da redução do Direito Antitruste à mera finalidade de maximização do bem estar do consumidor, ainda mais quando tal objetivo passou a ser implementado pela ótica ainda mais restritiva da Escola de Chicago.

Diante do diagnóstico realizado, cabe agora prosseguir na análise que orienta a presente série, perquirindo então sobre quais seriam as finalidades que o Direito Antitruste deveria legitimamente perseguir. E, como se verá a seguir, tal exame pode ser feito a partir da consideração de uma série de objetivos que são absolutamente pertinentes ao controle do poder econômico, sem o “populismo” que a crítica normalmente costuma atribuir a qualquer tentativa de ampliar os objetivos do Antitruste.

Sob essa perspectiva, e sem qualquer pretensão de esgotar a temática, propõe-se que pelo menos quatro aspectos possam nortear a discussão a respeito dos propósitos que o Direito Antitruste deve ter no século XXI: (i) evitar o abuso de poder econômico que comprometa a própria democracia e a liberdade política, (ii) evitar o abuso de poder econômico que comprometa a liberdade econômica e a livre iniciativa, (iii) evitar o abuso de poder econômico que comprometa a proteção da livre concorrência ou do processo competitivo e (iv) evitar o abuso de poder econômico que prejudique o consumidor, não apenas sob a dimensão do preço, mas também sob as dimensões de qualidade, diversidade,

inovação e proteção de dados, dentre outras que porventura se mostrem necessárias.

Como se pode observar, embora distintos, todos esses aspectos estão unidos pelo fio condutor comum de que dependem de um adequado controle do poder econômico para que possam ser viáveis. Assim, por mais que o Direito Antitruste não seja o único instrumento para endereçar tais questões, é certamente um dos mais importantes.

Começamos com a questão democrática. Não é novidade que as democracias estão em crise, havendo rica e farta literatura que tenta entender as causas e consequências desse processo. Apesar das diferentes visões, um argumento que vem se repetindo com relativa frequência é que o capitalismo está se tornando um sistema cada vez mais excludente, a serviço do interesse de poucos, fazendo com que a própria meritocracia se torne um mito.

Cada vez mais se fala no descolamento entre capitalismo e democracia, embora nem sempre se perceba o quanto o Direito Antitruste tem a ver com tal discussão, já que foi pensando precisamente para impedir que o exercício desenfreado do poder econômico pudesse comprometer a economia de mercado e a democracia.

Com efeito, desde as suas origens, o Direito Antitruste tem relações diretas com a manutenção da democracia, em um claro reconhecimento da importância instrumental da proteção dos mercados<sup>1</sup>. Não é exagerada, portanto, a conclusão de Eleanor Fox<sup>2</sup> de que o Direito da Concorrência tem uma verdadeira simbiose com a democracia e que, no caso norte-americano, teve suas raízes na tentativa de equilíbrio entre os que têm poder e os que não têm, bem como na preferência pela diversidade, pela autonomia e pela igualdade de oportunidade de competir com base no mérito.

Daí por que não é nenhuma surpresa que o excessivo relaxamento da política antitruste tenha desdobramentos que transcendem os mercados, trazendo impactos diretos nos próprios pilares do regime democrático. Afinal, a acumulação de econômico pode facilmente ser convertida em poder político, a ser

---

<sup>1</sup> STUCKE, Maurice E. Reconsidering antitrust's goals. *Boston College Law Review*. v. 53, pp. 551-629, 2012. pp. 560-562.

<sup>2</sup> FOX, Eleanor M. Post-Chicago, post-Seattle and the dilemma of globalization. In: CUCINOTTA, Antonio; PARDOLESI, Roberto; BERGH, Roger van dan. *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*. Cornwall: Edward Elgar, 2002. pp. 76-77.

utilizado para capturar as instituições e mudar as regras do jogo em favor dos próprios detentores do poder econômico, a fim de assegurar a manutenção ou a expansão do poder destes não mais pelos seus méritos, mas sim pela legitimação da dominação. Em graus mais avançados, a captura do Estado atinge tal nível que as regras são reescritas e a própria “democracia” é redesenhada para representar apenas os titulares de poder econômico.

Brandeis, cuja importância tem sido tão enaltecida nos últimos tempos, já havia descrito precisamente tal receio, ao advertir:

“We must make our choice. We may have democracy or we may have wealth concentrated in the hands of a few, but we can’t have both.”<sup>3</sup>

Dessa maneira, ressalta-se a nítida vinculação entre o controle do poder econômico e a preservação da ordem democrática. Aliás, em seu livro *The Hidden History of Monopolies. How big business destroyed the American Dream*<sup>4</sup>, Thom Hartmann mostra como a própria nação norte-americana surge a partir da luta contra o monopólio da *British East India Company*, em um claro reconhecimento de que a concentração excessiva de poder econômico pode gerar efeitos extremamente nefastos.

Prosseguindo em sua narrativa, o autor mostra como o debate sobre o controle do poder econômico nunca foi alheio à preservação da própria democracia durante praticamente todo o século XX, até que tal noção fosse superada pela Escola de Chicago. Aliás, interessante frase de Roosevelt ressalta a relação entre o poder econômico sem controle e o próprio fascismo:

“The first truth is that the liberty of democracy is not safe if people tolerate the growth of private power to a point where it becomes stronger than their democratic state itself. That, in its essence, is fascism – ownership of government by an individual, by a group, or by any other controlling private power.”<sup>5</sup>

Nesse sentido, é preciso entender que o estreitamento das finalidades e do alcance do Direito Antitruste, ocorrido a partir da década de 1980

---

<sup>3</sup> Conforme Nancy MacLean. *Democracy in Chains. The Deep History of the Radical Right's Stealth Plan for America*. New York; Viking, 2017, pp. 210-211.

<sup>4</sup> Oakland: Berret-Koehler Publishers, 2020.

<sup>5</sup> Op.cit., p. 34.

nos Estados Unidos, está inserido no contexto de um projeto de poder muito mais amplo, arquitetado e executado pelas elites econômicas, que viram na Escola de Chicago a base teórica que poderia endossar a sua estratégia, ainda que esta envolvesse igualmente restringir a democracia sempre que esta representasse impedimento ou dificuldade para o crescimento desmesurado do poder econômico.

Vários autores já mostraram claramente as relações entre a Escola de Chicago e as pretensões das elites norte-americanas de legitimarem seus planos de poder por meio de uma justificativa científica. Dentre eles, poderíamos lembrar Chomsky, James Kwak, Joseph Stiglitz, Paul Krugman, Appelbaum, Heather Boushey, Jonathan Aldred, dentre tantos outros, muitos dos quais tiveram suas obras e pensamentos abordados na série *Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados*.

Thom Hartmann, por exemplo, descreve como tal projeto começou a ser orquestrado e executado nos Estados Unidos a partir da década de 70, focado na necessidade de conquistar o apoio popular por meio de uma rede de intelectuais e de mídia a ser utilizada para persuadir as pessoas de que os governos eram o problema e não a solução. O objetivo era desacreditar o Estado ao máximo, a fim de abrir os caminhos para os livres mercados<sup>6</sup>.

Obviamente que as preocupações democráticas não apenas passavam ao largo desse projeto de poder, como eram vistas até como uma barreira para a sua implementação. Tanto é assim que um dos passos iniciais dessa estratégia, o famoso Memorando Powell, é claro não apenas ao atacar o que considera um “excesso” de democracia, como também ao mostrar a importância de investir em diversas frentes, incluindo o governo em todos os seus poderes (Executivo, Legislativo e Judiciário), bem como o ensino médio e universitário e mídia.<sup>7</sup> Por meio de inúmeros *think tanks*, foi traçado o ideal de encobrir o projeto de um novo feudalismo - “government of, by, and for the rich” – sob o argumento da ineficácia do Estado.<sup>8</sup>

Em sentido semelhante, vale destacar a obra de Nancy MacLean *Democracy in Chains. The deep history of the radical right's stealth plan for*

---

<sup>6</sup> Op.cit., p. 56.

<sup>7</sup> Op.cit., pp. 56-57.

<sup>8</sup> Op.cit., p. 74.

*America*<sup>9</sup>. Nela, a partir do relato da saga do economista James Buchanan e da relação entre suas ideias e a utilização delas pela elite corporativa norte-americana, a autora mostra como foi arquitetado o plano de demonização do estado e do enaltecimento dos livres mercados<sup>10</sup>:

“What Buchanan was doing was leveraging the prestige of economic “science” to reject what several generations of scholarship in the social sciences, humanities, and law had exposed: that the late-nineteenth-century notion of pure market was a fiction. That fiction helped emerging corporate elites to shape law and governance to their advantage while devastating the societies over which they held sway by virtue of their wealth and the control over others it could purchase.”

É claro que a empresa de Buchanan não foi solitária, contando com o auxílio de muitos outros protagonistas, dentre os quais Henry Manne e a sua proposta de uma *law and economics* dedicada a moldar a compreensão e a prática do direito de acordo com os interesses da elite corporativa, razão pela qual obviamente sempre contou com importantes financiadores, dentre os quais a Olin Foundation<sup>11</sup> e importantes divulgadores e apoiadores, como Charles Koch.

Segundo a autora, a maior prova que a preocupação desses doutrinadores nunca foi propriamente com a suposta liberdade foi o que ocorreu durante a ditadura chilena, momento em que se viu uma série de homens que supostamente haviam dedicado suas vidas à defesa da liberdade – tais como Hayek, Friedman e Buchanan, além de vários outros companheiros da Mont Pelerin Society – aconselhando e apoiando regime diametralmente oposto à liberdade<sup>12</sup>.

Aliás, o exemplo do Chile é igualmente elucidativo por mostrar que a agenda econômica implementada, que incluiu banimento dos sindicatos e privatização da seguridade social, trouxe resultados nefastos para a maior parte

---

<sup>9</sup> New York; Viking, 2017)

<sup>10</sup> Op.cit., p. 97.

<sup>11</sup> Op.cit., pp. 122-125.

<sup>12</sup> Op.cit., p. 161.

da população chilena, sendo responsável pelo grande aumento de desigualdade que lá existe até hoje<sup>13</sup>.

Daí por que, ao fim e ao cabo, o que realmente importava era satisfazer aos interesses de bilionários que, como Charles Koch, investiram profundamente na criação de uma estratégia para moldar a opinião do público em favor dos seus próprios interesses<sup>14</sup>. Parte fundamental de tal investimento foi realizada diretamente em professores e juízes para disseminação da ideologia dos livres mercados sob as vestes de ciência<sup>15</sup>.

Tal projeto foi tão amplo que envolveu muito mais do que o Direito Antitruste, mas também propostas de desregulação, cortes tributários e do desmantelamento do Estado por meio de iniciativas como a privatização da seguridade social e o fim do Medicare<sup>16</sup>. Nem mesmo o meio ambiente sobreviveu à sanha ideológica pois a ação estatal para conter o aquecimento global foi vista como um entrave ao projeto de demonização do estado.

Consequentemente, Charles Kock envolveu-se pessoalmente em campanhas sistemáticas contra o aquecimento global que, mesmo baseadas na desinformação e na pseudociência, foram eficazes para colocar dúvida em questão sobre a qual, do ponto de vista científico, não deveria haver maiores controvérsias<sup>17</sup>. Daí por que conclui Nancy MacLean que, se Kock e seus networks acadêmicos não estivessem em ação, o público não teria muitas dúvidas sobre as evidências científicas a respeito do aquecimento global e a necessidade dos governos de tomarem ações para isso<sup>18</sup>.

Com isso, fica claro o argumento principal da autora, ou seja, de que a causa libertária do projeto de poder do qual resultou, dentre outras consequências, o estreitamento do Direito Antitruste nunca foi, na verdade, difundir e proteger a liberdade ou assegurar propriamente a maximização do bem estar das pessoas, mas sim impedir qualquer interferência sobre aqueles que têm poder<sup>19</sup>, retirando todos os freios à ação do poder econômico.

---

<sup>13</sup> Op.cit. pp. 165-167.

<sup>14</sup> Op.cit., p. 189.

<sup>15</sup> Op.cit., p. 195.

<sup>16</sup> Op.cit., p. 194.

<sup>17</sup> Op.cit., p. 216.

<sup>18</sup> Op.cit., p. 217.

<sup>19</sup> Op.cit., pp. 180-181.

Dessa maneira, o Direito Antitruste foi apenas uma, dentre inúmeras frentes, que precisaram ser adaptadas para a concretização do referido projeto de poder, ainda que tivesse que romper com suas preocupações com a preservação da liberdade política e da democracia. Na verdade, o estreitamento dos propósitos do Direito Antitruste foi apenas o reflexo, na seara concorrencial, do projeto maior de demonização do Estado e da difusão da ideologia dos livres mercados que, embora só servissem aos interesses de poucos, eram apresentados e defendidos como benéficos para todos.

Todavia, diante dos resultados de tal política e do conhecimento das verdadeiras razões que a motivaram, não há mais justificativa para que se ignore a necessidade de se resguardar a democracia e a liberdade política contra as ameaças de um poder econômico desenfreado, como se continuará a examinar no próximo artigo da série.

Link [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-antitruste-seculo-xxi-8-2-14102020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-antitruste-seculo-xxi-8-2-14102020)

Publicado em 14/10/2020