

# Novas perspectivas para a regulação jurídica dos mercados

O que temos a aprender com o livro *The Myth of Capitalism. Monopolies and the Death of Competition* de Jonathan Tepper e Denise Hearn

Parte XI

---

**Ana Frazão**

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

---

Já encaminhando para a parte final da série, não poderia deixar de incluir pelo menos dois livros sobre Direito Antitruste, uma vez que as discussões concorrenciais têm se tornado cada vez mais essenciais à compreensão do funcionamento dos mercados e da própria democracia.

Antes de ingressar no exame do livro objeto desta coluna, é importante advertir que já faz um bom tempo que diversos autores têm mostrado os riscos da concentração sobre os mercados e também sobre a democracia.

Dentre inúmeros bons livros nesse sentido, destaca-se o *The Curse of Bigness. Antitrust in the New Gilded Age*, de Tim Wu (New York: Columbia Global Reports, 2018), que nos oferece as seguintes observações: (i) nas décadas recentes, tem ocorrido um vertiginoso aumento da concentração empresarial, fenômeno perceptível em mais de 75% de todas as indústrias norte-americanas, (ii) não obstante a defesa teórica dos benefícios dos monopólios, estes podem ser ineficientes e ainda debilitam os trabalhadores, os consumidores e a própria competição, (iii) a concentração de poder econômico tem importante desdobramento político, o que faz com que grandes empresas sejam cada vez mais capazes de influenciar os governos, e (iv) embora a escola de Chicago seja uma das responsáveis pelos níveis atuais de concentração, na medida em que desempoderou o Antitruste e o submeteu à metodologia leniente com as grandes concentrações de poder, tem grande influência até hoje.

Por essa razão, Tim Wu propõe a substituição do teste do bem estar do consumidor, que está relacionado ao aumento da concentração, pelo teste da proteção da competição, sob o fundamento de que fusões e aquisições que levem a altos níveis de concentração são inerentemente problemáticas, ainda que não afetem diretamente os preços. Sob essa perspectiva, o autor chega a sugerir o banimento de operações que reduzam o número de competidores para quatro ou menos.

Da mesma maneira, propõe que indústrias dominadas por apenas uma companhia por dez ou mais anos deveriam ser colocadas automaticamente sob investigação pela Federal Trade Commission, assim considera viável a quebra de empresas em determinadas hipóteses. A grande conclusão é que, sem o devido controle, o poder privado concentrado em muitas indústrias pode se sobrepor ao poder público dos governos democráticos.

Em linha semelhante de raciocínio, Jonathan Tepper e Denise Hearn buscam, no *The Myth of Capitalism. Monopolies and the Death of Competition* (New Jersey: John Wiley & Sons, 2019) mostrar que o problema da concentração empresarial tem desdobramentos diretos sobre a democracia e sobre o próprio capitalismo, o qual não existe sem competição<sup>1</sup>.

Para os autores, é precisamente a competição que previne as desigualdades injustas e a transferência de riqueza de consumidores, empregados ou fornecedores para os monopolistas. Portanto, é a competição que, além de promover eficiência, possibilita escolhas, inovação, crescimento, desenvolvimento econômico e mesmo uma democracia mais forte por meio da dispersão do poder econômico<sup>2</sup>.

Essa visão de liberdade é próxima à sustentada por Friedman, em seu clássico *Free to choose*, no qual adverte que liberdade econômica é necessária para a liberdade política<sup>3</sup>. Entretanto, Tepper e Hearn demonstram que os americanos hoje não têm nenhuma liberdade para escolher, pois a maior parte dos mercados é formada por monopólios ou oligopólios que podem tacitamente coludir<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Op.cit., p. xv.

<sup>2</sup> Idem.

<sup>3</sup> Op.cit., p. xvi.

<sup>4</sup> Idem.

Não obstante, apoiar o capitalismo hoje em dia tem sido identificado como apoiar grandes negócios e não propriamente os livres mercados<sup>5</sup>. A conjuntura atual aponta mais para uma luta de classes do que propriamente para a defesa de livres mercados, o que se extrai da seguinte frase de Warren Buffet: “There’s class warfare, all right, but it’s my class, rich class, that’s making war, and we’re winning.”<sup>6</sup>

Para Tepper e Hearn, o fato de o problema atual dizer mais respeito à existência de oligopólios do que de monopólios gera confusão pois, como alerta Tim Wu, reguladores podem até saber como lutar contra os últimos, mas ficam confusos com os primeiros<sup>7</sup>.

De toda sorte, para efeitos práticos, a distinção não seria tão importante. Pela definição de Friedman, segundo o qual monopólios existem quando uma empresa tem suficiente controle sobre um particular produto ou serviço, de forma que possa determinar significativamente os termos nos quais os demais indivíduos têm acesso a ele, muitos dos oligopólios podem ser considerados monopólios por seus efeitos<sup>8</sup>.

Acresce que oligopólios agem normalmente como monopólios, até porque a colusão tácita é normal e racional<sup>9</sup>. Nesse sentido, a teoria dos jogos esclarece como muitas firmas podem entrar em colusão mesmo sem contato direto umas com as outras<sup>10</sup>. A pesquisa acadêmica sobre colusão tácita em oligopólios mostra que, em mercados altamente concentrados, empresas irão comumente coordenar seu comportamento simplesmente observando e reagindo ao comportamento dos competidores, o que leva ao paralelismo de preços<sup>11</sup>.

A partir da análise de dados e pesquisas empíricas, os autores mostram alguns indícios da atual concentração nos Estados Unidos:

- (i) o número de firmas listadas em bolsa caiu pela metade e a maioria das indústrias na atualidade tem poucos players, o que se traduz em maiores lucros, menores salários e menos competição<sup>12</sup>;

---

<sup>5</sup> Op.cit., p. xix.

<sup>6</sup> Op.cit., p. 1.

<sup>7</sup> Op.cit., p. 7.

<sup>8</sup> Idem.

<sup>9</sup> Idem.

<sup>10</sup> Op.cit., p. 26.

<sup>11</sup> Op.cit., p. 29.

<sup>12</sup> Op.cit., p. 8.

- (ii) o número de firmas listadas em bolsa é menor do que no início da década de 1970, quando o PIB dos EUA era apenas um terço do atual<sup>13</sup>;
- (iii) o número de fusões e aquisições ao longo dos últimos trinta anos não tem precedentes e ultrapassa a *original merger mania* que caracterizou o período da Gilded Age e dos *robber barons*, o que permite a conclusão de que vivemos hoje uma *second Gilded Age* <sup>14</sup>;
- (iv) não há espaço para que nova onda de startups venha a competir com as grandes firmas<sup>15</sup>.

Os efeitos dessa concentração também têm sido preocupantes. Nesse sentido, os autores exploram estudos empíricos que atestam que mais concentração empresarial leva a maiores lucros, maiores preços, menos startups, menor produtividade, menores salários e maior desigualdade<sup>16</sup>. Isso sem falar nos incentivos para a colusão: o movimento em favor de oligopólios estaria no coração do problema dos cartéis, já que estudos indicam que 2/3 das colusões ocorrem em indústrias onde as principais 4 empresas tem 75% ou mais do mercado<sup>17</sup>.

Dentre os principais problemas decorrentes da concentração, encontra-se o achatamento dos salários ou o que os autores chamam de esmagamento dos trabalhadores. Nesse sentido, vários estudos associam a concentração à desigualdade de renda<sup>18</sup>. Há pesquisas segundas as quais mercados concentrados estão associados a decréscimos dos salários dos empregados que varia de 15-25%<sup>19</sup> em comparação com mercados competitivos.

A questão dos trabalhadores é tratada em capítulo próprio, em que os autores abordam as consequências do poder de monopólio ou oligopólio de grandes firmas sobre o mercado de trabalho, o que gera não somente a imposição de salários baixos, mas também de cláusulas de não concorrência que impedem a mobilidade dos empregados. Assim, sem qualquer poder de barganha, o que se acentua com o enfraquecimento progressivo dos sindicatos, os trabalhadores passam a se submeter a tudo, incluindo arbitragens forçadas e desistências de

---

<sup>13</sup> Op.cit., p. 10.

<sup>14</sup> Op.cit., p. 8.

<sup>15</sup> Op.cit., p. 11.

<sup>16</sup> Op.cit., p. 13.

<sup>17</sup> Op.cit., p. 23.

<sup>18</sup> Op.cit., p. 37.

<sup>19</sup> Op.cit., p. 38.

*class actions*<sup>20</sup>. O problema acentua-se com os trabalhadores temporários, especialmente quando estes não podem negociar salários nem benefícios, razão pela qual muitos lutam para estarem acima da linha da pobreza<sup>21</sup>.

Daí a ideia de que o poder econômico excessivo é um sério problema, cujos efeitos vão muito além de preços excessivos para o consumidor. Na verdade, como sustentam Lina Khan e Sandeep Vaheesan, o preço de monopólio equivale a uma tributação regressiva que direciona a renda disponível para muitos em ganhos de capital, dividendos e compensações de executivos que beneficiarão poucos<sup>22</sup>.

Mesmo sob a ótica exclusiva do consumidor, a concentração empresarial não vem mostrando bons resultados. Embora o fundamento pelo qual reguladores e autoridades antitruste permitiram a “orgia” de fusões e aquisições tenha sido a busca de eficiência e menores preços, isso nunca aconteceu na realidade<sup>23</sup>: “Passing on cost savings to consumers is a wonderful story that has no basis in reality. Dozens of economic studies have shown that businesses don’t get more efficient after a merger. The simple truth is that they make more money because they gain market power and can get away with higher prices.”<sup>24</sup>.

A conclusão, portanto, é que as concentrações normalmente levam a aumento de preços, embora haja pouca evidência de que aumentem a produtividade e a eficiência<sup>25</sup>. Não é sem razão que os autores fazem uma crítica contundente aos economistas contratados para mostrarem os benefícios decorrentes das concentrações: “If we were being mean, we might compare promerger economists to paid prostitutes, but that would be grossly unfair to prostitutes.”<sup>26</sup>

Em vários dos capítulos do livro, os autores procuram mostrar que, longe de atingirem as eficiências muitas vezes alegadas pelas empresas, as concentrações têm levado a menor produtividade e a menor investimento, fenômenos que, de certa forma, tem ocorrido mesmo no setor de alta tecnologia.

---

<sup>20</sup> Op.cit., p. 74.

<sup>21</sup> Op.cit., p. 75.

<sup>22</sup> Op.cit., p. 39.

<sup>23</sup> Op.cit., p. 40.

<sup>24</sup> Idem.

<sup>25</sup> Op.cit., p. 41.

<sup>26</sup> Op.cit., p. 42.

De acordo com os autores, *big techs* como Google, Facebook e devem muito do seu atual status e sucesso financeiro a erros regulatórios e antitruste, que as permitiram, dentre outras coisas, adquirir rivais e conquistar posições de monopólio<sup>27</sup>. Daí mencionarem a síntese de Frank Pasquale, segundo o qual as *big techs* não são propriamente *market participants*, mas sim *market makers*, na medida em que podem se eximir da regulação ou subvertê-la de diversas maneiras, incluindo o lobby e a produção acadêmica financiada em seu próprio interesse<sup>28</sup>: “The power of platforms makes them a diferente class of companies. They set the rules that govern their world. We simply live in it.”<sup>29</sup>

Os autores são também muito claros ao imputarem à Escola de Chicago e a seus ideais de livres mercados e desregulação uma boa parte dos problemas atualmente existentes. Citam o caso de autores que, como Posner e Greenspan, chegaram a admitir, especialmente após a crise financeira de 2007-2008, que suas teorias teriam falhas<sup>30</sup>. Entretanto, Tepper e Hearn acreditam que esse reconhecimento veio muito tarde, pois jamais saberemos a real extensão do dano que esses teóricos causaram<sup>31</sup>.

Aliás, especialmente sobre a Escola de Chicago, os autores fazem uma crítica feroz, sobretudo em razão de que, a pretexto de se afirmar como ciência positiva, construiu seus principais alicerces sobre bases exclusivamente teóricas, que não foram modificadas mesmo quando os fatos começaram a contrariá-las: “Economics is perhaps the only profession where facts don’t matter and theory predominates. In the Sciences there is a scientific method and experiments. In economics, men like Friedman, Bork, or Posner can make assertions based on pure theory.”<sup>32</sup>

Nem mesmo as divergências na arena política norte-americana foram suficientes para conter os avanços da Escola de Chicago. Para Tepper e Hearn, Obama e Bush podiam discordar em muitos tópicos, mas não em relação a monopólios e oligopólios<sup>33</sup>, motivo pelo qual ambos são responsáveis pela concentração atual.

---

<sup>27</sup> Op.cit., p. 91.

<sup>28</sup> Op.cit., pp 91-96.

<sup>29</sup> Op.cit., p. 98.

<sup>30</sup> Op.cit., pp. 156-157.

<sup>31</sup> Op.cit., p. 157.

<sup>32</sup> Op.cit., p. 156.

<sup>33</sup> Op.cit., p. 161.

Em face de todos os dados, os autores afirmam que diversas evidências confirmam a morte do antitruste, dentre as quais o afrouxamento do controle de estruturas nos últimos tempos, o fato de o Departamento de Justiça ter passado a trabalhar no interesse das companhias, a prostituição intelectual, dentre outros<sup>34</sup>.

Na parte final, os autores voltam-se para o problema da desigualdade, para o fim de concluir que a sua verdadeira causa não é propriamente o baixo crescimento, mas sim a morte da competição<sup>35</sup>, o que é atestado por várias outras evidências, tais como a correlação direta entre poucos players e altos lucros<sup>36</sup>.

Daí citarem, na conclusão do estudo, duas frases paradigmáticas: (i) uma de Friedman: “Economic freedom is an essential requisite for political freedom” e (ii) uma de Brandeis: “We must make our choice. We may have democracy, or we may have wealth concentrated in the hands of a few, but we can’t have both”.<sup>37</sup> Vale lembrar que Brandeis escreveu o livro *The Curse of Bigness* e daí se falar no *New Brandeis Movement*.

Para Tepper e Hearn, Friedman ecoa o pensamento de Brandeis, ao mostrar que a principal razão para apoiar livres mercados não é assegurar baixos preços ou o bem estar do consumidor, mas sim fortalecer a democracia e a liberdade<sup>38</sup>. Segundo Friedman, ao dispersar o poder, o livre mercado oferece uma contraposição à concentração de poder político, partindo da premissa de que a combinação de poder político e econômico nas mesmas mãos é receita certa para a tirania<sup>39</sup>.

Consequentemente, os autores consideram uma grande ironia que os discípulos de Friedman tenham feito tanto para concentrarem o poder econômico e a formação de uma verdadeira tirania privada<sup>40</sup>.

Por todas essas razões, os autores propõem um retorno às raízes do capitalismo e também do Antitruste, mostrando que a competição é elemento fundamental a ambos, pois somente ela pode promover a difusão de poder

---

<sup>34</sup> Op.cit., pp. 161-163.

<sup>35</sup> Op.cit., p. 217.

<sup>36</sup> Op.cit., p. 224.

<sup>37</sup> Op.cit., p. 233.

<sup>38</sup> Op.cit., pp. 237-238.

<sup>39</sup> Op.cit., p. 238.

<sup>40</sup> Idem.

econômico e de liberdade política<sup>41</sup>. Conseqüentemente, precisamos assumir que mercados não podem existir independentemente do Estado e da sociedade, devendo ser competitivos, abertos para novos entrantes e para a igualdade de oportunidades<sup>42</sup>.

Da mesma forma, advertem os autores que o Antitruste não pode ficar apenas nas mãos dos economistas, até porque estes não são equipados com as respostas sobre que valores queremos promover ou como queremos organizar a nossa sociedade<sup>43</sup>.

Como fica claro pela breve exposição da rica obra, as discussões sobre concentração de mercados e Direito Antitruste entrecruzam-se hoje com as questões essenciais que permeiam a presente série de artigos, havendo grande convergência entre o pensamento de Tepper e Hearn com o pensamento de todos os autores examinados até agora.

A partir da obra analisada, ficam evidentes as relações entre a política antitruste dos últimos anos, o *mainstream* econômico e os resultados de aumento de concentração e de desigualdade. Mais do que isso, fica também evidente como a política antitruste tem impactos diretos sobre o funcionamento da economia de mercado e da própria democracia, estando conectada a várias das principais questões econômicas da atualidade.

Link [https://www.jota.info/paywall?redirect\\_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/novas-perspectivas-para-a-regulacao-juridica-dos-mercados-parte-xi-13052020](https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/novas-perspectivas-para-a-regulacao-juridica-dos-mercados-parte-xi-13052020)

Publicado em 13/05/2020

---

<sup>41</sup> Op.cit., pp. 239-242.

<sup>42</sup> Op.cit., p. 242.

<sup>43</sup> Op.cit., p. 243.