

Luiz Carlos Delorme Prado |

Política de concorrência e desenvolvimento: reflexões sobre a defesa da concorrência em uma política de desenvolvimento

1. Considerações iniciais

A agenda de intervenção econômica *market friendly*, inspirada pelo Consenso de Washington, implementada no Brasil e em outros países na década de 1990, teve entre seus fundamentos a ideia de que a qualidade das instituições é relevante para o desenvolvimento econômico.¹ Como parte dessa agenda, foi criado no Brasil, através da Lei 8.884-94, um marco jurídico para a política brasileira de Defesa da Concorrência. Esta legislação, interpretada pelas decisões do Conselho de Defesa Econômica (Cade), tem servido de guia para a intervenção do Estado brasileiro na ordem econômica com o objetivo de manter o ambiente concorrencial, estabelecendo travas para fusões e aquisições no Brasil e reprimindo atividades consideradas anticoncorrenciais.

O interesse no estudo de instituições tomou grande impulso na década de 1990, com a crescente influência da literatura da Nova Economia Institucional. A principal tese sustentada por essa visão é que as instituições determinam o desempenho econômico e, portanto, o nível de desenvolvimento em uma dada sociedade pode ser explicado pelas instituições desenvolvidas por essa sociedade. Mais do que isso, essas instituições não estão apenas correlacionadas, mas precedem o bom desempenho econômico – elas são a causa primordial desse bom desempenho.²

Nessa abordagem, há um conjunto de (boas) instituições que promovem o crescimento (implementação de direitos de propriedade, contratos formais, sistema jurídico, etc.) e que atrasam o desenvolvimento econômico (estruturas políticas que promovem governos populistas e viabilizam comportamentos *rent-seeking*, etc.).³ Portanto, para esse enfoque as instituições têm papel definido e não são plásticas, ou seja, uma dada instituição cumpre papel semelhante em qualquer situação em que é criada.

1. Ver North (1981, 1990). Para uma análise detalhada de como novo institucionalismo combina-se com abordagens neoclássicas tradicionais para justificar políticas *market-friendly*, ver ERBER, 2010 e 2011.

2. Para uma resenha dessa abordagem, ver Khalil, 2010.

3. Ver North (1981, 1990). Ver também Greif (1998). Para uma resenha dessa literatura, ver Combarous e Rougier, 2011.

4. Ver, por exemplo, o relatório do Banco Mundial de 1991, intitulado *The Challenges of Development*, preparado por uma equipe dirigida por Lawrence Summers, que defendia uma nova estratégia de desenvolvimento baseada em políticas *market friendly* (World Bank, 1991). Além disso, nas negociações multilaterais, Políticas de Concorrência apareceram entre os chamados “Temas de Cingapura”, na Reunião Ministerial da OMC em novembro de 2001. Ver SINGH, 2002, p. 1-2; ver também Bhattacharjea, 2006, parte I.

5. Neoliberalismo não é um bom conceito. Esta expressão tem sido usada sem precisão para caracterizar um número muito amplo de fenômenos e políticas. Ver Boas & Gans-Morse, 2009. No caso, uso a expressão “políticas econômicas neoliberais” para indicar a agenda de reformas e recomendações de políticas econômicas proposta aos países em desenvolvimento na década de 1990 pelas instituições internacionais e por um conjunto de economistas (normalmente, de tradição monetarista ou neoclássica) que pretendiam redefinir o papel e os limites da atuação do Estado. Esse conjunto de recomendações é normalmente associado ao chamado Consenso de Washington, em suas várias versões. Ver para a

Nos dez anos compreendidos entre o início da década de 1990 e o início do século XXI a relação entre Política da Concorrência e Política de Desenvolvimento foi mencionada continuamente em documentos internacionais e, em negociações internacionais, tanto os EUA como a Europa pressionaram os países em desenvolvimento para que aprovassem legislações antitrustes.⁴ Nessas situações, a Política de Concorrência foi considerada como parte de uma agenda de reformas institucionais de uma estratégia de desenvolvimento (neoliberal) alternativa às propostas desenvolvimentistas.⁵ Como resultado, na década de 1990 cerca de cinquenta países em desenvolvimento aprovaram legislações de Defesa da Concorrência, o que significou um aumento superior a 300% no número de jurisdições com política de concorrência formal.⁶

Este ensaio aceita a visão de que instituições são correlacionadas ao bom desempenho econômico, mas não aceita a tese de que essas precedem e determinam o dinamismo da economia. Ao contrário, este artigo sustenta que a atuação das instituições depende da dinâmica das condições econômicas, políticas e sociais de uma dada sociedade. Não há um conjunto de instituições ideais para a promoção do desenvolvimento econômico e, ainda, o papel das instituições não pode ser inferido mecanicamente das motivações de seu surgimento. Ou seja, as instituições são plásticas e seu papel se altera historicamente em resposta a um conjunto de tensões distintas das que deram origem ao seu surgimento.

Políticas de concorrência, mesmo se recomendadas pela agenda neoliberal, não cumprem necessariamente o papel imaginado pelos defensores dessa visão. Em muitos casos, países desenvolvimentistas, particularmente os asiáticos, usaram essas políticas como parte de suas estratégias de desenvolvimento, aplicando-as em conjunto com políticas industriais.

Nesse contexto, há duas visões de políticas de concorrência: (i) como um sistema legal cujo objetivo é promover o bem-estar do consumidor, no curto prazo, através da maximização das eficiências de Pareto; e (ii) como um sistema legal e institucional que é parte de uma política pública de promoção do desenvolvimento, que combina legislação tradicional antitruste, com regulação econômica, política industrial e planejamento econômico. No primeiro caso, o mercado é visto como um bem em si, como um instrumento de orientação da política de desenvolvimento; no segundo caso, o mercado é visto como um instrumento para promover as eficiências dinâmicas schumpeterianas, combinadas com outras políticas: neste caso, o mercado é um dos instrumentos da política de desenvolvimento.

No Brasil, o papel do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência vem sendo intensamente debatido, inclusive com uma proposta de reforma em andamento no Congresso.⁷ Além disso, observa-se no Brasil um processo de aumento da concentração econômica, resultado da crise internacional de 2008, e há crescente preocupação com a ação de cartéis domésticos e internacionais.⁸

O objetivo deste artigo é propor que, no Brasil, a política de concorrência seja considerada como parte de uma política pública de promoção do desenvolvimento, entendido como crescimento com mudança estrutural. Diferente do papel das autoridades de defesa da concorrência nos EUA e, em menor grau, na Europa, a política de concorrência no Brasil deve priorizar as eficiências dinâmicas schumpeterianas, que são consistentes com políticas de desenvolvimento, sobre a maximização do bem-estar do consumidor de curto prazo. Além disso, não há razão para a implementação da legislação antitruste brasileira ser realizada em oposição a outras políticas públicas, tais como a Política Industrial e a de Comércio Exterior. Ao contrário, uma aplicação adequada de uma política de concorrência passa pela harmonização entre ação antitruste, política industrial e política de comércio exterior.

2. Reforma do Estado: A dinâmica da mudança econômica

Nas últimas décadas do século XX consolidou-se no meio acadêmico e em formuladores de política de algumas agências internacionais a ideia de que o relativo fracasso de algumas experiências econômicas, tanto na América Latina como no Leste Europeu, poderia ser relacionado ao papel do Estado nessas economias. No debate sobre globalização, na década de 1980, muitas das recomendações feitas para as economias de mercado, com intervenção estatal, latino-americanas, foram posteriormente consideradas adequadas para a transição das economias de comando europeias. Tais abordagens, consolidadas no famoso Consenso de Washington, eram, em sua maioria, recomendações de política macroeconômica que, no entanto, deviam ser acompanhadas por uma agenda de reformas institucionais *market friendly*.

O tema de reformas institucionais entrou na agenda dos grandes países latino-americanos como resposta às crises econômicas produzidas pelo endividamento externo, depois do *default* mexicano de 1982. Essas foram em sua origem propostas como contrapartida para as negociações do Plano Brady, anunciado em 1989. As mudanças nas políticas econômicas latino-americanas foram usadas para legitimar domesticamente nos EUA as alterações legais que permitiriam a renegociação da dívida dos bancos norte-americanos com governos e/ou organizações públicas estrangeiras, segundo o modelo defendido pelo secretário de Estado Brady.⁹

Em sua origem eram essencialmente medidas macroeconômicas, tais como disciplina fiscal, controle e redirecionamento do gasto público, reforma tributária, liberalização da taxa de juros, liberalização da política comercial. Mas havia algumas reformas que implicavam alterações importantes de natureza jurídica, tais como liberalização do investimento externo, privatização, desregulação e

caracterização de políticas neoliberais o livro organizado por Philip Mirowski e Dieter Plehwe, 2009.

6. Antes da década de 1990 apenas 16 países em desenvolvimento tinham política de concorrência formal. Os dados foram calculados segundo a Tabela 6, de Ajit Singh, 2002, baseada em fontes da Unctad.

7. Em 2010 foi aprovado na Câmara um substitutivo-espécie de emenda com completa reestruturação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, que consolida dois projetos em tramitação no Congresso Federal, o de nº 2.731/2008 do Senado e o de nº 3.311/2008 da Câmara. Atualmente, o substitutivo está em trâmite para ser apreciado pelo Senado Federal.

8. Sobre Investimentos Internacionais pós-crise de 2008, ver Unctad, 2009. Sobre a ação de Cartéis Internacionais, ver estudo preparado por Margaret Levenstein e Valerie Suslow (2001) como *Background Paper* para o *World Development Report*, 2001, que examinou as evidências de mais de trinta cartéis internacionais, cujas empresas operavam em 31 países, e duraram entre dois meses e vinte anos. O estudo mostrou que esses acordos ilegais geraram elevadas perdas para os países em desenvolvimento. Alguns dos cartéis

estudados nesse trabalho, como o de Lisina e de Vitaminas, sofreram processos no Brasil com diferentes graus de sucesso.

9. Os EUA nunca reconheceram que suas decisões de abandono unilateral dos Acordos de Bretton Woods, e sua resposta aos aumentos do preço do Petróleo em 1973 e 1979, assim como a política monetária de Paul Volcker tinham tido papel fundamental para eclosão da crise da dívida latino-americana. A alteração da legislação que permitiu transformar as dívidas registradas nas contabilidades dos bancos em títulos securitizados viabilizaram a renegociação das dívidas latino-americanas. Foram realizados, dessa forma, distintos acordos com os credores, que tiveram a possibilidade de escolher entre redução do principal e diferimento dos pagamentos das dívidas, assim como foram apresentadas novas garantias (colaterais). Esse processo levou ao surgimento de um mercado secundário para os títulos securitizados. Portanto, as políticas neoliberais na América Latina foram exigidas como uma contrapartida para as negociações da dívida externa. Uma interessante evidência desse fato é o relato de John Williamson (2004) que contou como seu testemunho em apoio ao Plano Brady levou à formulação

aumento da proteção dos direitos de propriedade.¹⁰

Os efeitos dessas políticas nos países latino-americanos foram decepcionantes. A década de 1990 foi marcada na América Latina (como em outras regiões do mundo) por um conjunto de crises econômicas, em grande parte produto da rápida mobilidade de capitais, em um mundo com grande liquidez em dólar. Entretanto, os grupos políticos, assim como os autores que apoiaram esse conjunto de medidas, consideravam que a razão desse desempenho provinha da insuficiência dessas reformas, não da natureza do diagnóstico. Portanto, a resposta a esse desempenho deveria ser aprofundar a política, implementando uma nova geração de reformas. Estas, no entanto, diferente daquelas, deveriam ser essencialmente voltadas para reformar as instituições desses países, para torná-las mais adequadas a operar nas condições dadas pela forma de organização econômica e social do capitalismo contemporâneo, ou seja, pela globalização. Nas palavras de dois economistas do Banco Mundial:¹¹

The Expectation, however, was not only that globalization and the “first-generation” reforms would raise economic growth rates, but that they also would significantly reduce poverty and inequality. Indeed, capital inflows and export growth were expected to promote the development of labor-intensive sectors. This has not occurred.

[...] The Long March concluded, then, that further reforms were needed to achieve higher sustained rates of growth and to make a more significant dent in poverty reduction.

Portanto, ao contrário das medidas propostas pelo Consenso de Washington, essas chamadas reformas de segunda geração destinavam-se a alterar as condições institucionais desses países. Entre as mais importantes recomendações estavam as alterações no sistema legal e regulatório e no aumento da eficiência do setor público, inclusive do judiciário (BURKI & PERRY, 1998, p. 4). Essa nova agenda trouxe ao debate o tema da relação entre Instituições e Desenvolvimento, que implicava discutir em que medida as instituições domésticas e a ordem jurídica vigente nos grandes países latino-americanos eram disfuncionais ao bom funcionamento da ordem econômica, com insuficiente proteção aos direitos de propriedade, à execução dos contratos, a defesa dos direitos de propriedade intelectual, a defesa da ordem econômica, à execução (*enforcement*) das decisões judiciais, ao bom funcionamento do sistema educacional e da gestão pública.

O argumento era que o fracasso das reformas recomendadas pelo Consenso de Washington não era por problemas de diagnóstico, mas de insuficiência do remédio. Recomendava-se, portanto, doses mais elevadas do mesmo remédio, isto é, uma nova rodada de reformas, não alteração do rumo.¹² Ou seja, o diagnóstico feito para essas economias é que essas eram sujeitas a excesso de intervenção estatal, pouca exposição ao mercado e instituições pouco funcionais às

necessidades do capitalismo moderno. Portanto, a agenda deveria ser a continuidade das reformas liberalizantes, mudança institucional e redução do papel do Estado nessas economias.

Fazia parte das recomendações a criação de novas agências estatais, que deveriam regular serviços privatizados. Mas um dos pilares desse modelo seria uma legislação de defesa da concorrência que deveria atuar preventivamente avaliando atos de concentração que pudessem alterar o ambiente concorrencial, e controlando infrações à ordem econômica, com a punição de condutas anti-competitivas, garantindo, portanto, o adequado funcionamento do mercado. A ideia de que o Estado deve intervir para garantir o funcionamento do Mercado é resultado do debate sobre as relações entre concorrência e mercado, analisado na próxima seção.

3. Mercado, Concorrência e Ação do Estado

Os economistas clássicos partiam da premissa de que os mercados competitivos eram similares e o monopólio uma exceção relativamente rara – a ideia de oligopólio ou concorrência imperfeita não estava presente nesta abordagem. Portanto, toda a literatura clássica contrapunha livre mercado a monopólio produzido pela intervenção do Estado. Até o século XIX apenas alguns poucos economistas matemáticos, como Cournot, vislumbravam a possibilidade de mercados operando em condições de oligopólio. A ideia de que mercados são diferenciados e, em muitas ocasiões, formas de concorrência monopolista e oligopólio estrutural são comuns, dependeu do desenvolvimento da teoria neoclássica e, em especial, dos economistas de tradição marshaliana.

Uma das contribuições importantes do debate neoclássico foi o estudo da relação entre mercado e concorrência. Em um trabalho clássico, George J. Stigler distingue os conceitos de mercado perfeito e concorrência perfeita. Segundo este autor, mercado é uma instituição para a realização de transações. Ele realiza sua função de forma eficiente quando todo comprador consegue obter o produto se estiver disposto a pagar pelo menos um infinitesimal superior ao preço mínimo encontrado e todo vendedor conseguir vender o produto por um preço infinitesimal abaixo do máximo encontrado. Um mercado funciona de forma eficiente se os compradores e vendedores estão perfeitamente informados e as propriedades e preços dos produtos perfeitamente especificados.

Concorrência é uma forma de rivalidade que trata de contratos. Ou seja, da disposição e capacidade que tem um agente econômico de contratar e recontratar com um número indefinido de pessoas, independentemente e sem o consentimento de qualquer outra parte, com objetivo de maximizar seu

do conceito de Consenso de Washington.

10. Ver Williamson (1990).

11. Ver Burki & Perry (1998), p. 3. Os autores estão também referindo-se ao documento *The Long March*, preparado para a conferência patrocinada do Banco Mundial em Montevideu. Ver Burki & Perry, 1997.

12. Ver Shahid Javed Burki. e Guillermo E. Perry, 1998.

bem-estar. Competição perfeita tem alguns requisitos:

- a. Existência de completa “racionalidade”. Para isso, assumem-se características ordinárias dos indivíduos, ou seja:
 - i. “Saber o que se quer, e procurar alcançar seus desejos de forma inteligente.”
 - ii. Saber de forma absoluta a consequência de seus atos quando forem realizados.
 - iii. Realizar esses atos à luz dessas consequências.
- b. Assume-se ausência de obstáculos físicos para fazer, executar e mudar os planos segundo a vontade dos agentes econômicos.
 - i. Isto pressupõe perfeita mobilidade em todos os ajustamentos, sem custos para os movimentos e trocas.
 - ii. Todos os elementos dos cálculos devem ser continuamente variáveis, divisíveis sem limite e a negociação das mercadorias instantânea e sem custos.
- c. Deve haver como corolário do item anterior, perfeita, contínua, e sem custo, intercomunicação entre todos os membros individuais da sociedade. Todo comprador potencial conhece todo vendedor potencial e vice-versa. Toda mercadoria é divisível em um número indefinido de unidades que devem ser separadamente usufruídas e de propriedade de um dono.
- d. Cada membro da sociedade age como indivíduo e é inteiramente independente de todas as outras pessoas. E nas relações mercantis entre os indivíduos nenhuma consideração a não ser o interesse individual prevalecerá. Essa independência individual exclui colusão, graus de monopólio ou tendência ao monopólio.

Ou seja, segundo Stigler, um mercado pode ser perfeito e monopolista ou imperfeito e competitivo.¹³ Portanto, para esse autor é um erro tratar o mercado como um conceito subsidiário à concorrência. A literatura econômica neoclássica já conseguiu demonstrar adequadamente que quando ocorre concorrência perfeita em um mercado perfeito, alcançam-se as condições de eficiência associadas ao conceito de Ótimo de Pareto, ou seja, eficiência alocativa, eficiência produtiva e eficiência distributiva. Nesta situação, há um ótimo social relativo a uma dada distribuição de recursos (ou renda) entre diferentes indivíduos quando os recursos disponíveis para cada agente econômico estiver de tal forma distribuído entre os diversos bens, que sua satisfação total não possa ser aumentada por qualquer transferência de recursos para uma combinação distinta na distribuição desses bens.

Alfred Marshall foi o autor que isoladamente mais contribuiu para a difusão da economia neoclássica com o primeiro livro-texto com essa abordagem

13. Ver Stigler, 1957.

em língua inglesa que dominou por décadas o ensino de economia.¹⁴ Marshall foi o primeiro economista que levantou o problema de que, em certas circunstâncias, os agentes econômicos ao maximizarem seu bem-estar podem não produzir simultaneamente um resultado ótimo para o conjunto da sociedade. Isto ocorre quando os custos privados são diferentes dos custos públicos, ou seja, quando há externalidades.

Em mercados com externalidades, a concorrência isoladamente não é capaz de produzir os resultados esperados, ou seja, há falhas de mercado que só podem ser resolvidas com regulação. Portanto, mesmo considerando-se que o livre mercado leva ao resultado de bem-estar econômico previsto nos modelos neoclássicos, há situações em que, dada a existência de externalidades, a atuação do Estado se justificava.

A principal contribuição de Marshall para a teoria da concorrência foi a discussão da relação entre competição e organização econômica ótima. Marshall fez a conhecida qualificação que a distribuição de recursos pode ser considerada como um dado e afirmou que apenas um entre os múltiplos equilíbrios estáveis pode ser considerado máximo. Finalmente, Marshall chamou atenção para a questão das economias externas.

O fato de que, com externalidades, as decisões dos indivíduos consideram apenas parte das consequências, abre espaço para várias formas de equilíbrio competitivo que difere dos conceitos tradicionais de ótimo. Estas questões, no entanto, só foram tratadas com profundidade posteriormente por autores como Pigou (1920) e Coase (1960).

A formulação de uma teoria econômica que tratasse de questões relevantes para o tema da defesa da concorrência, cuja aplicação nos EUA era, originalmente, quase exclusivamente um problema da literatura jurídica, dependeu da chamada escola estruturalista norte-americana. Esta corrente desenvolveu a teoria que associava a estrutura do mercado com a conduta e o desempenho das empresas.¹⁵ Para chegar a esse modelo, no entanto, foi necessário discutir os efeitos econômicos de um ambiente concorrencial, em que não era possível obter-se todas as condições de um mercado com concorrência perfeita.

Nesse debate, um dos mais influentes economistas foi J. M. Clark que formulou a hipótese conhecida como “*workable competition*”.¹⁶ Clark sustentava a ideia de que os mercados eram o suficiente robustos e que a intervenção ocasional do governo através do antitruste se justificava, mais que formas mais agressivas de regulação ou a simples aceitação do monopólio. Esse autor considerava que se as premissas de concorrência perfeita eram difíceis de ser obtidas era necessário identificar os fatores que levavam a mais próxima aproximação da concorrência perfeita, nas condições reais da economia. Portanto, se a concorrência perfeita não era passível de ser obtida, a questão era como obter uma concorrência que fosse operacional (*workable*).

14. Com o famoso *Principles of Economics*, ver Marshall, 1890.

15. Para uma história do desenvolvimento do pensamento antitruste nos EUA, ver Kovacic & Shapiro, 2000.

16. Ver Clark, J. M., 1939.

Diferenciação de produtos e custos fixos implicava que as firmas tinham capacidade de influenciar preços, a forma e o nível da produção. Ou seja, os modelos econômicos deveriam considerar o comportamento estratégico das empresas de uma maneira que não era considerado nos modelos clássicos.

As principais variáveis que diferenciavam os mercados eram:

- (i) O número de firmas e a extensão de suas diferenças.
- (ii) O montante de custos fixos ou as economias de escala.
- (iii) O grau de diferenciação do produto e a mobilidade entre as diferenciações.
- (iv) As barreiras à entrada.

Em mercados com muita competição, produtos homogêneos e grande número de firmas, a competição era capaz de disciplinar até variações modestas do comportamento competitivo. Nesse caso, ou as empresas produziam ao nível máximo ou organizavam cartéis.

As duas outras estruturas de mercado eram a competição monopolista e oligopólio estrutural, muito mais difícil de tratar. A competição monopolista, caracterizada por diferenciação de produto e facilidade de entrada, era relativamente mais fácil de obter resultados similares aos de mercado competitivo. Nos mercados com oligopólio, caracterizados por um pequeno número de firmas, elevadas barreiras à entrada e vários graus de diferenciação de produto, havia maior risco ao ambiente concorrencial e as correções necessárias eram mais difíceis de ser realizadas.

Uma vez que o conceito de *workable competition* é normativo, os elementos estruturais das diferentes indústrias tinham grande importância. A discussão originada por Clark foi posteriormente refinada por autores como Edward Mason e John Bain. Essa abordagem passou a ser conhecida como Escola de Harvard e tratava essencialmente dos mercados. Atributos dos mercados, ou seja, a estrutura dos mercados, a conduta das empresas e o resultado dos mercados são elementos que combinados formam o paradigma conhecido como estrutura-conduta-desempenho ou, em inglês, SCP (Structure-Conduct-Performance).

Bain (o mais importante autor da escola de Harvard) chamou atenção para o fato de que a *workable competition* era mais difícil de obter em mercados com oligopólio no setor industrial. Portanto, a influência de Bain levou, no período entre a década de 1940 e a década de 1970, a uma certa desconfiança dos mercados oligopolizados na indústria. Segundo Bain, em indústrias com oligopólio concentrado, as taxas de lucro eram maiores do que seria razoável e havia excesso de capacidade crônica, com atraso na introdução de tecnologia redutora de custo.

De acordo com Bain, havia uma relação sistemática entre estrutura do mercado, conduta e desempenho. O modelo de Mason/Bain era relativamente simples. Usando análise estilo Cournot de maximização de lucros em mercados

concentrados podia-se relacionar mercado à estrutura, em particular ao número de firmas e barreiras à entrada.

Este modelo, consolidado na década de 1950, era elegante e tornou-se muito influente. Uma vez que é difícil analisar a conduta de uma empresa, um modelo relacionando conduta com estrutura facilitava a política das autoridades antitrustes. A ideia era de que quando uma empresa tinha crescido de tal maneira a ter se beneficiado de todas as vantagens da economia de escala ela não podia mais fazer economias pela redução de custo. Portanto, toda sua economia seria através do aumento de preço. Bain acreditava que havia uma tendência nos EUA ao aumento de concentração na indústria e a política antitruste tenderia a reduzir essa tendência.

Esse modelo que ficou conhecido como paradigma SCP, ou modelo de Harvard, influenciou a aplicação da legislação antitruste nos EUA e é até hoje influente em algumas abordagens da política de defesa da concorrência.

O maior ataque à doutrina da concentração partiu de um conjunto de economistas e advogados que compartilhavam a tradição associada aos departamentos de economia e direito da Universidade de Chicago que viam com desconfiança a ação do Estado, e com preocupação o excesso de intervencionismo atribuído à escola de Harvard. Esses teóricos enfatizavam seu compromisso com os valores econômicos, políticos e sociais do livre mercado e consideravam excessiva a intervenção feita em seu funcionamento pelas decisões das cortes norte-americanas na área de antitruste.¹⁷

A tese da escola de Chicago é que os remédios estruturais aplicados pelas autoridades de Defesa da Concorrência eram inadequados, uma vez que a concentração foi o resultado das condições de custo das empresas, ou seja, de sua eficiência. Barreiras eram vistas como baixas e competidores potenciais tinham perfeita informação das oportunidades e custos envolvidos. Portanto, a estrutura da indústria é o resultado das diferentes eficiências das firmas no tempo, uma vez que o objetivo final da política de competição é promover o bem-estar do consumidor, expresso pela eficiência, a intervenção do Estado podia ser contraprodutiva. Ou seja, a escola de Harvard considerava que a concentração do mercado podia ser indício de colusão, a escola de Chicago afirmava que era indício de eficiência. Ou seja, caso a colusão fosse provada, as autoridades poderiam processar a empresa, mas não seria possível inferir colusão da estrutura dos mercados.

Nessa linha Bork em livro de grande influência, *The Antitrust Paradox*, afirmou:¹⁸

Today, I would add only two thoughts. First, I doubt that there is any significant output restriction problem arising from the concentration of any industry. Second, there is no coherent theory based on consumer welfare that supports a policy of industrial deconcentration when

17. Ver Hildebrand, 2002, p. 143. Entre outros faziam parte dessa corrente Robert H. Bork, Ward S. Bowman, Harold Demsetz, John S. McGee, Stanley I. Ornstein, Sam Peltzman, Richard A. Posner, George J. Stigler e Lester G. Telser.

18. Ver Bork, 1978.

concentration has been created either by the internal growth of the firms or by merger more than ten or fifteen years old.

Ou seja, a escola de Chicago defendia que o único objetivo legítimo para as restrições à ação dos agentes econômicos impostas pelas leis de defesa da concorrência era a garantia do funcionamento do mercado para a realização das eficiências de Pareto. Há dois tipos de eficiência que determinam o bem-estar do consumidor: eficiência alocativa (a alocação ótima de recursos no conjunto da economia) e eficiência produtiva (uso eficiente dos recursos pela firma individual através de economia de escala, escopo ou redução dos custos de transação). Portanto, o objetivo da legislação antitruste devia ser o de melhorar a eficiência alocativa sem afetar a eficiência produtiva, de tal forma que o resultado final de bem-estar agregado da economia fosse positivo ou neutro.

Observe-se, portanto, que na década de 1990, quando foram feitas recomendações de reformas institucionais e de implantação de um sistema de defesa da concorrência nos países em desenvolvimento, havia nos EUA um amplo debate sobre a natureza e a extensão das leis antitruste nesse país. O mesmo debate não ocorreu nos países em desenvolvimento. Não houve um equivalente da escola de Chicago, recomendando pouca intervenção, nos países que implantaram a legislação antitruste na década de 1990. Também não houve uma discussão dos problemas do modelo SCD e das críticas em andamento a esse modelo. Finalmente, não houve discussão se uma legislação de defesa da concorrência deveria ser adaptada à realidade desses países ou se os problemas desse marco legal eram similares nos EUA, na Europa e nos países em desenvolvimento.

Observe-se que essa discussão que era nos países desenvolvidos, em especial nos EUA, um debate sobre bem-estar do consumidor, foi transformada pelos defensores de reformas institucionais neoliberais em elementos de uma estratégia de desenvolvimento. Ou seja, bastava-se adotar as instituições que promoviam, nos países industriais avançados, um ambiente concorrencial para produzir resultados similares, em termos de eficiência econômica e bem-estar dos consumidores.

Na última década, novas linhas de pesquisas apresentaram novas abordagens para as relações entre o Estado e o Mercado levando novas perspectivas para o estudo da concorrência no mundo contemporâneo. Os novos horizontes teóricos revigoraram o estudo da Defesa da Concorrência, que estava limitado ao debate entre a versão estruturalista do pensamento neoclássico e o liberalismo fundamentalista da escola de Chicago.

Nessa linha, a oposição entre Estado e Mercado foi questionada pela contestação da validade dos teoremas de bem-estar em sua forma mais sofisticada, ou seja, os Teoremas Fundamentais da Economia do Bem-Estar formulados por Arrow-Debreu, orientando uma nova perspectiva para a ação do Estado.

Essa abordagem, que tem como um dos seus mais importantes formuladores Joseph Stiglitz, vai ser chamada de Economia da Informação. Por outro lado, uma visão da concorrência com uma perspectiva dinâmica, fortemente influenciada pelo pensamento de Schumpeter, vai questionar o tratamento estático dado à legislação antitruste nos EUA e na Europa, que estaria em conflito com o progresso técnico e com o bem-estar econômico.¹⁹ Estas questões serão tratadas na próxima seção.

19. Para uma resenha desse debate, ver Sidak & Teece, 2009.

20. Ver Hayek, 1945 e Stiglitz, 2000.

21. Stiglitz, 2000, p. 1443.

22. Idem, 2000, p. 1444.

4. Estado e Mercado: Visões da Economia da Informação e da Economia da Inovação

A essência do modelo de equilíbrio foi formulada por Hayek de uma maneira extremamente simples. Este resolve o problema de alocação de recursos através de um único mecanismo de informação: o sistema de preços. Ou seja, um sistema de preços descentralizado levaria uma alocação eficiente de recursos escassos. Ninguém precisa saber as preferências de todos os indivíduos e a tecnologia de todas as firmas para assegurar que alocação de recursos é pareto-eficiente. Preços levam todas as informações e são, de fato, estatísticas suficientes.²⁰ Hayek apresenta seus argumentos de forma literária, mas o modelo Arrow-Debreu, de forma mais sofisticada, resolve através de um modelo matemático, problema similar e, ou seja, soluciona de forma rigorosa, na data 0, o problema completo de alocação de recursos.

Stiglitz desafia todo este edifício fenomenal com uma proposição igualmente simples. Esse autor sustenta que a existência de custos de informação, mesmo que pequenos, podem ter graves consequências: muitos dos resultados tradicionais da microeconomia não mais se sustentam, inclusive os teoremas de Bem-Estar formulados por Arrow e Debreu.²¹ Ou seja:

While one of the Standard informal arguments for decentralization using the price system is its information economy, information economics showed that, in general, efficient decentralization through the price system, without extensive government intervention, does not result in a constrained Pareto Optimum, that is, even taking into account the costs of information.²²

A Teoria da Informação contribui com novos *insights* para uma Teoria dos Contratos. Além disso, essa abordagem permite estudar a relação entre Estado e Mercado sob novos ângulos. Ou seja, se as informações fossem perfeitas, a efetividade dos contratos seria fácil de ser obtida e haveria pouca imprevisibilidade nas decisões judiciais. Além disso, a natureza dos conflitos seria enormemente reduzida, uma vez que as partes contratantes saberiam dos riscos que assumiam com exatidão, seriam capazes de precificá-los e o resultado do negócio jurídico

23. Para uma resenha do debate entre sistemas jurídicos e desenvolvimento, ver Hadfield, 2006.

24. Stiglitz contribui também com interessantes *insights* sobre o papel do Estado em duas publicações: *The Economic Role of the State* (1989) e *Wither Socialism* (1994). Segundo ele, a importância do Estado é baseada em duas propriedades básicas: participação universal e compulsão (ou seja, soberania e monopólio da violência) e deriva de quatro características exclusivas que possui: (i) o poder de taxar; (ii) o poder de prescrever; (iii) o poder de punir; e (iv) custos de transação mais baixos para certos efeitos externos, tais como o problema do free rider, mercados incompletos e seleção adversa. Portanto, o Estado está em posição excepcional para tratar de falhas de mercado e de problemas de informação imperfeita e outros problemas de uma economia de mercado.

25. Ver Schumpeter, 2008 (1942), p. 82.

26. Em um artigo recentemente descoberto, escrito pouco antes de emigrar para os EUA, Schumpeter levanta vários *insights* instigantes sobre o processo de desenvolvimento: “*Without further ado, a continuous increase in population and wealth explains an equally continuous improvement of roads and an increase*

teria um elevado grau de previsibilidade. Justamente porque as informações são imperfeitas, há custos de obtê-las e elevada assimetria na interpretação e na valoração das informações disponíveis, uma vez que há percepções diferentes para os custos e os resultados das obrigações assumidas. Nesse sentido, o fato de que os tribunais, como os indivíduos estão sujeitos a informações incompletas, em muitos casos há grande imprevisibilidade nas decisões judiciais. Tal fato ocorre mesmo nas condições ideais recomendadas pelos que sustentam que o risco jurisdicional se deve à pouca consideração aos direitos de propriedade de sistemas jurídicos de tradição romano-germânico, como os latino-americanos.²³ Ou seja, uma vez que as informações são incompletas, e podem inclusive ser mais assimétricas em economias em desenvolvimento, a efetividade dos contratos é necessariamente relativa, não por causa das características institucionais, mas pela própria natureza das relações contratuais.

O argumento da Economia da Informação é que os problemas de assimetria de acesso às informações e, ainda, do custo de obter as informações implicam que o funcionamento dos mercados depende da ação do Estado. Mas se isto é verdade para a alocação de recursos em um contexto de estática comparativa, questões intertemporais, como decisões de investimento, e outras políticas de alocação intertemporais de recursos dependem, ainda mais, do Estado. Ou seja, as políticas de desenvolvimento são parte de um conjunto de ações do Estado, necessárias em uma economia de mercado para que muitos mercados funcionem adequadamente. Isto é particularmente importante em países que, dada a história (e a história importa), parte dos mercados são inexistentes, e há incerteza e riscos elevados associados à alocação intertemporal de recursos.

A Economia da Informação, portanto, reconcilia a ação do Estado com o papel dos mercados e abre caminho para uma interessante síntese da relação Estado-Mercado nos países em desenvolvimento. O Estado passa a ter um papel fundamental para resolver problemas que são impossíveis de serem tratados pelos mercados, e a questão informacional é um dos mais importantes problemas.²⁴

Esse debate leva novamente à questão sobre para que servem os mercados e o papel da concorrência. O papel principal dessa forma de rivalidade chamada concorrência não é alocativa, mas a de indutora de inovação. Ou seja, finalmente, voltamos para a essência do processo de desenvolvimento, tal como visto por Schumpeter.

Segundo esse autor, o capitalismo, por sua própria natureza, não pode ser estacionário. O processo de concorrência é um mecanismo de mudança, levando a um processo evolucionário.²⁵ As empresas inovam porque são obrigadas a fazê-lo pelo mecanismo da concorrência. Se as empresas fossem sujeitas às condições restritivas de um mercado perfeito com concorrência perfeita não sobreviveriam. É a necessidade de obter lucros superiores ao custo marginal, possível

para existência de poder de mercado que viabiliza o capitalismo, que faz esse sistema tão eficiente e tão dinâmico. De acordo com Schumpeter, desenvolvimento está relacionado à inovação, a capacidade de resposta de um agente inovador que dá um salto para o futuro, ou seja, realiza uma mudança, que pode ser descrita, mas não pode ser determinada *a priori*.²⁶

Esta visão de desenvolvimento schumpeteriana é compatível com a definição de desenvolvimento como crescimento com mudança estrutural sustentada pela tradição do estruturalismo latino-americano.²⁷ Ao fornecer aspectos dinâmicos da concorrência para a análise antitruste, várias das interpretações tradicionais dessa literatura têm de ser revistas.²⁸

Resta, portanto, a questão do papel de uma política de concorrência, para uma estratégia de desenvolvimento e, em especial, como aplicar esta política em um país como o Brasil. Estas questões serão discutidas na próxima seção.

5. Defesa da Concorrência para uma Política de Desenvolvimento

Desde a década de 1930 o Brasil tinha provisões na legislação relativas a questões concorrenciais. Mas a primeira lei brasileira de orientação antitruste apareceu em 1945, ao fim do Estado Novo, tendo como autor o Ministro do Trabalho, Agamennon Magalhães. O Decreto-Lei nº 7.666, chamado de Lei Malaia, criava a Comissão de Defesa Econômica e dava poderes ao governo para expropriar qualquer organização cujos negócios lesassem o interesse nacional, mencionando, especificamente, as empresas nacionais e estrangeiras, vinculadas aos trustes e cartéis. O Departamento de Estado dos EUA interpretou a legislação como um ato de nacionalismo econômico e pressionou o governo Vargas para revogá-la.²⁹ Setores opositoristas protestaram contra a medida, qualificando a Comissão de Defesa Econômica como um instrumento nazifascista, que ameaçava a economia brasileira. A Lei foi revogada pelo Presidente Provisório José Linhares, poucos dias depois da deposição de Vargas.

Na Constituição de 1946 o art. 148 estabelecia que:

A Lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso econômico inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.³⁰

Esse artigo constitucional levou ao Projeto de Lei nº122 de 1948, que também era de autoria do então deputado Agamennon Magalhães, que tinha por finalidade regular o poder econômico. Essa iniciativa encontrou grande oposição no legislativo e o projeto não foi aprovado no Congresso brasileiro.

of the mail coaches in circulation in a step-wise adapting manner. But add as many mail coaches as you please, you will never get a railroad by so doing. This kind of "novelty" constitutes what we here understand as "development", which can now be exactly defined as: transition from one norm of the economic system to another norm in such a way that this transition cannot be decomposed into infinitesimal steps."
Schumpeter, 1932, p. 10.

27. Essa é também a definição dos pioneiros da teoria do desenvolvimento. Ver, por exemplo, Meier, 1984, p. 6.

28. Ver, por exemplo, Hovenkamp, 2008 e McCraw, 2008.

29. Essa pressão é relatada por telegrama de 27/6/1945, nº 26, reservado, do embaixador brasileiro em Washington ao Presidente da República. Ver Moniz Bandeira, 1975, p. 3, nota.

30. Brasil. Constituição Federal de 1946. Ver para um histórico das provisões legais com caráter antitruste nesse período, Bagnoli, 2005, p. 86-87.

Finalmente, foi aprovada a Lei nº 4.137/62, que criava, através do artigo 8º, o Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência, com a finalidade de apurar e reprimir os abusos de poder econômico. Esta legislação tinha como preocupação a repressão a cartéis, e tendo sido criada em um momento de grande instabilidade política ainda no regime parlamentarista, durante o governo Goulart, não produziu efeitos, não sendo na prática implementada.

Na Nova República a legislação de concorrência foi renovada, mantendo, no entanto, a característica anterior de definir de maneira vaga os ilícitos concorrenciais, sem criar mecanismos efetivos para repressão ao poder econômico. Mesmo assim foi aprovada uma nova regulamentação da Lei nº 4.137/62 através do Decreto nº 92.323, que revogava o Decreto nº 52.025 de 1963. Nessa década foi dado um passo importante para um marco jurídico duradouro da legislação antitruste através da aprovação na Constituição Federal de 1988, no título VII, que trata da ordem econômica, de um princípio geral que determinava a repressão do “*abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros*”.³¹

No governo Collor, no início da década de 1990, a motivação para a aprovação de uma legislação de defesa da concorrência através de Lei Ordinária e, ainda, a criação de mecanismos legais para sua implementação, foi distinta dos períodos anteriores. Como muitas medidas desse governo, a legislação antitruste aprovada nesse período foi influenciada por uma visão intervencionista, embora pretensamente *market friendly*, pela qual o executivo pretendia impor sua agenda de reforma do Estado.³²

A criação do atual Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência ocorreu durante o governo Itamar Franco, tendo Rubens Recúpero como Ministro da Fazenda. A Lei 8.884 de 11 de junho de 1994 foi promulgada quando o Plano Real estava sendo executado e fazia parte do conjunto de mudanças institucionais que marcaria a transição para uma nova ordem econômica. Sua motivação imediata era criar bases institucionais para garantir preços moderados, promovendo um ambiente competitivo, que seria compatível com uma economia com baixa inflação. A Defesa da Concorrência seria, assim, um modelo alternativo (liberal) que deveria substituir os velhos mecanismos (intervencionistas) de administração de preços. A nova legislação criou o moderno Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, em que a Secretaria de Defesa Econômica do Ministério da Justiça e a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda eram órgãos de instrução e o Cade atuava como tribunal administrativo, através de conselheiros, indicados pelo executivo, aprovados pelo Senado, com mandato fixo, e com grande autonomia para interpretar e implementar a Lei 8.884/94.

Observe-se que embora promovido na década de 1990 pela agenda liberal, o tema das políticas de concorrência não é tratado na literatura econômica apenas

31. Art. 173, parágrafo 4º, da Constituição Federal de 1988.

32. Nessa linha foi promulgada em 27/12/1990 a Lei nº 8.137, que configurava os atos contrários à ordem econômica como crime e, um pouco depois, em 9/1/1991, a Lei nº 8.158/91, normatizando, na esfera administrativa, a defesa da concorrência.

33. No Brasil, além dos trabalhos conhecidos de Moniz Bandeira, 1975 e Kurt Mirow, 1978, foram publicados no Brasil obras de cunho nacionalista que criticavam a ação de cartéis internacionais no Brasil, tais como Magalhães, 1965, Pereira, 1974 e Gasparian, 1966.

sob essa ótica. Está presente, de forma difusa, na literatura de tradição desenvolvimentista e, ainda, na crítica sobre a ação do grande capital na América Latina e no Brasil.³³ Prebisch reconhecia tanto o papel da concorrência em economias capitalistas, assim como suas limitações.³⁴ Segundo Prebisch, a concorrência deveria ser usada como instrumento de promoção do desenvolvimento. Nesse sentido ele atacava o protecionismo dos países centrais que agravava as disparidades entre renda e produtividade entre as nações e defendia o protecionismo na periferia, “*desde que não ultrapasse certos limites*”.³⁵ Além disso, vários autores da primeira geração de economistas do desenvolvimento, como Rosentein-Rodin, reconheciam que os mercados de países subdesenvolvidos eram mais imperfeitos do que nos países industriais avançados.³⁶

A ideia de que cartéis internacionais atuavam reduzindo as concorrências e promovendo sua própria agenda de investimento internacional estava presente, também, na visão de ativistas em países desenvolvidos, assim como em autores nacionalistas no Brasil.³⁷ Nessa linha, as primeiras publicações que defendem que ações anticoncorrenciais deveriam ser combatidas no Brasil, não têm enfoque liberal. Ao contrário, os livros de Moniz Bandeira (1975) e de Kurt Mirow (1976) publicados na década de 1970 tinham por objetivo estudar o funcionamento do cartéis formados por grandes empresas internacionais e que, na visão dos autores, tinham profundo impacto no funcionamento do capitalismo no país.

No entanto, na agenda liberal da década de 1990 a legislação de defesa da concorrência seria uma nova forma de regular preço, sem a intervenção direta do governo, em uma nova conjuntura econômica, com preços estabilizados.³⁸ Da mesma forma, as agências reguladoras, que surgem após 1997, em decorrência do avanço da política de privatização no Brasil, foram também criadas dentro da mesma onda de construção de instituições, para gerir um Estado reformado. Estas organizações, inspiradas no modelo norte-americano, eram estranhas à tradição jurídica brasileira e sua implantação no Brasil encontrou várias dificuldades.

Em sua forma ideal, agências reguladoras são instituições que fazem regulação por setor específico (*ex ante*), distinguindo-se de uma Agência Antitruste, que atua *ex post* aplicando a Lei de Defesa da Concorrência. Na visão da Nova Teoria Institucional, as Agências Reguladoras, assim como o Órgão de Defesa da Concorrência, deveriam ser agências de Estado mas autônomas com referência ao governo, a qual não devem estar subordinadas. No entanto, no direito brasileiro as autarquias não cumprem o mesmo papel. Sua origem é o direito italiano, e foi acolhida no Brasil para exercer, de forma indireta, funções de governo.³⁹ Ou seja, pela lei brasileira elas são órgãos de Estado, que permitem o governo cumprir suas funções de forma descentralizada.

Portanto, há uma clara indefinição sobre a natureza jurídica das agências

34. “A fully recognize the value of competition, notwithstanding the well-known fact that it is far from being prevalent”, Prebisch, 1984, p. 189.

35. Prebisch, 1984, p. 180.

36. “[...] *the markets in underdeveloped countries are even more imperfect than in developed countries*, Rosentein-Rodin, 1984, p. 211.

37. Para a visão do papel dos Cartéis Internacionais segundo os EUA, ver Fox, 2003, p. 343 e no caso brasileiro, ver Moniz Bandeira, 1975.

38. Ver a cartilha publicada pelo Cade durante a gestão de seu primeiro presidente, Gesner de Oliveira Filho, e republicada pela Editora Revista dos Tribunais, com a Legislação de Defesa Comercial e de Concorrência. Ver Marques, 2004.

39. A figura jurídica das autarquias aparecem no Brasil pelo Decreto-Lei nº 6.016 de 22 de novembro de 1943 e são definidas, atualmente, pelo Decreto-Lei nº 200/67, artigo 5º, que estabelece que essas são “*serviço autônomo criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receitas próprias, para executar atividades típicas da administração pública que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada*”.

reguladoras e da autoridade de defesa da concorrência no Brasil, na medida em que elas foram criadas como órgão de Estado, para cumprir uma função que se propunha independente do governo, em que este papel não está nitidamente previsto na tradição jurídica brasileira. Na prática, essa independência do governo teria de ser conquistada pela atuação efetiva dessas organizações e pelo reconhecimento da sociedade de seu papel no aparato público brasileiro – criando uma prática institucional, previamente, inexistente no Brasil.

Observe-se que a ideia original da criação de instituições segundo um modelo liberal nunca foi realizada no Brasil. O Cade foi aos poucos construindo uma jurisprudência que adequava princípios gerais da literatura de defesa da concorrência, particularmente, aquela da tradição pós-Chicago, às particularidades da realidade econômica brasileira.⁴⁰ Dessa forma, as decisões desse órgão não impediram um aumento de concentração econômica no Brasil que resultou da pressão concorrencial oriunda da redução das barreiras tarifárias (e, portanto, da maior contestabilidade do mercado) e da necessidade de aumentar a escala doméstica para fazer face aos desafios da globalização econômica nas duas últimas décadas.⁴¹

Embora a origem da doutrina jurídica e econômica antitruste seja norte-americana, com a difusão de legislações de defesa da concorrência no mundo, surgiram fortes tradições jurídicas sobre esses temas em outras jurisdições. No sistema norte-americano sua implementação dá-se essencialmente através de ações no âmbito do judiciário. Duas características do moderno norte-americano fazem dele um caso singular: em primeiro lugar, o caráter penal de algumas práticas anticoncorrenciais, como o cartel, cuja implementação pelo Departamento de Justiça norte-americano, tem levado a várias condenações de penas de prisão aos infratores, além de penas pecuniárias; em segundo lugar, o peso da ação privada na repressão às ações anticoncorrenciais, em virtude do princípio do valor da indenização ser três vezes superior ao dano causado (*triple-damage*).⁴² Nessa linha, o principal papel do Federal Trade Commission (FTC) que corresponde ao Cade no Brasil, está no estabelecimento do controle de fusões e aquisições e não na repressão das condutas anticoncorrenciais. Na Europa, ao contrário, a implementação das políticas de defesa da concorrência são essencialmente administrativas, realizadas pela Direção Geral (DG) de Concorrência da Comissão Europeia.

O direito de defesa da concorrência tem, no Brasil e em outras jurisdições, duas questões principais: (i) A repressão às condutas anticompetitivas, das quais a mais grave delas é a prática de cartel; (ii) Os princípios, normas e imposições legais que regem os Atos de Concentração, ou seja, as operações de aquisição ou de fusão de empresas. Dessas práticas todas as correntes econômicas reconhecem que cartéis devem ser combatidos, uma vez que sua atuação é altamente nefasta ao bem-estar dos consumidores e ao desenvolvimento econômico. Há,

40. Para uma discussão sobre a tomada de decisões no Cade, ver os depoimentos dos conselheiros tomados pelo advogado Pedro Dutra, 2009.

41. Ver sobre esse ponto interessante artigo de Amann & Baer, 2008. Observe que da mesma forma as agências reguladoras no Brasil não vêm tendo um papel de mera correção das falhas de mercado e promoção da concorrência, mas têm tido preocupações de formular modelo regulatórios compatíveis com políticas públicas de longo prazo no Brasil. Ver, para uma discussão sobre a regulação econômica no Brasil, tendo como exemplo o caso das telecomunicações, Prado, Amorelli & Britto, 2007.

42. Ver Ginsburg, 2005.

no entanto, grande dificuldade de repressão aos cartéis internacionais, na medida em que as legislações dos países industriais avançados consideram legais cartéis de exportação, os quais não afetam seus consumidores, mas os de outros países.⁴³ Por outro lado, há práticas de cooperação entre concorrentes que são legítimas e legais. Por exemplo, são legítimas políticas de coordenação econômica empreendida pelos governos como parte de uma política industrial e várias jurisdições (entre elas os EUA e a União Europeia) têm segmentos da economia que desfrutam isenções sobre questões antitrustes.⁴⁴

Ao contrário da unanimidade da doutrina quanto aos efeitos nefastos dos cartéis, a aplicação da política concorrencial na avaliação da concentração econômica, como resultado da fusão e da aquisição de empresas, é sujeita a diferentes interpretações e sua aplicação é distinta em diferentes jurisdições. Na tradição norte-americana, particularmente, na visão da abordagem de estrutura-conduta-desempenho (em oposição a uma visão menos intervencionista da escola de Chicago) é dada uma grande ênfase aos riscos da concentração econômica. Mas na Europa, principalmente na Ásia, os atos de concentração são analisados considerando-se seus efeitos dinâmicos sobre a economia.

Uma visão tradicional da legislação de defesa da concorrência como guardião do bem-estar do consumidor, com uma abordagem estática de maximização das eficiências de Pareto, pode entrar em conflito com uma estratégia de desenvolvimento que considera ser necessário combinar defesa da concorrência com políticas industrial e de comércio exterior ativas. No modelo de política antitruste recomendada pelos ideólogos das reformas liberais da década de 1990 havia uma profunda distinção entre políticas antitruste, que promoveria a concorrência e promoveria eficiência através dos mecanismos de mercado e a política industrial (ou política comercial estratégica) que aumentaria a intervenção do Estado na economia e reduziria o papel do mercado.

Outro entendimento do papel das políticas de concorrência tem sido defendido por economistas oriundos de países em desenvolvimento.⁴⁵ Nessa linha, Ajit Singh apresentou uma detalhada análise das especificidades dos países em desenvolvimento que justificam que políticas antitruste sejam aplicadas em conjunção com as políticas industriais. Um exemplo da aplicação dessa abordagem é a experiência de países com estados desenvolvimentistas, com os do Leste Asiático, que aplicam a legislação antitruste de forma complementar e não em oposição às políticas industriais. Seguindo essa interpretação, o diretor da Autoridade de Defesa da Concorrência da China-Taipé, Chih-Chung Shin, considera que a política industrial e a política de concorrência têm os mesmos objetivos, que é o de promover eficiência, embora usem instrumentos distintos e algumas vezes contraditórios.⁴⁶

Takako Ishihara, analisando o caso japonês, argumenta que a política industrial pode ser definida de duas formas: (i) como um nome genérico de políticas

43. Para conflitos entre as aplicações de políticas de concorrência e as dificuldades na convergência dessa legislação, ver Scherer, 1997.

44. Laurence J. White, 2008, relata a existência de exclusões de jurisdição para questões antitrustes nos EUA em áreas tão diversas como cooperativas agrícolas, cooperativas de pesca; seguros; associações de exportação; cooperativas e *joint ventures* de pesquisa; *Joint Ventures* de Jornais, “conferências” de transporte marítimo, etc.

45. Entre os defensores desta visão estão Ajit Singh, da Universidade de Cambridge, Robert Gilpin e Aditya Bhattacharja, 2006.

Ver o artigo de Singh, 2004 e também Gilpin, 2001, p. 192-193.

46. Ver Shin, 2005.

47. Ver também Ishihara, 2005, p. 2.

48. Takako Ishihara atribui essa ideia ao professor Y. Noguchi, que estudou o sistema econômico associado a esse tipo de visão, o chamado “Regime de 1940”. Ver NOGUCHI, Y., 1995, citado por Ishihara, 2005, p. 3.

49. Por exemplo, a política de concorrência do Japão estimulou a formação de Keiretsus, que foram fundamentais para o aumento da produtividade da indústria japonesa e para sua expansão nos mercados internacionais. Ver Gilpin, 2001, p. 163.

50. Os casos foram a fusão da empresa Belgo-Brasileira InBev com a Anheuser-Busch, proprietária da Budweiser – aprovado com restrição. A tentativa de aquisição da Coca-Cola do fabricante de suco chinês Huiyuan, que foi rejeitado. A aquisição do controle da empresa de plástico britânica Lucite International Group pela empresa japonesa Mitsubishi – que foi aprovada com restrições. Para uma análise dessas operações, ver Zhang & Zhang, 2009.

51. Há muito pouco tempo, as quatro economias em desenvolvimento de mais rápido crescimento da Ásia (China, Índia, Hong Kong e Cingapura) não tinham um sistema legal que atuasse formalmente promovendo uma legislação antitruste. Ver Ma, 2011, p. 302.

públicas relativas às indústrias e (ii) como uma definição de políticas restritas a proteger e promover indústrias.⁴⁷ Segundo a definição mais ampla, política industrial consistiria em (a) políticas relativas ao desenvolvimento da infraestrutura para as diversas indústrias; (b) políticas relativas à alocação de recursos entre indústrias, ou seja, promoção de indústrias ou ao ajustamento de indústrias e (c) políticas de organização industrial com efeitos sobre a estrutura dos mercados e a conduta no mercado de indústrias específicas. Ou seja, as políticas industriais envolveriam não apenas políticas para promover ou proteger indústrias individuais, mas também as políticas para preservar e fortalecer as bases para a economia de mercado, as chamadas políticas de concorrência.

Ishihara recorre à história da industrialização do Japão no pós-guerra para mostrar como a chamada Doutrina da Prioridade da Produção estava associada à ideia de que o aumento da produtividade e todos os setores industriais resultariam na melhoria do padrão de vida, portanto do bem-estar social dos japoneses.⁴⁸ Quando nesse período a expansão de um setor implicava redução da concorrência, resolvia-se por privilegiar o crescimento em prejuízo da concorrência.⁴⁹

A China, entre os grandes países asiáticos, é o que usa o instrumento de promoção da competição de forma mais pragmática, com princípios próprios, distintos da literatura econômica antitruste tradicional. A Lei Antimonopólio da China entrou em vigor a partir de 1º de agosto de 2008 e é implementada pelo Escritório de Concorrência do Ministério do Comércio (Mofcom). Até hoje entre os Atos de Concentração de repercussão internacional analisados pelo Mofcom, dois foram aprovados com restrição e um foi rejeitado.⁵⁰ Em todos os casos envolviam empresas estrangeiras e os princípios econômicos das restrições impostas não foram revelados.

Embora por razões teóricas o ambiente concorrencial seja um importante fator para a promoção do desenvolvimento, as evidências, que uma legislação de defesa da concorrência é, por si só, condição suficiente (ou mesmo necessária) para promover concorrência, são controversas.⁵¹ Estudos empíricos mostram que há correlação entre a existência de leis de defesa da concorrência e desempenho da economia, medida pela taxa de crescimento do PIB ou pelo crescimento da produtividade total dos fatores.⁵² Esse tipo de estudo, no entanto, não tem informações sobre a extensão e a intensidade da implementação dessa legislação e não pode estabelecer com precisão a relação entre essas leis e o crescimento econômico.

Por outro lado, um interessante estudo recente de Tay-Cheng Ma mostrou um cenário mais complexo para a relação entre legislação de defesa da concorrência e crescimento: as regressões estimadas pelo autor sugerem que quanto maior os esforços de promoção de eficiência, maior os efeitos da política de concorrência.⁵³ Ou seja, sua conclusão é de que a legislação que promove competição pode apenas prover condições para a existência de um ambiente

competitivo – mas não explica a extensão e a intensidade da concorrência. Neste caso, outras condições sociais e econômicas teriam de ser estudadas para se compreender os efeitos da legislação de defesa da concorrência na promoção do crescimento econômico.

Considerando-se esse conjunto de experiências, é inevitável que se levante a seguinte questão: na perspectiva de uma política de desenvolvimento, o que justifica no Brasil um sistema de defesa de concorrência? A resposta a essa questão é simples: há dois processos em curso, que têm efeitos sobre bem-estar da população e sobre a taxa de crescimento da economia, que necessitam desse instrumento para serem enfrentados. Esses processos são: (i) a onda de fusões e aquisições, tanto por empresas internacionais e domésticas, que tem aumentado o grau de concentração da economia brasileira;⁵⁴ (ii) a ação de cartéis internacionais e domésticos, que têm efeitos distributivos perversos, transferindo a renda do consumidor para os acionistas de grandes empresas, reduzindo os incentivos ao investimento e a diversificação de produtos.⁵⁵

Para atuar nessas duas frentes, o Cade necessita de capacidade operacional e, ainda, agir com princípios econômicos e jurídicos compatíveis com uma estratégia doméstica de promoção do desenvolvimento econômico. No caso da análise de fusões, é necessário avaliar aquelas que surgem da necessidade de se responder ao aumento da concentração internacional e os casos cujos efeitos para os consumidores domésticos ultrapassam os benefícios auferidos por aumento de eficiência.

Por outro lado, há hoje no país pouca relação e comunicação insuficiente entre as autoridades de defesa da concorrência e outros setores que atuam com políticas públicas que afetam a concorrência. Essa pouca coordenação se expressa na ausência de considerações concorrenciais para as negociações comerciais brasileiras, inclusive no que se refere a acordos tarifários. Há ainda insuficientes considerações sobre questões concorrenciais na política industrial brasileira e nos órgãos que a implementam, como o BNDES. Ou seja, qualquer formulação de uma política de defesa da concorrência para uma estratégia de desenvolvimento no Brasil, tem como ponto de partida a busca de mecanismos para maior integração entre três dimensões da política pública: a política anti-truste, a política industrial e a política de comércio exterior.

52. Ver Dutz & Hayri, 2000.

53. Ver Tay-Cheng Ma, 2011.

54. O número de Atos de Concentração analisados pelo Cade anualmente oscila entre um mínimo de 393 casos em 2005 (logo após uma mudança da jurisprudência que dava uma interpretação mais restrita ao critério de faturamento) a um máximo de 638 em 2008 (dados disponíveis no site do Cade – www.cade.gov.br). Fusões e aquisições ocorrem, em geral, em ondas, tais como o processo de globalização na década de 1990 ou os efeitos da crise internacional depois de 2008. Ver, para uma discussão sobre o efeito das fusões internacionais para os países em desenvolvimento, Ajit Singh, 2002.

55. O número de Processos Administrativos por infração à ordem econômica vem aumentando nesta década, assim como o valor das multas impostas. Por exemplo, em caso recente (setembro de 2010) foi condenado um cartel que envolvia empresas de gás industrial e cinco delas condenadas com multas totais de 2,2 bilhões de reais, todas transnacionais, entre elas empresas tradicionais, como a White Martins.

6. Conclusão

Instituições são plásticas e atendem às condições econômicas, políticas e sociais em que se desenvolvem. O sistema atual de defesa da concorrência no Brasil foi criado como parte de uma agenda neoliberal que recomendava a construção de instituições com políticas *market friendly*. O neoliberalismo militante da década de 1990 defendia retoricamente a redução do papel do Estado na economia. No campo das políticas públicas, no entanto, o que esse movimento buscava era reformar o papel do Estado para viabilizar políticas que considerava desejáveis. No entanto, essas reformas institucionais não alcançaram necessariamente os resultados pretendidos. Na área de Defesa da Concorrência essas reformas criaram bases legais para uma ação efetiva do Estado para impor limites ao poder econômico, o que ativistas, como Agamennon Magalhães, não tinham conseguido aprovar no passado. O desafio, no entanto, é usar esse sistema (e essas instituições) para políticas de desenvolvimento. Ou seja, a política antitruste deve ser um instrumento de uma política de desenvolvimento, aumentando a eficiência da política industrial e da política de comércio exterior. Nesse caso, o papel do mercado é de instrumento de uma estratégia de desenvolvimento e não de promotor exclusivo das eficiências de Pareto de uma concepção estática de bem-estar do consumidor.

As instituições importam porque o custo (e eficácia) da intervenção do Estado depende do funcionamento das instituições. Ou seja, em sociedades com instituições que têm alto grau de legitimidade e funcionam adequadamente, as ações do Estado e também o funcionamento do mercado (que é uma instituição) podem produzir resultados melhores, a custos mais baixos de tributação e de fiscalização. Mas instituições são plásticas e podem cumprir papéis diferentes, quando se alteram as condições econômicas e políticas que lhe deram origem.

As legislações de defesa da concorrência e as agências reguladoras têm papéis distintos nos países em desenvolvimento e nos países desenvolvidos. No primeiro caso, a principal função é promover o aumento do nível de investimento e maximizar o bem-estar da sociedade em um contexto dinâmico, ou seja, contribuir para a efetividade das políticas de desenvolvimento. No segundo caso, seu objetivo é mais modesto: apenas garantir o bem-estar do consumidor. Políticas antitruste devem combinar-se nos países em desenvolvimento com políticas industriais e de comércio exterior. Nesse caso, a prioridade não é promover as tradicionais eficiências alocativa ou produtiva, mas garantir os efeitos sobre a inovação e o crescimento econômico da eficiência dinâmica schumpeteriana. §

Referências bibliográficas

- AMMAN, E. & BAER, W. Neo-liberalism and Market Concentration in Brazil: The Emergence of a Contradiction? *Quarterly Review of Economics and Finance*, 48, 2008, p. 252-262.
- ARROW, K. Limited Knowledge and Economic Analysis. *American Economic Review*, LXIV, 1974, 1-10.
- BAGNOLI, V. *Introdução ao direito da concorrência*. São Paulo: Editora Singular, 2005.
- BAIN, J. S. *Industrial Organization*. Nova York: John Wiley and Sons, 1968.
- BHATTACHARJEA, A. The Case for a Multilateral Agreement on Competition Policy: A Development Country Perspective. *Journal of International Economic Law*, 9 (2), p. 293-323, 2006.
- BOAS, T. C. & GANS-MORSE. Neoliberalism: From New Liberal Philosophy to Anti-Liberal Slogan. *Studies in Comparative International Development*, Springer, nº 44, p. 137-161, 2009.
- BORK, R. *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*. Nova York: Basic Books, 1978.
- BURKI, S. J. & PERRY G. E. *The Long March*. World Bank, 1997.
- _____. *Beyond the Washington Consensus*. The World Bank Latin American & Caribbean Studies, 1998.
- CLARK, J. M. Toward a Concept of Workable Competition. *American Economic Review*, June 30, 1940, p. 241-56.
- COASE, R. The Problem of Social Cost. *Journal of Law and Economics*, III, 1960, 1-44.
- COMBARNOUS, F. & ROUGIER, E. Institutions – Socio-Economic Models and Development: An Overview of the Literature and a Methodology, mimeo., 2011.
- DAVID, P. Clio and the Economics of QWERTY. *American Economic Review*, 75(2), May, 1985.
- DAVID, P. Path dependence, its critics and the quest for historical economics. In: GARROUSTE & IOANNILES (org.), *Evolution and Path Dependence in Economic Ideas: Past and Present*, Edward Elgar Publishing, 2001.
- DEBREU, G. – *The Theory of Value*. Nova York: John Wiley and Sons, 1959.
- DUTRA, P. *Conversando com o Cade*. São Paulo: Editora Singular, 2009.
- DUTZ, M. A. & HAYRI, A. *Does More Intense Competition Lead to Higher Growth*. World Bank, Policy Research Working Paper nº 2.320, 2000.
- ERBER, F. S. As convenções de desenvolvimento no governo Lula. *Revista de Economia Política*, vol. 31, nº 1, janeiro-março de 2011.
- ERBER, F. S. Convenções de desenvolvimento no Brasil contemporâneo: um ensaio de economia política. Textos para discussão Cepal-Ipea, 2010.
- FOX, E. M. Competition Law. In: LOWNFELD, A. F., *International Economic Law*, 2003.
- GALOR, O. & WEIL, D. Population, Technology and Growth: From Malthusian Stagnation to the Demographic Transition and Beyond. *American Economic Review*, vol. 90, nº 4, setembro, 2000, p. 806-828.
- GASPARIAN, F. *Em defesa da economia nacional*. Rio de Janeiro: Ed. Saga, 1966.
- GILPIN, R. *Global Political Economy*. Princeton University Press, 2001.
- GISBURG, D. H. Comparing Antitrust Enforcement in the USA and Europe. *Journal of Competition Law and Economics*, 1(3), p. 427-439, 2005.
- GREIF, A. Historical and Comparative Institutional Analysis. *The American Economic Review*, vol. 88, nº 2, *Papers and Proceedings of the Hundred and Tenth Annual Meeting of the American Economic Association*, May, 1998, p. 80-84.
- HADFIELD, G. K. *The Quality of Law in Civil Code and Common Law Regimes: Judicial Incentives, Legal Human Capital and the Evolution of the Law*. American Law and Economics Association Annual Meetings, paper 40, 2006.
- HAYEK, F. A. The use of Knowledge in Society. *American Economic Review*, XXXV, p. 519-530, 1945.
- HEERTJE, A. From Schumpeter to Stiglitz. *Journal of Evolutionary Economics*, Springer-Verlag, 1997.
- HILDEBRAND, D. *The Role of Economic Analysis in the EC Competition Rules*. Kluwer Law International, 2nd ed, 2002.
- HOVENKAMP, H. Schumpeterian Competition and Antitrust. *Competition Policy International*, 4, 2008.
- ISHIHARA, T. *Industrial Policy and Competition Policy*. Trabalho apresentado no “12th Technical Training course on the Antimonopoly Act and Competition Policy, agosto/setembro de 2005, Osaka and Tokyo, Japan, disponível em <http://www.jftc.go.jp/eacpf/05/jicatext2/0826Ind.pdf>, acesso em 2/7/2011.
- KHALIL, E. L. Why Europe? A Critique of Institutional and Culturalist Economics. *Journal of Economic Surveys*, Blackwell, Oxford, UK, 2010, doi:10.1111/j.1467-6419.2010.00654.x.
- KOVACIC, W. E. & SHAPIRO, C. Antitrust: A Century of Economic and Legal Thinking. *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14, nº 1, Winter 2000, p. 43-60.
- KRUGMAN, P. Toward a Counter-Counterrevolution in Development Theory. *Proceedings of the World Bank Annual Conference on Development Economics*, 1992, publicado em março de 1993.
- LEVENSTEIN, M. & SUSLOW, V. *Private International Cartels and Their Effect on Developing Countries*, Background Papers for World Bank's World Development Report, 2001.
- MA, Tay-Cheng. The Effect of Competition Law Enforcement on Economic Growth. *Journal of Competition Law & Economics*, 7 (2), p. 301-324, January, 2011.
- MAGALHÃES, P. G. *A nova liberdade — combate aos trustes e cartéis*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1965.
- MARQUES, F. O. (org.). *Legislação de defesa comercial e da concorrência*. Editora Revista dos Tribunais, 5ª ed., 2004.
- MARSHALL, A. *Principles of Economics*. Macmillan, 1890.
- MASON, E. S. Price and Production Policies of Large-scale Enterprise. *American Economic Review*, 29, p. 61-79, March 1939.
- MCCRAW, T. K. Joseph Schumpeter on Competition. *Competition Policy International*, 4, 2008.
- MEIER, G. & SEERS, D. (org.). *Pioneers in Development*. World Bank & Oxford University Press, 1984.
- MIROW, K. R. *A ditadura dos cartéis: anatomia de um subdesenvolvimento*. Civilização Brasileira, 1978.
- MIROWSKI, P. & PLEHWE, D. (org.). *The Road from Mont Pèlerin*. Harvard University Press, 2009.
- MONIZ BANDEIRA. *Cartéis e desnacionalização — a experiência brasileira: 1964-1974*. Civilização Brasileira, 1975.
- NOGUCHI, Y. *1940 nen Taisei* (O regime de 1940). Toyo Keizai Sinpo-sha, Tokyo, Japan.
- NORTH, D. *Institutions, Institutional Change and Economic Performances*. Cambridge University Press, 1990.
- NORTH, D. *Structure and Change in Economic History*. New York: Norton, 1981.

- PEREIRA, O. D. *Multinacionais no Brasil*. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1974.
- PIGOU, A. C. *The Economics of Welfare*. London: Macmillan, 1920.
- PRADO, L. C. D.; AMORELLI, M. & BRITTO, T. Mercado convergente de serviços de telecomunicações e serviços de valor adicionado: problemas jurídicos e econômicos para fomentar a concorrência e a inovação tecnológica no Brasil. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações (RDIT)*. Belo Horizonte: Editora Fórum, nº 2, jan-jun, 2007, p. 151-176.
- PREBISCH, R. Five Stages in My Thinking on Development. In: MEIER & SEERS, D. (org.). *Pioneers in Development*, World Bank & Oxford University Press, 1984.
- ROSESTEIN-RODAN, P. N. Nature Facit Saltum: Analysis of the Disequilibrium. In: MEIER & SEERS, D. (org.). *Pioneers in Development*, World Bank & Oxford University Press, 1984.
- _____. Problems of Industrialization of Eastern and South-Eastern Europe. *Economic Journal*, vol. 53, June-September 1943.
- SCHERER, F. M. Competition Policy Convergence: Where Next? *Empirica*, 24, p. 5-19, Kluwer Academic Publisher, Netherlands, 1997.
- SCHUMPETER, J. A. *Capitalism, Socialism and Democracy*. Publicado originalmente em 1942, por Harper & Brothers, reprint, edição Harperperennial, HaperCollins, 2008.
- _____. *Development*, Festschrift offered to Emil Lederer in Honour of his 50th birthday on 22 July, 1932 (unpublished). Translate by Becker, M. & Knuden, T., disponível em www.schumpeter.info.
- SHIN, Chih-Chung. *Interrelations Between Competition Policy and Industrial/Development Policies*. Paper for the Second East Asia Conference on Competition Law and Policy, Bogor, Indonesia, 3-4 April, 2005.
- SIDAK, J. G. & TEECE, D. J. Dinamic Competition in Antitrust Law. *Journal of Competition Law & Economics*, 5(4), p. 581-631, November 2009.
- SINGH, A. Multilateral Competition Policy and Economic Development: A Developing Country Perspective on the European Community Proposals. *Unctad Series on Issues in Competition Law and Policy*. United Nations, Geneva, 2004.
- _____. Competition and Competition Policy in Emerging Markets: International and Developmental Dimensions. *G24 Discussion Paper Series*, Unctad & Center for International Development-Harvard University, nº 18, New York & Geneva, September, 2002.
- STIGLER, G. J. Perfect Competition, Historically Contemplated. *Journal of Political Economy*, 65, 1957.
- STIGLITZ, J. E. The Contributions of the Economics of Information to Twentieth Century Economics. *The Quartely Journal of Economics*, vol. 115, nº 4, p. 1441-1478, 2000.
- _____. *The Economic Role of the State*. Basil Blackwell, Oxford.
- _____. *Whither Socialism?* MIT Press, Cambridge, EUA, 1994.
- Unctad. *World Investment Prospect Survey 2009-2011*. United Nations, New York and Geneve, 2009.
- WHITE, L. *Antitrust Policy and Industrial Policy: A View from the US*. Reg-Market Center, AEI Center for Regulatory and Market Studies, Brooking Joint Center, 2008.
- WILLIAMSON, J. *The Washington Consensus as Policy Prescription for Development*. A Lecture in the series "Practitioners of Development" delivered at the World Bank on January 13, 2004.
- _____. 1990. *Latin American Adjustment: How Much Has Happened?* Washington: Institute for International Economics.
- World Bank. *World Development Report: The Challengers of Development*, World Bank and Oxford University Press, Washington, DC, and New York, 1991.
- _____. *World Development Report: Building Institutions for Markets*. World Bank and Oxford University Press, Washington, DC, and New York, 2002.
- ZHANG, X. & ZHANG, V. Y. Chinese Merger Control: Patterns and Implications. *Journal of Competition Law and Economics*, 6(2), p. 477-496, 2008.