

# 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 liberdade econômica?

Parte XIII

---

**Ana Frazão**

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

---

Além dos impactos sobre a democracia e sobre o aumento da desigualdade, outro aspecto intimamente ligado à crescente discrepância de poder político e econômico entre os agentes econômicos é o comprometimento da liberdade econômica dos agentes de mercado que estão sujeitos à dominância irrestrita dos mais fortes.

Aliás, a conexão entre liberdade política e econômica, como dois lados da mesma moeda, não tem nada de novo, já tendo sido reconhecida até mesmo por vários defensores intransigentes dos livres mercados. O ponto de controvérsia é que estes tendem a adotar uma visão mais otimista dos mercados, considerando que basta o reconhecimento formal das liberdades para que todos possam dela usufruí-la, enquanto que os críticos entendem que os livres mercados acabam dando margem à prevalência da liberdade apenas dos mais fortes, aniquilando a liberdade de todos os demais.

Ocorre que a ideia de mercado competitivo pressupõe necessariamente um espaço que possa ser acessado livremente por todos, a fim de que nele possam permanecer e competir pelo mérito, podendo receber a retribuição pelos seus talentos e pelo seu trabalho. Entretanto, para que isso seja possível, é imprescindível que exista certo nivelamento entre os agentes econômicos e o estabelecimento de regras minimamente equitativas para assegurar que os vetores competitivos sejam realmente o mérito e não o poder do

mais forte ou mesmo a utilização de expedientes ilícitos, como a manipulação e a fraude.

Tal discussão não tem nada de novo para o Antitruste, embora tenha sido eclipsada pela Escola de Chicago. Em importante reflexão, Bruno Braz<sup>1</sup> retoma os fundamentos da Escola Ordoliberal, ao mostrar como o Direito Antitruste, por meio da concorrência, pode e deve assegurar a liberdade econômica de todos, preservando a própria sociedade livre.

Daí as recentes discussões sobre a necessidade de que o Direito Antitruste possa retomar a sua preocupação com os seus objetivos antimonopolistas, partindo da premissa de que agentes dominantes sem qualquer freio têm muitos incentivos para restringir indevidamente a liberdade econômica dos demais, sejam seus consumidores, sejam seus fornecedores ou compradores. Não é sem razão que o recente relatório do *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary* tem como um de suas principais propostas a de restaurar os objetivos antimonopólio do Direito Antitruste<sup>2</sup>.

Aliás, recentemente, vários são os estudos que, baseados nas preocupações do liberalismo clássico, concluem que o mero reconhecimento formal das liberdades não é suficiente para assegurar nem liberdade econômica nem liberdade política para todos. Merece destaque o livro *The Narrow Corridor*, de Acemoglu e Robinson<sup>3</sup>, ao mostrar algo óbvio: liberdade econômica e dominação são conceitos excludentes. Em outras palavras, não há liberdade econômica de um agente quando ele está sujeito à dominação irrestrita por parte de outro.

O argumento de Acemoglu e Robinson endereça aquele que é um dos principais conflitos ideológicos entre conservadores e liberais nos Estados Unidos, que poderia ser traduzido no conflito entre os chamados liberais e os sociais-democratas no Brasil. Como bem aponta Marina Lao, no artigo *Ideology matters in the Antitrust debate*<sup>4</sup>, enquanto os conservadores são mais preocupados com os riscos que um Estado forte pode trazer para a liberdade

---

<sup>1</sup> *A que(m) serve o Antitruste? Eficiência e rivalidade na política concorrencial de países em desenvolvimento*. São Paulo: Singular, 2019.

<sup>2</sup> [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf)

<sup>3</sup> *The Narrow Corridor. States, Societies and the Fate of Liberty*. New York, Penguin Press: 2019.

<sup>4</sup> *Antitrust Law Journal*. Vol. 79, n. 2 (2014).

econômica, os liberais, no sentido norte-americano, são mais inclinados a ver a liberdade econômica abrangendo igualmente o direito dos menos privilegiados de participarem de um sistema econômico que seja relativamente justo para todos, razão pela qual o Estado é visto como uma força para a contenção do poder econômico privado.

Ocorre que, a rigor, os receios de ambos os lados procedem, na medida em que tanto um poder público descontrolado como um poder privado descontrolado podem ter efeitos nefastos sobre a liberdade econômica dos cidadãos. Por essa razão, a questão obviamente não é escolher que tipo de dominação é menos pior, mas sim evitar ambas, tal como nos adverte Barry Lynn em seu livro *Liberty from all masters*<sup>5</sup>, cujo título já antecipa a ideia principal: ser livre pressupõe não estar sujeito à dominação de “senhores”, sejam eles públicos ou privados.

É esse igualmente o argumento central de Acemoglu e Robinson<sup>6</sup>, que chamam a atenção para o fato de que muitos economistas que inspiraram e ainda inspiram os conservadores, inclusive vários dos precursores da Escola de Chicago, já mostravam o receio de que um poder privado incontrolado pudesse comprometer a liberdade econômica e o próprio ideal de livre mercado. Daí por que os autores sustentam que apenas com um Estado forte, porém algemado – o *Shackled Leviathan* –, será possível assegurar a liberdade econômica para todos, evitando qualquer tipo de dominação abusiva, qualquer que seja a sua origem e independentemente de ser pública ou privada.

Entretanto, como já se viu em artigos anteriores, houve todo um projeto de poder colocado em prática pela extrema direita norte-americana, com fortes ramificações na mídia, na academia e na formação e convencimento de autoridades públicas, para tentar difundir a narrativa de que todos os esforços para assegurar a liberdade econômica devem ser feitos apenas para conter a opressão estatal, sem nada falar a respeito da opressão privada. Entretanto, trata-se de viés claramente ideológico, que, a partir do projeto de demonização do estado, ignora ou mascara os riscos igualmente preocupantes da dominação privada.

---

<sup>5</sup> New York: St. Martin's Publishing Group, 2020.

<sup>6</sup> Op.cit.

Se queremos levar a sério a realização da liberdade econômica, o projeto a ser buscado é o da contenção da dominação, razão pela qual o Direito Antitruste não apenas pode como deve ter como uma de suas preocupações fundamentais assegurar efetivamente a liberdade econômica de todos, inclusive dos entrantes, contra a dominação de agentes privados cada vez mais poderosos e que, sem qualquer freio, podem passar a competir muito menos pelos seus méritos e muito mais por práticas abusivas.

Na verdade, segundo aponta Lina Khan, no seu artigo *The ideological roots of America's Market power problem*<sup>7</sup>, trata-se de resgatar as finalidades originárias do próprio *Sherman Act*, que foi introduzido no sistema norte-americano precisamente para assegurar diversidade e acesso aos mercados, sendo contrário a altas concentrações de poder econômico que pudessem comprometer esse objetivo. Na verdade, sob esse ângulo, a própria competição é vista como um conjunto de condições para assegurar a liberdade econômica de todos, o que inclui a abertura dos mercados.

Em sentido semelhante, Harry First e Spencer Weber Waller<sup>8</sup> mostram que não há como se pensar em mercados livres sem conectá-los aos valores democráticos, à liberdade das pessoas e as oportunidades para competir de forma minimamente equitativa.

Sob esse ângulo, merece ser reposicionada a discussão de que o Direito Antitruste apenas deve proteger a concorrência, mas não os concorrentes. Por mais que não se pretenda tutelar concorrentes de forma incondicional e a qualquer custo, é inequívoco o compromisso do Antitruste com a manutenção de condições justas de mercado, sob pena de não ser possível a competição pelo mérito.

É por essa razão que Lina Khan<sup>9</sup> sustenta que o mais claro exemplo de como podem ser negligenciadas as preocupações estruturais do Antitruste com a competição é precisamente a ideia de que suas leis são vocacionadas a proteger somente a competição e não os competidores. Por mais que seja verdade que algumas ações competitivas acabem eliminando competidores e que o Antitruste

---

<sup>7</sup> *The Yale Journal Forum* June 4, 2018, 960.

<sup>8</sup> Antitrust's Democracy Deficit, 81 *Fordham L. Rev.* 2543 (2013). <https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/13>

<sup>9</sup> *The Ideological roots*, Op.cit.

não possa proteger competidores às custas da própria competição, esse tipo de máxima tem sido utilizada para justificar a inação das autoridades antitruste.

Todavia, diante do objetivo central do Direito Antitruste de prevenir e reprimir o abuso de poder econômico, se houver competidores que estejam sendo excluídos do mercado ou impedidos de nele ingressar em razão de práticas abusivas dos agentes dominantes, é inequívoco que a intervenção antitruste é necessária e que a proteção dos concorrentes, nesse caso, é totalmente convergente com a proteção da própria concorrência.

Em sentido próximo, Marina Lao, novamente chamando atenção para as raízes ideológicas do debate, destaca que, enquanto os conservadores acham que pequenos negócios não podem ser protegidos às custas dos consumidores, os liberais tendem a achar que é necessário um ambiente que crie oportunidades para que pequenos rivais possam coexistir e competir pelos próprios méritos contra as firmas dominantes.

Como se pode ver, a posição conservadora, tal como adotada pela Escola de Chicago, ao privilegiar exclusivamente, pelo menos no discurso, os interesses dos consumidores, desconsidera por completo os interesses de outros agentes do mercado, assim como o papel do Antitruste como instrumento de assegurar liberdade econômica para todos.

Ocorre que, sob a perspectiva da liberdade econômica, apesar da importância dos direitos do consumidor, são igualmente importantes os direitos dos demais agentes econômicos de poderem ingressar e permanecer nos mercados e neles competir pelos seus próprios méritos. Daí por que é necessário que o Antitruste leve esses aspectos em consideração, até porque não deixam de ser convergentes, uma vez que a preservação da concorrência também beneficia o consumidor.

Não se está propondo, obviamente, que o Direito Antitruste deve privilegiar incondicionalmente pequenos negócios ou negócios ineficientes às custas dos consumidores. O que se está dizendo é que o Antitruste também deve preservar a concorrência como instrumento fundamental para que todos – e não apenas os mais fortes – possam exercer suas respectivas liberdades econômicas e que tal preocupação pode beneficiar igualmente os consumidores.

Não é sem razão que Marshall Steinbaum e Maurice Stucke, no interessante artigo *The effective competition standard: a new standard for Antitrust*<sup>10</sup>, propõem uma nova visão do Antitruste que leve em consideração:

- (i) a proteção dos indivíduos, compradores, consumidores, produtores e empregados;
- (ii) a preservação de oportunidades para competidores, a fim de que os agentes possam acessar os mercados sem coerção, interferências indevidas, exclusões ou discriminações por parte dos agentes mais fortes;
- (iii) a promoção da autonomia individual e do bem estar, o que pressupõe a proteção das liberdades individuais e da livre empresa;
- (iv) a dispersão do poder privado, uma vez que o poder econômico normalmente se traduz em poder político.

É particularmente interessante a análise que os autores fazem da liberdade econômica dos empregados em mercados concentrados, sob o argumento de que, como muitos indivíduos dependem do seu trabalho para a sobrevivência, a oferta de força de trabalho é extremamente inelástica. Como resultado, os trabalhadores são normalmente expostos à coerção de poderosos empregadores, de forma que proibir esse tipo de coerção deveria ser um fim em si mesmo.

Por fim, é interessante mencionar que o relatório do *Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary*<sup>11</sup>, ao tratar dos impactos concorrenciais das plataformas digitais, não desconhece as necessárias repercussões da dominância de tais entes sobre a liberdade econômica de vários dos agentes econômicos que com elas contratam ou mantém com elas relações das quais dependem a sua própria sobrevivência:

Based on interviews and submissions from market participants, along with other evidence examined by the Subcommittee, there are several ways in which the market power of the dominant platforms affects political and economic power.

---

<sup>10</sup> The effective competition standard: a new standard for Antitrust. *The University of Chicago Law Review* 86:595.

<sup>11</sup> [https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition\\_in\\_digital\\_markets.pdf](https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf)

First, the Subcommittee encountered a prevalence of fear among market participants who depend on the dominant platforms. Repeatedly, market participants expressed deep concern that speaking about the dominant platforms' business practices—even confidentially without attribution—would lead a platform to retaliate against them, with severe financial repercussions. The source of this fear was twofold. Some firms were so dependent on the platform that even potentially risking retaliation caused alarm. Others had previously seen a platform retaliate against someone for raising public concerns about their business practices and wanted to avoid the same fate. Several market participants told the Subcommittee that they “live in fear” of the platforms.

O raciocínio do relatório pode ser utilizado para outras circunstâncias e mercados que não apenas os afetados pelas plataformas digitais. Afinal, não há que se falar em liberdade econômica quando uma parte considerável de agentes econômicos depende de agentes poderosos e teme com razão a opressão destes.

Em países em desenvolvimento como o Brasil, no qual o empreendedorismo pode ser uma excelente saída para a pobreza, a preocupação em assegurar efetivas condições de exercício de liberdade econômica por todos é fundamental, inclusive para propiciar entradas e inovações, tais como as startups. Não se trata de proteger o ineficiente, como muitas vezes se diz, mas simplesmente de assegurar um jogo sem dominações abusivas, viabilizando a competição pelo mérito.

Consequentemente, a questão fundamental que se coloca na atualidade é que não temos que escolher entre a dominação do Estado ou a dominação privada. Ambas as situações são nefastas para a liberdade econômica e acabam inviabilizando o próprio regime de mercado. Daí por que a única solução possível é encontrar um justo equilíbrio por meio de um Estado que interfira nos mercados o suficiente para assegurar as regras do jogo, de forma que todos encontrem no mercado um espaço em que possam exercer suas liberdades econômicas e competir pelo mérito.

Daí por que o Antitruste não pode negar o seu papel nesse processo, especialmente no caso brasileiro, em que a própria Constituição Federal, em seu art. 173, § 4º, segundo o qual “A lei reprimirá o abuso do poder econômico que

vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.”

Portanto, é a própria Constituição que exige que as tentativas abusivas de dominação de mercados e eliminação da concorrência sejam contidas pelo Direito Antitruste, como se continuará a explorar no próximo artigo da série.

Link [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/antitruste-direito-mercado-11112020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/antitruste-direito-mercado-11112020)

Publicado em 11/11/2020