

# 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 -

O que o Direito Antitruste tem a ver com a questão da desigualdade?

Parte 12

---

**Ana Frazão**

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

---

Os dois últimos artigos da série procuraram mostrar o quanto a concentração de poder econômico vem colocando em risco a própria democracia, por meio de diversas estratégias de captura das instituições estatais, a fim de que funcionem apenas para os interesses da elite econômica.

Não é sem razão que Francis Fukuyama, no seu livro *Political Order and Political Decay: from the Industrial Revolution to the Globalization of Democracy*<sup>1</sup> usa o termo *repatrimonialization* para mostrar a crescente dominação de instituições democráticas por indivíduos ricos e poderosos que perseguem seus interesses às custas do resto da população e o fazem essencialmente por meio do *lobby* que, em muitos casos, acaba se tornando uma forma indireta de propina.

Também no contexto do Reino Unido, Tamasin Cave e Andy Rowell<sup>2</sup> mostram o quanto o *lobby* vem desequilibrando o jogo democrático, até por estar conectado igualmente à captura do conhecimento por meio de *think tanks* e empresas de relações públicas que vêm manipulando o discurso público essencial ao processo democrático em benefício dos interesses comerciais, inclusive por meio de estratégias violentas de perseguição e ameaça a críticos.

---

<sup>1</sup> Farrar, Straus and Giroux, 2014.

<sup>2</sup> *A Quiet Word: Lobbying, Crony Capitalism and Broken Politics in Britain*. Random House UK, 2014.

Os resultados desse processo são cada vez mais evidentes do ponto de vista empírico. Nesse sentido, Lawrence Lessig, no seu imperdível *America Compromised*<sup>3</sup>, mostra as diversas razões pelas quais considera o Congresso norte-americano corrupto do ponto de vista institucional. Dentre os importantes fatos apontados, estão pesquisas que mostram que o dinheiro assegura acesso e o acesso afeta diretamente a própria agenda do Congresso.

É por essa razão que Lessig, com base em pesquisas empíricas, observa que a atual pauta do Congresso tem correlação direta com os interesses elites, sem ter correlação com as visões do cidadão comum. Daí a sua conclusão de que se instaurou uma verdadeira *economia da influência*, que se projeta em todas as áreas da vida social, inclusive na academia e na produção do conhecimento, como já foi visto em artigos anteriores.

Outro dos efeitos nefastos do crescimento exacerbado da concentração empresarial e da desigualdade política dela decorrente tem sido a desigualdade econômica, que não deixa de ser uma outra face da desigualdade política. Afinal, quanto menos a maioria da população é representada pelas instituições, menos têm condições de evitar a piora da sua situação.

Na verdade, os mais pobres acabam destinando a maior parte do seu tempo e da sua energia lutando pela própria sobrevivência, raciocínio que também se estende, em boa medida, mesmo para a classe média. Segundo Francis Fukuyama<sup>4</sup>, a classe média, que seria fundamental para a preservação de qualquer democracia, hoje não consegue mais cumprir adequadamente o seu papel político, pois tem que canalizar seus esforços na luta contra o declínio dos empregos e contra salários cada vez mais baixos.

É por essa razão que a desigualdade é hoje um dos assuntos mais discutidos, não sendo surpresa que tenha chegado também ao Direito Antitruste. Aliás, já se teve oportunidade de mencionar, em colunas anteriores<sup>5</sup>, que a obra de Heather Boushey, provavelmente uma das melhores sínteses das atuais pesquisas empíricas sobre as causas e as consequências da crescente desigualdade, mostra os efeitos perversos da concentração de poder econômico em diversas searas, como na questão dos mercados de trabalho, que vêm sendo

---

<sup>3</sup> The University of Chicago Press, 2018.

<sup>4</sup> Op.cit.

<sup>5</sup> Ver Ana Frazão, série Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados, Partes V e VI. *Jota*.

progressivamente afetados pelo poder de monopólio ou oligopólio de empregadores cada vez mais poderosos.

Por outro lado, cada vez mais pequenos e médios concorrentes não conseguem competir pelo mérito, diante de estratégias exclusionárias adotadas por detentores de poder econômico. Assim, os próprios mercados deixam de ser espaços em que os sujeitos podem ingressar, permanecer e ser remunerados pelos seus talentos e esforços. Em muitos casos, são as condutas abusivas dos agentes poderosos que conduzem os mercados, trazendo efeitos alocativos adversos para a grande maioria das pessoas que nele se encontram.

É intuitivo que uma situação como a descrita favorece a desigualdade econômica, que, por sua vez, reforça a desigualdade política, em um processo que se retroalimenta. Daí as evidentes conexões entre o aumento do poder econômico, a erosão da democracia e o aumento da desigualdade, o que suscita a discussão sobre em que medida o Direito Antitruste deve se preocupar com tais questões.

Vale ressaltar que as discussões entre Direito Antitruste e questões distributivas, longe de serem novas, fazem parte da própria gênese da disciplina. No contexto norte-americano, Robert Lande<sup>6</sup> aponta que os objetivos originários do *Sherman Act* eram muito mais distributivos do que relacionados à eficiência.

É claro – e o próprio Lande reconhece isso – que a legislação antitruste não foi pensada como um meio de assegurar uma distribuição geral justa de riquezas na economia ou mesmo para ajudar diretamente os pobres ou os pequenos negócios, ainda mais às custas dos consumidores. Entretanto, segundo o autor, o Congresso norte-americano quis prevenir transferências injustas de rendas de consumidores e agentes econômicos, como compradores ou varejistas, para as empresas com poder econômico: a ideia era promover distribuição de riqueza mais justa por meio de mercados competitivos.

Tal tipo de preocupação vem sendo retomada pela literatura antitruste recente, da qual se destaca o artigo *Antitrust, Competition Policy, an Inequality*, de Jonathan Baker e Steven Salop<sup>7</sup>, em que mostram que o poder de

---

<sup>6</sup> Wealth Transfers as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged, 34 *Hastings L.J.* 65 (1982).

<sup>7</sup> Antitrust, Competition Policy, an Inequality. *The Georgetown Law Journal Online*. Vol. 104:1 (2015) [https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch\\_lawrev](https://digitalcommons.wcl.american.edu/facsch_lawrev).

mercado vem contribuindo também para a crescente desigualdade, especialmente no que diz respeito aos trabalhadores.

Diante do diagnóstico, a grande questão é saber se, como e em que medida se poderia utilizar o Direito Antitruste para responder a preocupações de desigualdade. Nesse sentido, os autores reconhecem que, embora a questão seja complexa e exija um esforço concertado entre um leque amplo de políticas públicas, há espaço para o Antitruste especialmente em duas frentes: (i) um *enforcement* antitruste mais agressivo para as hipóteses em que o poder econômico contribui para a desigualdade e (ii) a priorização da redução dos efeitos da desigualdade no desenvolvimento das iniciativas de *enforcement* antitruste.

Tais objetivos não seriam, segundo os autores, necessariamente incompatíveis com a ideia de *consumer welfare*, desde que este fosse igualmente baseado em preocupações com a distribuição de riqueza e de renda, a fim de calibrar os *standards* antitruste e assegurar que não promovam a desigualdade. Dentre as diversas estratégias a serem adotadas por autoridades concorrenciais, podem ser mencionadas (i) a priorização das investigações e processos antitruste que beneficiam a classe média e os menos avantajados, (ii) o desenho de remédios que privilegiem esses grupos, (iii) o reconhecimento da ilicitude do preço excessivo praticado por empresas dominantes e (iv) a adoção da redução da desigualdade como um foco explícito das políticas antitruste e regulatórias.

Mais recentemente, Jonathan Baker<sup>8</sup> retoma as preocupações já constantes do artigo com Salop, mostrando que o saldo da aplicação dos postulados da Escola de Chicago foi realmente negativo sob todos os ângulos, incluindo a distribuição de riqueza:

“We now know that the Chicagoans lost their bet. Since the implementation of antitrust deregulation, market power has widened, without accompanying long-term gains in consumer welfare. Instead, economic dynamism and the rate of productivity growth have been declining. The harms from the exercise of market power have extended beyond the buyers and suppliers directly affected to include slowed

---

<sup>8</sup> *The Antitrust Paradigm Restoring a Competitive Economy*. Cambridge: Harvard University Press, 2019.

economic growth and a skewed distribution of wealth. Whatever efficiency gains the Chicago-inspired changes may have achieved have not compensated for the market-power effects of the antitrust deregulation they sought.”

Sobre a questão da transferência de riqueza, Baker insiste no fato de que o problema não se restringe aos consumidores, mas atinge todos os agentes de mercado, incluindo compradores, fornecedores e trabalhadores. O ponto principal da sua argumentação é o de que o exercício de poder econômico provavelmente contribui para um aumento da desigualdade porque os retornos do poder de mercado vão desproporcionalmente para os mais ricos.

Outro artigo fundamental para entender a problemática sob discussão é *Market Power and Inequality: The Antitrust Counterrevolution and Its Discontents*, no qual os autores Lina Khan e Sandeep Vaeesan<sup>9</sup> apontam como o poder de mercado pode ser um poderoso mecanismo para transferir riqueza das classes média e trabalhadora para os que estão no 1% ou mesmo no 0,1% da pirâmide econômica, criando uma espécie de redistribuição regressiva.

Nesse sentido, alegam os autores que, ainda que não se possa estabelecer uma relação causal firme entre poder de mercado e desigualdade econômica, os dados empíricos são suficientes para mostrar que existe uma conexão entre os dois, permitindo que se crie, nas palavras dos autores, uma grande, inescrupulosa e poderosa plutocracia. Consequentemente, há de se analisar o papel do poder de monopólio e oligopólio nessa equação.

Apesar de reconhecerem que os mecanismos de transformação do poder econômico em poder político possibilitam a utilização destes para subverter a igualdade política e ameaçar as democracias, os autores consideram que, sendo o capitalismo fundamentalmente uma ordem jurídica, é possível restaurar a competição, a fim de buscar uma distribuição mais equitativa de riqueza e de poder na sociedade. Para isso, bastam dois passos: (i) uma mudança intelectual que abrace os objetivos originais do Direito Antitruste e (ii) a nomeação de autoridades antitruste e juízes federais comprometidos com essa abordagem.

---

<sup>9</sup> *Harvard Law & Policy Review*, Vol. 11, 235 (2017)

Os autores também têm o cuidado de advertir que a redução da desigualdade pode não ser objetivo explícito do Direito Antitruste mas que este, ao falhar em preservar mercados competitivos, contribui para uma distribuição regressiva de renda e de riqueza. Logo, uma reforma do Antitruste pode auxiliar na produção de efeitos distributivos progressivos, impedindo que os titulares de poder econômico possam extrair injustamente renda de trabalhadores, consumidores e pequenos produtores.

Especificamente no que diz respeito aos trabalhadores, referência obrigatória é o *Antitrust Remedies for Labor Market Power*, em que os autores Suresh Naidu, Eric A. Posner e Glen Weyl<sup>10</sup> concluem, com base em pesquisas empíricas recentes, que o poder econômico nos mercados de trabalho vem contribuindo para a desigualdade nos salários e para a estagnação econômica, sem que o Direito Antitruste tenha feito nada de relevante nessa seara.

Segundo os autores, o poder de mercado pode ser ainda mais incisivo nos mercados de trabalho do que nos mercados de produtos, razão pela qual defendem uma série de propostas para evitar tal cenário, tais como a de que as operações de concentração sejam também analisadas a partir dos seus impactos sobre os mercados de trabalho.

Vale ressaltar que não se trata apenas de estagnação de salários, mas de diversas outras formas de exercício de poder econômico, tais como cláusulas de não concorrência e até mesmo o fenômeno que chamam de *supplier wage suppression*, a partir de evidências de que o Walmart tentou controlar os salários que seus fornecedores pagavam a seus trabalhadores, assim como de que quando fornecedores vendem para um varejista poderoso como o Walmart os salários dos seus empregados caem.

A conclusão principal é a de que o poder de mercado sobre o trabalho é ubíquo e custoso para a sociedade, ruim para o crescimento econômico e para a igualdade e ainda um combustível para o conflito político. Entretanto, mesmo assim, continua sendo ignorado por autoridades antitruste.

Todas as reflexões mostram que as relações entre poder econômico e poder político igualmente se traduzem nas relações entre desigualdade política e desigualdade econômica. Em outras palavras, há boas evidências de que, quanto

---

<sup>10</sup> *Harvard Law & Policy Review*, Vol. 132:536 (2018)

maior a concentração de poder econômico, maior também o poder político para preservar e aumentar o próprio poder econômico, ainda que às custas de efeitos distributivos regressivos para a sociedade e o conseqüente aumento da desigualdade.

Dessa maneira, como fica claro na precisa síntese dos autores mencionados no artigo, ainda que o complexo problema da desigualdade não seja restrito à seara antitruste, exigindo um pacote de soluções a serem implementadas por diversas políticas públicas diversas, há considerável espaço para o avanço do Direito Antitruste, sobretudo no que diz respeito à sua missão essencial de prevenir e reprimir o abuso de poder econômico que, dentre os efeitos deletérios sobre o mercado e sobre a própria sociedade, contribua para o aumento da desigualdade.

Ademais, tais medidas estão igualmente relacionadas a outro dos importantes objetivos do Direito Antitruste, que é o de assegurar a liberdade econômica, tal como se examinará no próximo artigo.

Link [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/desigualdade-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-04112020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/desigualdade-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-04112020)

Publicado em 04/11/2020