

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 2

Ana Frazão

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

Como se demonstrou no primeiro artigo da série, a concentração de mercado é hoje um preocupante problema que está associado, em parte significativa, ao Direito Antitruste, na medida em que este, sob a influência da Escola de Chicago, foi ferramenta essencial para implementar uma política em prol dos livres mercados, cujo resultado foi a significativa acumulação de poder econômico por muitos agentes em diversos e importantes setores.

Com efeito, nos termos da precisa síntese de Kwoka¹, embora vários fatores possam ter influenciado o aumento da concentração e a perda de competitividade dos mercados, a maior causa desse cenário foi a permissividade da política antitruste norte-americana nos últimos trinta anos.

Entretanto, para entender melhor a dimensão do problema, é importante contextualizar o Direito Antitruste dentro de uma política mais ampla, implementada a partir da década de 80, especialmente a partir dos governos Thatcher e Reagan, que estava baseada essencialmente em dois pilares: a desregulação e a desoneração tributária. A ideia que passou a ser difundida era a de que, quanto mais livres fossem os agentes econômicos, mais teriam incentivos para investir e mais investiriam, gerando todos os resultados positivos para a economia e a sociedade.

¹ KWOKA, John. *Controlling Mergers and market power: a program for reviving Antitrust in America*. Boston: Competition Policy International, 2020.

Nesse contexto, a concentração empresarial deixou de ser vista como problema. Pelo contrário, passou a ser vista como solução, na medida em que possibilitaria economias de escala e de escopo que beneficiariam o consumidor com menores preços.

Da mesma maneira, a desigualdade econômica que poderia resultar da concentração também foi subestimada ou até mesmo considerada uma etapa necessária para as primeiras fases do crescimento econômico, pois, depois que o “bolo” crescesse, ele poderia ser adequadamente distribuído em benefício de todos.

A depender da perspectiva adotada, passou-se a sustentar até mesmo um *tradeoff* entre crescimento econômico e igualdade, hipótese em que se deveria privilegiar o primeiro, até mesmo em virtude da crença no *trickle down*, ou seja, na ideia de que todos acabam se beneficiando, direta ou indiretamente, do crescimento econômico, pois quando “a maré sobe ela levanta todos os barcos”. Assim, o foco exclusivo no crescimento poderia ser visto como solução, ainda que a longo prazo, também para o problema da desigualdade.

Não é sem razão que, nesse contexto, o Direito Antitruste, em princípio, tendeu a se concentrar apenas na maximização total de riqueza. Daí a ampla aceitação de critérios de eficiência alocativa que, a exemplo de Kaldor-Hicks, são indiferentes a questões distributivas, de modo que uma operação econômica pode ser considerada eficiente mesmo quando apenas as empresas ganham, pelo simples fato de que possam compensar os consumidores, ainda que não o façam.

Junta-se a isso uma forte crença na capacidade preditiva da ciência econômica, de forma que os modelos econômicos passaram a ser considerados fontes seguras para a avaliação das consequências das operações econômicas, inclusive para efeitos de atestar, muitas vezes quantitativamente, que não haveria efeitos anticoncorrenciais ou que haveria aumento do bem estar dos consumidores.

Ganharam protagonismo, portanto, as análises quantitativas de bem estar social, muitas vezes utilizadas sem a consciência das limitações das suas prognoses e mesmo dos seus pressupostos, pois acabam se concentrando na análise de preço – a variável que pode ser facilmente quantificada –, muitas

ignorando aspectos como qualidade, diversidade e inovação, os quais não podem ser facilmente quantificados.

Em virtude de todo esse arcabouço teórico, não é difícil concluir que a aplicação da Escola de Chicago ao Direito Antitruste acabou possibilitando uma grande permissividade da política concorrencial, para nos utilizarmos da expressão de Kwoka, ou uma visão excessivamente condescendente com as concentrações.

Tais consequências, no âmbito do Direito Antitruste, foram apenas o reflexo de um período em que, como aponta Dani Rodrik², os economistas tornaram-se excessivamente confiantes em seus modelos e especialmente nas premissas de que (i) os mercados seriam inerentemente eficientes, (ii) as inovações financeiras melhorariam o *tradeoff* entre risco e retorno, (iii) a autorregulação funcionaria sempre melhor e (iv) a intervenção governamental seria inefetiva ou mesmo danosa.

Tais ideias foram desenvolvidas, divulgadas e aplicadas como verdades científicas, embora muitos dos modelos econômicos que lhes davam suporte fossem descolados das evidências empíricas e refletissem, na verdade, visões muito mais ideológicas do que propriamente científicas. É por essa razão que John Kay³ conclui que a filosofia econômica de políticos como Thatcher e Reagan foi mais o produto de uma convicção moral do que propriamente de um argumento econômico técnico, enquanto Kwak⁴, mais direto, considera que se trata de verdadeira ideologia e não propriamente de conhecimento econômico lastreado em metodologias adequadas e evidências robustas.

Entretanto, houve toda uma estratégia de apresentar tais políticas como verdades científicas neutras e inquestionáveis, movimento que contou com a ampla participação de *think tanks* financiados pelos interessados e também com o apoio e a divulgação da grande mídia⁵. Na verdade, como apontam vários

² RODRIK, Dani. *Economics Rules. The rights and wrongs of the dismal science*. New York: WW. Norton & Company, 2015.

³ KAY, John. *Other people's money. The real business of finance*. New York: Public Affairs, 2015.

⁴ KWAK, James. *Economism. Bad economics and the rise of inequality*. New York: Pantheon Books, 2017. Ver Ana Frazão. Economicismo e Bad Economics. Jota. https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/economicismo-e-bad-economics-02052019

⁵ KWAK (Op.cit.) explica bem esse processo.

autores, dentre os quais Joseph Stiglitz⁶ e Noam Chomsky⁷, travou-se uma verdadeira batalha no campo das ideias.

Ainda segundo Stiglitz, o *timing* do processo de convencimento da opinião pública não poderia ser mais irônico, pois o início da defesa maciça da perfeição dos livres mercados coincidiu com o momento em que a própria teoria econômica já começava a perceber, de forma cada vez mais consistente, as diversas das falhas desse tipo de entendimento:

“Um programa massivo para educar pessoas e juízes em Law & Economics foi em parte patrocinado por fundações de direita, como a Olin. O timing foi irônico: Os tribunais americanos deixaram-se levar pela noção dos mercados naturalmente competitivos e colocavam o ônus da prova sobre quem afirmasse o contrário exatamente no momento em que a economia explorava teorias que explicavam por que razão os mercados não costumavam ser competitivos, mesmo quando parecia muitas empresas a operar. A teoria dos jogos explicava o modo como um comportamento conspiratório pode ser mantido tacitamente por longos períodos de tempo. Novas teorias da informação imperfeita e assimétrica mostraram como tais imperfeições prejudicavam à concorrência e novas provas substanciaram a relevância e a importância dessas teorias.”

Não obstante, a grande quantidade de dinheiro e de esforços investidos na difusão dos pressupostos idealizados dos livres mercados fez com que o projeto fosse extremamente bem sucedido, especialmente perante as autoridades, juízes e formuladores de políticas públicas, como já se teve oportunidade de apontar anteriormente⁸.

Muito desse processo de convencimento incluiu narrativas de demonização da intervenção estatal, inclusive negligenciando várias das iniciativas bem sucedidas com tal propósito. Nesse sentido, Joseph Stiglitz⁹ faz um excelente mapeamento de várias medidas regulatórias no período pré-Chicago para mostrar como a ação estatal, depois da Grande Depressão, foi

⁶ STIGLITZ, Joseph. *O preço da desigualdade*. Tradução de Dinis Pires. Lisboa: Bertrand, 2013.

⁷ CHOMSKY, Noam. *Requiem para o sonho americano. Os dez princípios de concentração de riqueza e poder*. Rio: Bertrand Brasil, 2017.

⁸ <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/existe-um-mercado-de-ideias-05082020>

⁹ STIGLITZ, Joseph. *O preço da desigualdade*. Op.cit.

fundamental para regular a economia, especialmente o setor financeiro, produzindo por quase quatro décadas estabilidade financeira, crescimento acelerado e um sistema financeiro eficiente, com bancos cumprindo o seu papel de financiar a atividade econômica. Daí a conclusão de Stiglitz de que o Estado ajudou a fazer os mercados funcionarem como era suposto, reduzindo o espaço para a fraude e para o engano dos consumidores e aumentando a concorrência.

Ainda segundo Stiglitz¹⁰, foi no início da administração Reagan, o Estado começou a recuar. Entretanto, a desregulação conduziu à instabilidade pois, com menos fiscalização, houve mais fraude e menos concorrência, o que teve como resultados mais diretos uma economia menos eficiente, menos transparente e sobretudo responsável por aumentar a desigualdade. Passa a haver incentivos para que as empresas reduzam a competitividade dos mercados e, o que é o mais preocupante, garantam que não existam leis concorrenciais duras ou, quando estas existam, não sejam aplicadas com eficácia.

Outro ponto importante realçado por Stiglitz¹¹, é que a desregulação é, na verdade, uma nova regulação, ou seja, um conjunto de regras para governar a economia que favorece um específico conjunto de atores. Nesse ponto, a observação de Stiglitz vai ao encontro do comentário de Luigi Zingales¹² no sentido de que o chamado puro *laissez-faire* não é propriamente a falta de intervenção governamental, mas sim a intervenção ativa para proteger o *status quo*.

Isso ficou claramente exposto na crise de 2008/2009, que mostrou o quanto a desregulação do mercado financeiro não envolvia propriamente deixar que esses mercados ficassem livres e funcionando por si sós, correndo todos os riscos respectivos. Simplesmente se trocou a regulação anterior, que era *ex ante* e desenhada para beneficiar a sociedade americana como um todo, por uma regulação *ex post*, implementada em favor exclusivamente das instituições financeiras, traduzida no socorro financeiro que receberam em razão dos danos decorrentes da excessiva liberalização e da assunção de riscos absurdos.

¹⁰ Op.cit.

¹¹ STIGLITZ, Joseph. *Rewriting the rules of the American Economy. An agenda for growth and shared prosperity*. New York: WW Norton & Company, 2016.

¹² ZINGALES, Luigi. *A capitalism for the people. Recapturing the lost genius of American prosperity*. New York: Basic Books, 2014.

O exemplo é interessante para mostrar que o que se chama de desregulação pode esconder nuances muito mais complexas sobre a relação entre Estado e mercados. A chamada desregulação do mercado financeiro norte-americano mostra o acerto das proposições de Stiglitz, Zingales e tantos outros, no sentido de que se trata apenas de uma nova forma de regulação.

No caso específico do setor financeiro, tratou-se da *bailout regulation*, que contradiz os próprios pilares de uma economia de mercado funcional, na medida em que os riscos do negócio são totalmente socializados, o que apenas gera incentivos para que os agentes econômicos continuem assumindo riscos excessivos e aumentando as chances de que crises dessa magnitude possam se repetir.

A crise de 2008/2009 também revelou um dos aspectos delicados da excessiva concentração empresarial, sobretudo em mercados estratégicos, como é o caso do financeiro: a ideia de que o poder econômico, a depender da sua dimensão, simplesmente se torna insuscetível de regulação.

Daí a realidade traduzida pelas conhecidas expressões *too big to fail* e *too big to jail*, que provavelmente é o efeito mais desafiador da concentração empresarial, a demonstrar o acerto de muitos autores que já mostraram que ou se controla adequadamente o poder econômico ou ele mesmo passa a controlar não apenas a economia, mas também a sociedade e a política.

Dessa maneira, observa-se que a suposta desregulação dos mercados, em todas as suas projeções, efetivamente leva a resultados preocupantes por uma série de razões, sendo outra delas muito óbvia: se os mercados são deixados livres, há grande espaço para excessos que o egoísmo e a ganância incontidos dos agentes econômicos podem permitir.

É esse o argumento central de Akerlof e Shiller¹³ na obra *Animal Spirits*, quando mostram que não podemos depositar muita fé em expectativas racionais e mercados eficientes, pois tal perspectiva ignora os *animal spirits* que podem mover os agentes econômicos. Daí a conclusão dos autores de que sociedades capitalistas certamente terão problemas se não forem devidamente supervisionadas.

¹³ AKERLOF, George; SHILLER, Robert. *Animal Spirits*. New Jersey: Princeton University Press, 2009.

Em outra das suas famosas obras, *Phishing for Phools*, Akerlof e Shiller¹⁴ mostram que, se está correta a premissa da teoria econômica de que as pessoas agem de acordo com o auto-interesse, a conclusão então só pode ser a de que os livres mercados tenderão a gerar manipulações, fraudes e enganos, especialmente diante das limitações de racionalidade dos consumidores. Daí apontarem para o lado preocupante dos livres mercados: *"When there are completely free markets, there is not only freedom to choose; there is also freedom to phish."*

Dessa maneira, observa-se que uma regulação adequada é pressuposto indispensável para a própria existência da economia de mercado. Não é sem razão que Akerlof e Shiller¹⁵ são taxativos ao mostrar o engodo da tese de que o Estado é o problema: *"New Story - that government is the problem - is itself a phish for phools."* -.

Ademais, não obstante todos os efeitos deletérios da desregulação e do relaxamento do Direito Antitruste, tais políticas também não foram capazes de levar ao aumento do investimento e do crescimento econômico, ao contrário do que sempre prometeram seus defensores.

Tal ponto, juntamente com o exame de outras consequências adversas da concentração de poder econômico, será mais bem endereçado nos próximos artigos da presente série.

Link https://www.jota.info/paywall?redirect_to=/www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/um-direito-antitruste-para-o-seculo-xxi-2-26082020

Publicado em 26/08/2020

¹⁴ *Phishing for Phools. The economics of manipulation and deception*. New Jersey: Princeton University Press, 2015.

¹⁵ Idem.