

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 11

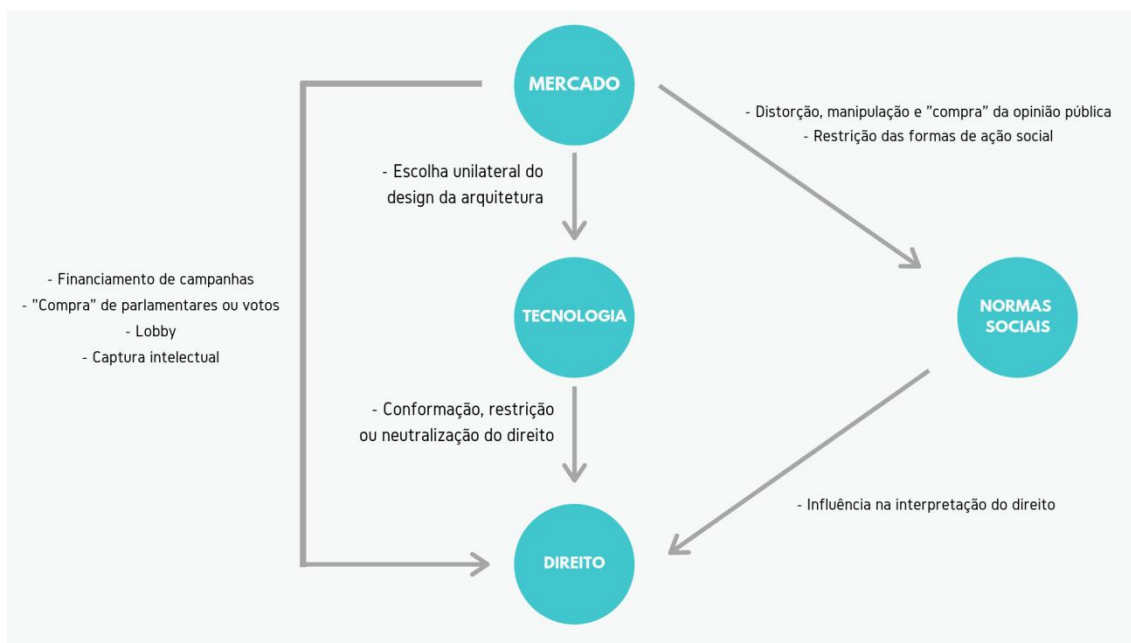
Ana Frazão

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

Como se viu nos dois últimos artigos, há hoje um considerável corpo de autores que defendem a necessidade de que o Direito Antitruste se atente para os desdobramentos políticos que decorrem do poder econômico. Como já havia antecipado, ainda em 1979, Robert Pitofsky¹, a exclusão de considerações políticas do Antitruste veio acompanhada do compreensível receio de que a excessiva concentração de poder econômico levasse a pressões políticas antidemocráticas.

Com efeito, a ação do poder econômico pode ser extremamente ampla e pervasiva. Por mais que hoje se saiba que o direito, especialmente na atualidade, convive com diversos outros vetores de regulação, como a tecnologia, as normas sociais e as próprias normas do mercado, é importante lembrar que um poder econômico desenfreado pode facilmente capturar todas essas formas de regulação, incluindo o próprio direito, como se exemplifica a partir da seguinte tabela:

¹ *Political Content of Antitrust*, 127 U. PA. L. REV. 1051 (1979). Available at: https://scholarship.law.upenn.edu/penn_law_review/vol127/iss4/19



Logo, a acumulação de poder econômico vem acompanhada do risco de que as soluções de mercado sejam aquelas impostas unilateralmente pelos agentes econômicos mais poderosos e que acabem dominando todos os outros meios de integração social, inclusive o direito. Essa “colonização” ou captura tanto pode ocorrer direta como indiretamente, por meio da tecnologia e da própria manipulação da opinião pública.

Por essa razão, é importante resgatar a dimensão de poder político que resulta do poder econômico, objetivo que, a rigor, não representa nenhuma novidade, já que fez parte da própria origem do Direito Antitruste. Não é sem razão que, por esse e por diversos outros motivos, há hoje diversos autores que ressaltam tal importância. Além de todos que já foram citados nos artigos anteriores, especialmente nos dois últimos, podem ser destacados os seguintes:

Autor	Repercussões do aumento de poder econômico sobre o poder político
Tim Wu ²	A concentração de poder econômico tem importante desdobramento político, o que faz com que grandes

² *The Curse of Bigness. Antitrust in the New Gilded Age*. New York: Columbia Global Reports, 2018.

	empresas sejam cada vez mais capazes de influenciar os governos.
Jonathan Tepper e Denise Hearn ³	O problema da concentração empresarial tem desdobramentos políticos diretos, já que a ausência de dispersão do poder econômico distorce a democracia em prol do poder econômico concentrado.
Lina Khan ⁴	Segundo Brandeis, a democracia requer não apenas liberdade política e religiosa, mas também liberdade econômica. A concentração de poder econômico auxilia a concentração de poder político, o que pode minar e ultrapassar o próprio governo público. Companhias podem utilizar seu poder político para influenciar os processos políticos e seus resultados por meio de inúmeras estratégias.
Zephyr Teachout e Lina Khan ⁵	A ideia de que empresas podem agir como uma forma de governo privado não é nova e é por essa razão que o <i>Sherman Act</i> foi uma carta de liberdade que ressaltava os seus aspectos políticos e econômicos. O próprio Senador Sherman via os monopólios como uma forma de monarquia. Assim, é fundamental se analisar os efeitos políticos do poder econômico.
Binyamin Appelbaum ⁶	O acúmulo de poder econômico tem reflexos sobre o acúmulo de poder político e o consequente desbalanceamento da representação democrática.
Thomas Philippon ⁷	A concentração empresarial apresenta dimensões políticas, pois interesses concentrados são mais prováveis de serem organizados e lutarem para protegerem seus

³ *The Myth of Capitalism. Monopolies and the Death of Competition*. New Jersey: John Wiley & Sons, 2019.

⁴ The new Brandeis Movement: America's Antimonopoly Debate. *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018, v. 9, n. 3.

⁵ Market Structure and political law: a taxonomy of power. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*. 2014, Vol. 9. n. 1.

⁶ *The Economist's Hour. False prophets, free markets, and the fracture of society*. New York: Little, Brown and Company, 2019.

⁷ *The Great Reversal. How America gave up on free markets*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2019.

	ganhos em forma de <i>rents</i> . Essa é a razão pela qual o <i>lobby</i> desenfreado está restringindo a competição.
Eleanor Fox ⁸	Embora a democracia exija mercados, mercados não exigem a democracia. Dessa maneira, é necessário fazer com que os mercados estejam à serviço da democracia e possam trabalhar para as pessoas. As relações entre democracias e mercados são virtuosas e precisam ser cultivadas em níveis nacionais, regionais e mundiais.
Luigi Zingales ⁹	O mais poderoso argumento em favor do Direito Antitruste é precisamente o de reduzir o poder político das empresas, pois a pior e mais durável forma de monopólio é aquela sancionada pelo poder estatal. Ocorre que a habilidade para obter esse <i>reinforcement</i> estatal é diretamente proporcional ao tamanho da empresa, pois, quanto maior a empresa, mais fácil é ultrapassar os custos fixos com lobby e obter maiores retornos. Em resumo: <i>“The bigger the firm, too, the more likely it will be able to wield the power of the state to its own advantage.”</i>
Harry First ¹⁰	Assim como os objetivos do Direito Antitruste não podem ser divorciados da economia e dos seus resultados econômicos, também não pode ser divorciados de preocupações democráticas, particularmente quando estas dizem respeito a escolhas individuais e à distribuição de ganhos econômicos.

Sobre o tema, é imperiosa a referência ao estudo de Zephyr Teachout e Lina Khan¹¹ já mencionado acima, que não apenas mostra como as estruturas de mercado são produto de decisões políticas – as tomadas e as não

⁸ OECD. Global Forum on Competition. COMPETITION AND DEMOCRACY

Paper by Eleanor M. Fox. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF\(2017\)5/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/GF(2017)5/en/pdf).

⁹ *A capitalism for the people. Recapturing the lost genius of American prosperity*. New York: Basic Books, 2014.

¹⁰ American Express, the Rule of Reason, and the Goals of Antitrust, 98 NEB. L. REV. 319 (2019).

¹¹ Market Structure and political law: a taxonomy of power. *Duke Journal of Constitutional Law & Public Policy*. 2014, Vol. 9. n. 1.

tomadas –, como sistematiza, de forma muito interessante, os desdobramentos políticos do poder econômico em três frentes: (i) o poder de estabelecer políticas, (ii) o poder de regular e (iii) o poder de tributar.

No que diz respeito à primeira dimensão, o estudo mostra que ela se realiza por meio de diversas estratégias, que vão desde o financiamento de campanhas eleitorais e recrutamento de pessoas que vêm do governo até a criação e divulgação de informações que favoreçam ou encorajem a desregulação, inclusive por meio de professores e cientistas contratados para tal objetivo, em um processo mais amplo chamado de captura informacional. Há também o poder de direcionar políticas em relação a empregados e outros contratantes, inclusive para o fim de influenciar empregados a votar em candidatos indicados pelas empresas, bem como o poder de se tornar imune à regulação, traduzido no *too big to fail*.

É interessante notar que o resultado final dessas estratégias, que tanto podem acontecer dentro da arena política como também fora, é a criação de uma governança privada sobre o público sem qualquer *accountability* perante os cidadãos.

Talvez essa seja a razão do fenômeno apontado por Zingales e Lancieri¹² em recente artigo, segundo o qual há pelo menos uma correlação entre o declínio da confiança nas democracias, particularmente nas gerações mais novas, e o aumento da concentração econômica. Nesse sentido, ainda que a correlação entre monopólios e o fascismo fosse espúria, a correlação entre concentração econômica e insatisfação política pode não ser. Afinal, a captura política é hoje uma realidade, pois a habilidade para influenciar o sistema político depende grandemente do tamanho das empresas. Daí a conclusão dos autores:

“In other words, as markets become more concentrated, incumbent firms become better at distorting the political process in their favor. Therefore, an increase in dissatisfaction with democracy might not just be a coincidence, but might partially reflect increases in market concentration that drive politicians and regulators away from the preference of voters and closer to that of behemoths.”

¹² <https://truthonthemarket.com/2019/12/30/towards-a-democratic-antitrust/>

Daí a proposta dos autores de que, ao lado do *consumer welfare standard*, exista também um *democratic welfare standard*, uma vez que ignorar as consequências políticas da concentração econômica seria algo extremamente perigoso não apenas para o bem estar das nações, mas para as próprias economias. Daí a advertência de que é preciso superar as amarras da Escola de Chicago:

“Progress is not achieved by returning to the past nor by staying religiously fixed on the current status quo, but by moving forward: by laying new bricks on the layers of knowledge accumulated in the past. The Chicago School helped build some important foundations of modern antitrust policy. Those foundations should not become a prison; instead, they should be the base for developing new standards capable of enhancing both economic welfare and democratic values in the spirit of what Senator John Sherman, Congressman Emanuel Celler, and other early antitrust advocates envisioned.”

Nesse sentido, é fundamental que o Direito Antitruste fique atento para estratégias que, como é o caso do *lobby*, podem ser usadas por titulares de poder econômico para enfraquecer a competição e aumentar as barreiras à entrada nos mercados. Mais do que isso, há que reconhecer a incapacidade da teoria econômica do *mainstream* para compreender tais processos, como bem resume Philippon¹³:

“The standard theory is incomplete because it ignores the political incentives of incumbents who lobby to weaken competition and erect barriers to entry. They often succeed for the wrong reasons, and this is why free markets are fragile.”

Por essa razão, não apenas há que se ampliar as análises econômicas, como há que se buscar igualmente outras fontes de conhecimento para entender melhor o poder econômico. Vale lembrar que a sociologia

¹³ *The Great Reversal. How America gave up on free markets.* Cambridge: The Belknap Press of Harvard University, 2019, p. 289.

econômica pode contribuir bastante para a compreensão do fenômeno, ao tentar mapear as estratégias que os incumbentes tendem a adotar para estabilizar o seu poder diante de mercados consolidados, tal como mostra exemplarmente Neil Fliegstein no seu imperdível livro *The Architecture of Markets. An Economic Sociology of Twenty-First Century Capitalist Societies*¹⁴.

De toda sorte, por mais que se trate de problema complexo, precisa ser enfrentado pelo Direito Antitruste, já havendo até sugestões de soluções concretas nesse sentido. Um exemplo é a proposta por Zingales¹⁵, ao sugerir que, no exame de atos de concentração, as autoridades concorrenciais poderiam limitar o valor que as empresas destinariam ao *lobby*, a fim de evitar desbalanceamentos excessivos no processo democrático.

De toda sorte, a solução passa inicialmente pelo reconhecimento de que esse tipo de problema está também sob a alçada – ainda que não exclusiva – do Direito Antitruste, conclusão que se aplica perfeitamente ao Brasil. Aliás, no caso brasileiro, é preciso lembrar que, ao se referir ao seu projeto de uma lei antitruste em 1949, Agamenon Magalhaes¹⁶ deixava claro que o objetivo primordial desta legislação seria, na verdade, o de proteger o Estado de Direito e a democracia. Vale lembrar a sua fala “profética”:

“O Estado de Direito só pode defender-se com a lei. Se não outorgarmos ao Estado poderes legais para defender as instituições e o povo contra a opressão econômica, seremos vencidos por aquele governo invisível definido por WILSON, como governo da corrupção econômica e política. O Estado será subjugado pelas concentrações capitalistas, que vão corromper o regime democrático desde as nascentes eleitorais até a cúpula que é o honesto exercício dos poderes públicos. Toda a ação do Estado ficará subordinada aos interesses dos mercados financeiros que controlam e dominam os mercados internos e externos. Até a opinião pública será mistificada pela imprensa e pelo rádio dirigidos por esses grupos”.

¹⁴ New Jersey: Princeton University Press, 2002.

¹⁵ Op.cit.

¹⁶ Abuso de Poder Econômico. *Revista Forense*, n. 124, pp. 601-605, ago. 1949. p. 604.

Dessa maneira, é evidente que, dentro do seu objeto, que é lidar com o abuso de poder econômico, o Direito Antitruste precisa endereçar as consequências políticas da acumulação de poder econômico, tal como se continuará a examinar na próxima coluna.

Link https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-8-28102020

Publicado em 28/10/2020