

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 10

Ana Frazão

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

No último artigo da série, tive a oportunidade de mostrar como é necessário que o Direito Antitruste possa ser utilizado como instrumento de controle do abuso de poder econômico que possa comprometer a democracia e o exercício da liberdade política por parte de todos.

Afinal, não se pode admitir que alguns exerçam o seu poder econômico para capturar as instituições políticas e impedir que os demais cidadãos possam exercer também suas liberdades políticas, inclusive no que diz respeito ao acesso aos canais de representação democrática.

Por mais que se saiba das dificuldades para a implementação prática de uma representação politicamente equânime entre todos, o ponto aqui é resgatar o argumento de Lawrence Lessig¹ de que, na atualidade, nossos sistemas republicanos nem mesmo tentam representar minimamente os seus cidadãos, tamanho o grau de influência que o dinheiro passou a ter na condução dos assuntos mais importantes da nação. Assim, sem uma equalização mínima na representação democrática, perde-se a própria ideia de república.

Daí por que não é exagero a afirmação de Matt Stoller² que, diante da concentração econômica já existente, a escolha a ser feita pelo povo americano é entre a liberdade de todos ou a manutenção de uma pequena aristocracia

¹ *Republic, Lost. The corruption of equality and the steps to end it.* New York: Twelve, 2015.

² *Goliath. The 100-year war between monopoly power and democracy.* New York: Simon & Schuster, 2019, p. 456.

governando a economia e a população. Provavelmente tal advertência aplica-se a vários países, incluindo o Brasil.

Aliás, é muito significativo que a relação entre o Direito Antitruste e a democracia tenha rompido as fronteiras da comunidade antitruste e seja hoje endereçada por diversos outros autores, a partir de olhares mais abrangentes. É o caso de Barry Lynn³, cuja mais recente obra mostra como os Estados Unidos deixaram de ser a terra do capitalismo do livre mercado para se transformarem na terra dos monopólios.

A explicação do autor para tal fenômeno é a Escola de Chicago, responsável pela implementação do que chama de “fundamentalismo” dos livres mercados, “filosofia” desenhada não para resgatar os objetivos do *Sherman Act* – que nem mesmo usa a palavra consumidor – nem para iluminar os fenômenos do mundo real, mas sim para esconder o uso do mundo real pelos mais ricos, ou seja, para possibilitar a repaginação do conceito de *laissez-faire* a fim ocultar o verdadeiro propósito, que é o de autorizar os detentores de poder econômico a governar nossa economia política de acordo com a sua livre vontade⁴.

Para isso, a demonização estatal passa a ser a estratégia fundamental, criando-se aí grande cisão com a compreensão que vários libertários, como o próprio Hayek, sempre tiveram no sentido da importância do governo para assegurar a concorrência⁵.

Nesse ponto, a visão de Barry Lynn converge com a de vários autores mencionados no artigo anterior, no sentido de que os comprometimentos à democracia não foram um resultado colateral ou não intencional da metodologia antitruste proposta pela Escola de Chicago. Para o autor, trata-se do resultado esperado, na medida em que o regime intelectual foi desenhado para esconder o uso do poder econômico contra a população, mascarando a sua real natureza de uma ideologia verdadeiramente neofeudal⁶.

³ *Cornered. The new monopoly capitalism and the economics of destruction*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2010.

⁴ Barry Lynn, Op.cit. pp. 13-138.

⁵ Op.cit., p. 142.

⁶ Na verdade, o autor vai além disso. Segundo ele (Op.cit., pp. 251-252), a ciência econômica de hoje não é apenas uma forma institucionalizada de filosofia neofeudal nem apenas uma ideologia das trevas para promover mais trevas: tornou-se forma de loucura, um caminho não apenas para o egoísmo, mas também para a morte.

Em obra posterior, cujo título já é bem revelador - *Liberty from all masters. The new American autocracy vs. the will of the people*⁷ - , Barry Lynn aprofunda ainda mais o fenômeno pelo qual a nova autocracia, por meio da manipulação das ideias e dos sistemas de linguagem, conseguiu fazer com que as leis antimonopólio passassem a significar exatamente o oposto do que foram por dois séculos.

Daí a importância de se resgatar o Direito Antitruste como forma de contenção de acumulação e exercício abusivo de poder econômico que têm desdobramentos diretos sobre as instituições democráticas e podem inclusive miná-las por completo.

Nesse sentido, a revolução proposta e realizada por Bork implicou a desconsideração de advertências anteriores, muitas das quais exteriorizadas pelo próprio Brandeis, no sentido de que argumentos de eficiência podem ser convenientes para autorizar o exercício arbitrário do poder econômico e mascarar que determinadas estratégias monopolistas apresentadas como positivas, como o corte de preços, podem ter efeitos nefastos a longo prazo, na medida em que implicam a quebra de rivais e a consolidação absoluta do poder do agente que delas se utiliza⁸.

Porém, como já se viu em outras oportunidades⁹, no mercado de ideias nem sempre prevalecem as melhores. E não se pode questionar que a principal razão do sucesso da Escola de Chicago foi o investimento e a estratégia de difusão do seu conteúdo, inclusive por meio de treinamento massivo de estudantes e *policy makers*¹⁰.

Em sentido convergente, David Dayen, no seu *Monopolized. Life in the age of corporate power*¹¹, mostra que o resultado mais preocupante da implementação prática da Escola de Chicago foi o estabelecimento de uma plutocracia que erode a democracia, uma vez que, além de todos os efeitos nefastos dos monopólios, a pauta de desregulação tem por objetivo, na verdade,

⁷ New York: St. Martin's Press, 2020.

⁸ Barry Lynn, Op.cit., 2020, pp. 193-197.

⁹ Ana Frazão. Existe um mercado de ideias? Reflexões a partir do recente artigo Ideas have consequences. The impact of Law and Economics on American Justice. *Jota*. https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/existe-um-mercado-de-ideias-05082020

¹⁰ Barry Lynn, Op.cit., 2020, p. 238.

¹¹ New York: The New Press, 2020.

transferir a autoridade dos representantes democraticamente eleitos para as grandes companhias.

Com efeito, até mesmo vários dos efeitos propriamente econômicos da concentração empresarial estão relacionados ao aumento do poder político que decorre do aumento do poder econômico. Por essa razão, Joseph Stiglitz¹² 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, como por meio de empréstimos a juros baixos, transferências e subvenções estatais ocultas.

Entretanto, 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. Dessa maneira, é muito claro que o poder econômico facilmente se converte em poder político para justificar a sua manutenção.

Sob tal perspectiva, até mesmo a ideia de competição pelo mérito deixa de existir. Segundo Stiglitz, as conquistas dos mercados passam a resultar mais de diversas formas de exploração do poder econômico e de outras imperfeições dos mercados e sobretudo da capacidade de assegurar que a política passe a trabalhar para eles ao invés de trabalhar para a sociedade em geral.

A última etapa do processo, segundo o diagnóstico de Stiglitz, é a manipulação da opinião pública, porque o 1% dominante apenas consegue os seus objetivos em um governo pelo menos formalmente democrático convencendo os 99% restantes de que partilham dos mesmos interesses. Daí todo o empenho em moldar crenças e espriar ideias, como as de que os mercados quase sempre funcionam bem e o Estado sempre falha, o que, segundo Stiglitz, é mais uma comprovação cabal de que o aumento de poder econômico tem como consequência não apenas o aumento do poder político, mas sobretudo a utilização deste em prol do reforço e do aumento do primeiro.

Embora não seja objetivo da presente série abordar especificamente os desafios da economia digital e das grandes plataformas, mas sim se concentrar nos desafios mais gerais que permeiam o Direito Antitruste como um todo, é

¹² *O preço da desigualdade*. Tradução de Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2013.

importante lembrar que o recente relatório do Stigler Center¹³, centro de pesquisa e estudos vinculado à própria Universidade de Chicago, enfatiza com muita veemência as dimensões políticas do poder econômico adquirido pelas plataformas digitais.

Nesse sentido, o relatório do Stigler Center reconhece que Google e Facebook podem ser os mais poderosos agentes políticos do nosso tempo, pois congregam cinco características que possibilitam a captura de políticos e que impedem uma efetiva supervisão democrática: (i) dinheiro, uma vez que o seu imenso poder econômico possibilita o lobby efetivo perante políticos e reguladores, (ii) mídia, o que lhes permite moldar o discurso público e definir como os políticos podem alcançar seus eleitores, (iii) complexidade, pois o seu tamanho e opacidade impedem o desenvolvimento de ferramentas regulatórias efetivas, pois as plataformas podem usar as assimetrias informacionais para circundar (by-pass) regulações, (iv) conectividade, pois tais agentes podem usar suas bases para desafiar qualquer iniciativa política que lhes traga desvantagens e (v) o fato de serem “campeões nacionais”, no sentido de que insistem na convergência entre seus interesses e o interesse nacional.

A conclusão do relatório é a de que tal concentração de poder – que se projeta no campo econômico, midiático, político e de dados - é potencialmente perigosa para a democracia, até em razão das inúmeras possibilidades de ser utilizada contra os cidadãos, como ocorre na exploração de *dark patterns*, no incentivo ao vício da internet, bem como na própria manipulação digital. Daí a preocupante afirmação: “We are currently placing the ability to shape our democracies into the hands of a couple of unaccountable individuals. It is clear that something has to be done.”

Dentre as soluções previstas pelo relatório, encontra-se o fortalecimento do Direito Antitruste, especialmente no que diz respeito ao enrijecimento do controle de concentrações, bem como a adoção de medidas que reduzam o poder político das plataformas por meio de obrigações de transparência, especialmente no que se refere (i) às políticas não neutras para conteúdos, (ii) as relações das plataformas com políticos, candidatos ou grupos de interesse, especialmente quando lhes prestam serviços, apoios específicos ou

¹³ <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>

assistência técnica e (iii) as relações das plataformas com a academia, a fim de conferir transparência aos projetos financiados, o que incluiria ações de caridade e doações.

As preocupações com a democracia também não ficaram de fora do recente e já comentadíssimo relatório da *House Judiciary Committee* norte-americano - *Investigation of Competition in Digital Markets*¹⁴ -, que, já no primeiro parágrafo, demonstra a sua intenção de entender como a ação das grandes plataformas pode afetar não apenas a economia, mas também a democracia norte-americana.

Vale ressaltar que a conclusão do relatório foi a de que há consistentes evidências de que o poder econômico desses agentes, dentre outros preocupantes efeitos, enfraquece a democracia e a coloca sob risco:

“The effects of this significant and durable market power are costly. The Subcommittee’s series of hearings produced significant evidence that these firms wield their dominance in ways that erode entrepreneurship, degrade Americans’ privacy online, and undermine the vibrancy of the free and diverse press. The result is less innovation, fewer choices for consumers, and a weakened democracy.

(...)

Although we do not expect that all of our Members will agree on every finding and recommendation identified in this Report, we firmly believe that the totality of the evidence produced during this investigation demonstrates the pressing need for legislative action and reform. These firms have too much power, and that power must be reined in and subject to appropriate oversight and enforcement. Our economy and democracy are at stake.

As a charter of economic liberty, the antitrust laws are the backbone of open and fair markets. When confronted by powerful monopolies over the past century—be it the railroad tycoons and oil barons or Ma Bell and Microsoft—Congress has acted to ensure that no dominant firm

¹⁴ https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf.

captures and holds undue control over our economy or our democracy.”

Daí a conclusão final do relatório de que, sem prejuízo de outras medidas, inclusive legislativas, o Direito Antitruste deve não apenas ser fortalecido, como também restaurar seus fins antimonopolistas, inclusive para fins de assegurar uma democracia saudável e vibrante.

Tais constatações são ora ressaltadas porque se aplicam igualmente aos mercados “reais”, em relação aos quais também é muito evidente que a questão da democracia pode e deve ser levada em consideração ao se pensar nas medidas de prevenção e repressão ao abuso de poder econômico, 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-para-seculo-xxi-21102020

Publicado em 22/10/2020