

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO PARANÁ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO - PPGD
MESTRADO**

CRISTINA MALASKI ALMENDANHA

**CONCORRÊNCIA SUSTENTÁVEL:
UMA VISÃO A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

CURITIBA

2014

CRISTINA MALASKI ALMENDANHA

**CONCORRÊNCIA SUSTENTÁVEL:
UMA VISÃO A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

Orientador: Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves

CURITIBA

2014

CRISTINA MALASKI ALMENDANHA

**CONCORRÊNCIA SUSTENTÁVEL:
UMA VISÃO A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de mestre.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Oksandro Osdival Gonçalves - orientador
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof^a. Dra. Márcia Carla Pereira Ribeiro – membro interno
Pontifícia Universidade Católica do Paraná

Prof^a. Dra. Ana de Oliveira Frazão – membro externo
Universidade de Brasília

Curitiba, 28 de fevereiro de 2014.

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço a Deus, pelos bons caminhos que tenho trilhado até aqui.

À José Eliandro Almendanha pelo enorme apoio, em todos os momentos e por ser essa pessoa tão especial em minha vida.

À minha mãe, Lurdes, pelo apoio de sempre.

Em especial, ao meu orientador, professor Oksandro Gonçalves, pela perfeita orientação e por todo conhecimento que compartilhou comigo.

À PUC, instituição que me acolheu nesses estudos.

À CAPES, pelo financiamento do trabalho, sem o qual a caminhada teria sido muito mais difícil.

À todos que colaboraram com a realização desse estudo.

"O argumento mais imediato em favor da liberdade de transações de mercado baseia-se na importância fundamental da própria liberdade (...). Negar essa liberdade seria, em si, uma grande falha da sociedade".

Amartya Sen

RESUMO

O presente estudo se dedica à demonstração de que existe um elo entre concorrência e sustentabilidade, relação que se estabelece a partir da leitura desses institutos sob a ótica da análise econômica do direito (AED). O que caracteriza uma concorrência sustentável? Por que a análise econômica do direito é o ponto de partida para a identificação e aplicação da concorrência sustentável? A resposta a essas indagações impõe a abordagem dos conceitos de eficiência e custos de transação, principal objeto de estudo da AED, além do estudo de temas como desenvolvimento econômico e mercado, sem se descuidar da importância da empresa e do conceito de sustentabilidade. O mercado será mais eficiente na medida em que forem reduzidos os custos de transação, o que propiciará o aumento do número de negociações. Esses custos de transação, todavia, vão além do aspecto financeiro, englobando todo um conjunto de atos preparatórios e de monitoramento das contratações, ao que se pode denominar custos *ex ante* e custos *ex post*. A aplicação dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência não afasta a necessidade de que os competidores do mercado sejam monitorados pelo Estado, especialmente por intermédio de políticas antitruste eficientes. A conduta desses *players* tende a ser racional maximizadora, já que suas escolhas sempre são antecedidas da ponderação entre os custos e os benefícios de cada alternativa. As condutas escolhidas são sempre aquelas que propiciam maior bem-estar. Embora não haja um conceito pronto e acabado para definir empresa, nota-se que se está diante de uma nova empresarialidade, cujo escopo deixou de ser tão somente o lucro, para comportar uma preocupação cada vez maior com a responsabilidade social. A empresa ficou mais dinâmica e aliada a essa dinamicidade a sustentabilidade empresarial ganha força, especialmente no cenário concorrencial, onde mais se verifica a prática de condutas tendentes a gerar desenvolvimento - e não só crescimento - econômico. Com vistas ao desenvolvimento sustentável deve-se preservar e incentivar a rivalidade interna entre as empresas, não se descuidando do escopo principal que deve ser a busca por um ambiente concorrencial sadio e equilibrado, em que o exercício da liberdade conduza os agentes à adoção de práticas concorrenciais sustentáveis, visando causar o menor número possível de lesões à sociedade e propiciar o máximo de desenvolvimento.

Palavras-chave: Concorrência. Desenvolvimento. Sustentabilidade. Análise Econômica do Direito.

ABSTRACT

The current study dedicates to demonstrate that there is a link between competition and sustainability, a relationship that is established from the reading of these institutions from a economic analysis of law (EAL) view. What characterizes a sustainable competition? Why is the economic analysis of law the starting point for the identification and enforcement of sustainable competition? The answer to these inquiries imposes the efficiency and costs of transaction concepts of approach, the main study object of the EAL, also the study of themes such as market economic development, without neglecting the importance of the enterprise and of the sustainability concept. The market will be more efficient as the transition costs are reduced, which will provide the increase in negotiation figures. These transaction costs, however, go further than the financial aspect, encompassing a whole set of preparatory acts and contracts monitoring, to what can be called ex ante costs and ex post costs. The use of the free initiative and of free competition principles does not remove the need of having the State monitoring the market competitors, especially by means of efficient antitrust policies. These players behavior tends to be maximizing rational, given that their choices are always preceded by weighing the costs and benefits of each alternative. The chosen behaviors are always those that provide the greatest well-being. Although company does not have a ready and defined concept, you can note that it is in front a new entrepreneurship, in which profit is no longer the sole scope, to also bear an increasing concern with social responsibility. The company became more dynamic and allied to this dynamics the business sustainability gains strength, especially on the competition scene, where most of the practices and conducts that tend to generate economic development, and not only growth, are verified. Aiming the sustainable development, one must preserve and encourage the internal competition among companies, not neglecting the mains scope that is the search for a healthy and balanced competition environment, where the exercise of freedom conducts the agents to the adoption of sustainable competition practices, aiming to cause the least possible number of damages to society and provide maximum development.

Key-words: Competition. Development. Sustainability. Economic Analysis of Law.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AED - Análise Econômica do Direito

CADE - Conselho Administrativo de Defesa Econômica

CF - Constituição Federal

IDH - Índice de Desenvolvimento Humano

ISE - Índice de Sustentabilidade Empresarial

PIB - Produto Interno Bruto

PNBE - Pensamento Nacional das Bases Empresariais

PNUD – Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento

SBDC - Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência

SEAE - Secretaria de Acompanhamento Econômico

SUMÁRIO

RESUMO.....	6
ABSTRACT.....	7
LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS.....	8
1 INTRODUÇÃO.....	10
2 A PROXIMIDADE ENTRE DIREITO E ECONOMIA.....	12
2.1 O QUE SE ENTENDE POR "ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO"?.....	12
2.2 AED E SEUS PRINCIPAIS PRESSUPOSTOS: EFICIÊNCIA E CUSTOS DE TRANSAÇÃO.....	20
2.2.1 Eficiência.....	20
2.2.2 Custos de transação.....	28
2.3 MERCADO E EMPRESA SOB A PERSPECTIVA DA AED.....	32
2.3.1 O mercado.....	32
2.3.2 A empresa.....	41
2.4 A ECONOMIA DE MERCADO NA VISÃO DE KARL POLANYI.....	49
3 AED E A CONCORRÊNCIA ENTRE EMPRESAS.....	54
3.1 A IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA.....	54
3.2 LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA.....	62
4 DESENVOLVIMENTO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO.....	72
4.1 CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO.....	72
4.2 DESENVOLVIMENTO E CRESCIMENTO: DISTINÇÃO NECESSÁRIA.....	78
4.3 AMARTYA SEN E O DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE.....	82
4.4 DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE.....	88
5 CONCORRÊNCIA E SUSTENTABILIDADE: AS CONTRIBUIÇÕES DA AED....	96
5.1 A POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA.....	96
5.2. CONCORRÊNCIA SUSTENTÁVEL E SEUS CUSTOS.....	107
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	116
REFERÊNCIAS.....	120

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo pretende demonstrar o elo existente entre a concorrência e a sustentabilidade, relação que se estabelece a partir de uma leitura desses institutos sob o prisma da análise econômica do direito (AED).

O que caracteriza uma concorrência sustentável? Por que a AED é o ponto de partida para a identificação e aplicação da concorrência sustentável? Qual é o custo da sustentabilidade?

Partindo da análise dos dois principais objetos de estudo da AED - os custos de transação e a eficiência – chega-se à resposta de duas das principais indagações deste trabalho: a) Quanto custa ser sustentável? b) Em que medida a eficiência contribui com a sustentabilidade no âmbito concorrencial?

Além dessa abordagem, não se pode deixar de tratar dos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência, mote central do ordenamento jurídico quando se fala em competição no mercado. As empresas têm liberdade para desenvolver suas atividades e também para competir com seus pares no ambiente econômico. Mas ambas as situações – de livre início da atividade e de livre competição – encontram óbices no próprio sistema jurídico, ante a necessidade de preservação de interesses maiores, como o desenvolvimento econômico de um dado país ou região.

Nesse contexto, outra questão é posta em análise: qual é a relação entre crescimento e desenvolvimento? Que tipo de vínculo existe entre desenvolvimento e liberdade? Essa última relação pode ser vista sob dois ângulos: tanto se pode afirmar que o desenvolvimento propicia liberdade, quanto o inverso, no sentido que para se desenvolver (um país, uma região ou um dado mercado, por exemplo) é preciso ser livre.

Certo é que, independentemente da liberdade de concorrência consagrada como princípio constitucional, o Brasil possui uma lei antitruste, recentemente reformulada, destinada a pautar as condutas daqueles que concorrem e também tutelar os interesses dos que são atingidos pelos efeitos da concorrência. Sob um ponto de vista ou outro, inegável que a atuação do Estado é necessária.

Tanto é assim que a Constituição Federal elenca a livre concorrência como princípio norteador da ordem econômica, ao mesmo tempo em que impõe ao Estado o dever de reprimir o abuso do poder econômico que vise promover a dominação

dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento dos lucros de forma arbitrária. A legislação antitruste encontra nesse cenário o escopo de sua existência.

A reformulação da lei no ano de 2011 teve por principal intuito tornar a norma mais eficiente, tanto que a estrutura do CADE foi modificada e critérios novos de análise foram introduzidos com vistas a melhor atender à função para a qual foi criado.

A idéia de eficiência repercute fortemente no estudo da sustentabilidade concorrencial, porque falar em concorrência sustentável pressupõe a adoção, pelos *players* do mercado, de condutas que os levem a uma posição melhor do que a que têm hoje ou, no mínimo, que os mantenham onde estão.

Assim, cabe à empresa saber lidar com os custos de transação inerentes à sua atividade, de modo a compensar eventuais perdas que tiver, com os ganhos advindos de suas negociações. Aqui o conceito de eficiência de Kaldor-Hicks, diferente daquele de Pareto, em que a eficiência se verifica apenas na medida em que se melhora a situação de alguém sem piorar a de outrem.

Essa eficiência que pressupõe a compensação das perdas e ganhos ao invés de somente evitar prejuízos é a que mais se adéqua ao presente estudo, porque melhor se coaduna com o conceito de sustentabilidade no âmbito concorrencial, especialmente pela dinamicidade do mercado, local propício para a ocorrência de perdas e ganhos com certa constância.

Possível dizer, então, que a concorrência vista sob o enfoque da AED tem condições de ser sustentável e essa sustentabilidade deve ser desejada pelos agentes econômicos, já que resulta do adequado manejo dos custos de transação suportados pela empresa e das medidas que ela adota em prol da eficiência de seus processos produtivos e resultados no mercado.

2 A PROXIMIDADE ENTRE DIREITO E ECONOMIA

2.1 O QUE SE ENTENDE POR "ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO"?

Uma das primeiras tentativas de aproximação entre o direito e a economia decorreu dos esforços do inglês Jeremy Bentham e do italiano Cesar Beccaria. Curioso notar que na obra deste último (*Dei Delitti e Delle Pene*, de 1764) foi pela primeira vez retratada a imposição de sanções jurídicas não apenas como meios de punição, mas como desincentivos à prática de crimes (intimidação)¹.

A análise econômica do direito (AED) iniciou seu desenvolvimento nos países da Common Law, expandindo-se, a partir daí, para os países da Civil Law, especialmente a Europa². No Brasil a AED ainda não possui a significância que adquiriu em outros países, mas vem sendo cada vez mais aplicada no ordenamento jurídico como ferramenta para a aquisição de melhores resultados.

À Jeremy Bentham atribui-se o desenvolvimento das idéias iniciadas por Beccaria e o surgimento da corrente teórica a que se chamou utilitarismo, tido como pilar estruturante da AED³.

Nascido na Inglaterra do século XVIII, o utilitarismo - que tem entre seus principais teóricos o inglês Stuart Mill - pressupõe que as ações devem ser praticadas conforme sua utilidade, de maneira que somente sejam concretizadas as atitudes que repercutam resultados práticos, como a tranqüilidade e a felicidade, ao maior número de pessoas possível. Pela teoria utilitarista as ações são corretas na medida em que promovam a felicidade e incorretas enquanto afastam o indivíduo da felicidade.

Quando Stuart Mill afirma que "o trabalho, que culmina na produção de um artigo apto para algum uso, é aplicado ou diretamente à coisa ou em operações prévias destinadas a facilitar as operações subseqüentes"⁴, torna evidente o

¹ CARVALHO, Cristiano. **A análise econômica do direito tributário**. Disponível em: <<http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/18.pdf>>. Acesso em 4 jan. 2014.

² TOMAZETTE, Marlon. A viabilidade da análise econômica do direito no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 75, jul. 2007. Disponível em: <<http://revistadoistribunais.com.br>>. Acesso em: 3 out. 2013.

³ CARVALHO, Cristiano, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴ MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1986, p. 49.

utilitarismo característico de sua teoria. Dessas breves linhas transcritas apreende-se: a) que o trabalho deve ter por utilidade produzir algo; b) que toda coisa é produzida para algum uso, logo, deverá ter alguma utilidade; c) o trabalho pode aplicar-se à própria coisa produzida ou para outras operações tendentes a facilitar novas operações.

Na visão de Mill, o trabalho produz três utilidades distintas: a) as utilidades fixas e incorporadas em objetos externos que pelo trabalho tornam-se úteis aos indivíduos; b) utilidades fixas e incorporadas aos seres humanos e que através do trabalho ganham qualidades que as tornam úteis a si mesmos e aos outros, a exemplo do trabalho dos médicos e educadores; c) utilidades não fixas ou incorporadas a algum objeto, que configuram simples serviço prestado e cujo trabalho empregado não tem o compromisso ou a intenção de adequar ou transformar as coisas para proporcionar uma utilidade, a exemplo do trabalho do músico ou do ator⁵.

Ainda, a partir de uma descrição utilitarista, poder-se-ia afirmar que as pessoas são tratadas como iguais quando os bens e as oportunidades são distribuídos de modo a maximizar a utilidade média entre eles.

Na visão de Ronald Dworkin, porém, os indivíduos somente são tratados como iguais quando uma parcela igual dos recursos da comunidade é dedicada à vida de cada um⁶.

Considerando o escopo do presente trabalho, relega-se a outra oportunidade a abordagem desse confronto teórico entre a doutrina do utilitarismo e os pensamentos de Dworkin, conhecido por suas críticas à AED.

Oportuno, no entanto, dizer que a moderna AED surgiu com os trabalhos do professor da Universidade de Yale, Guido Calabresi e do professor da Universidade de Chicago, Ronald Coase, autor do artigo denominado *The Problem of Social Cost* e vencedor do prêmio Nobel de Economia no ano de 1991.

Além de Coase e Calabresi, outros nomes também merecem destaque pela sua contribuição para o desenvolvimento da AED, especialmente em áreas do direito, como a responsabilidade civil e os direitos de propriedade. Conforme

⁵ MILL, *op. cit.*, p. 62.

⁶ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luis Carlos Borges. 2 ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 34.

apontado por Juan Torres Lopez:

*El Nuevo Análisis Económico Del Derecho tiene su origen en los años sesenta tras La publicación de tres importantes contribuciones que se convertirán en el inicio de toda la literatura posterior: los artículos de R. COASE (1960) sobre el coste social, en el que por primera vez se ponen en cuestión las tesis pigouvianas sobre la intervención del Estado, el de G. CALABRESI (1961) sobre el sistema de responsabilidad civil y el trabajo de A.A ALCHIAN (1961) sobre los derechos de propiedad*⁷.

A AED traduz-se pela aplicação do instrumental analítico e empírico da economia, em especial da microeconomia e da economia do bem-estar social, para o fim de compreender, explicar e prever as implicações fáticas e a lógica (racionalidade) do ordenamento jurídico⁸. Trata-se da tentativa de compreensão do direito no mundo e do mundo no direito por intermédio de uma abordagem econômica⁹.

A aplicação da economia no direito não é questão nova ou controversa; cada vez mais novos e controversos são os problemas do mundo jurídico nos quais a economia está sendo aplicada¹⁰.

Na sua forma clássica a AED era visualizada a partir de duas perspectivas¹¹: a positiva (ou descritiva¹²), cujo enfoque é a forma como se dão as trocas econômicas num mercado e cuja teoria pretende tornar previsível o comportamento desse mercado; e a normativa, destinada à proposição do que seria melhor no ambiente econômico, a partir de juízos de valor subjetivos.

Na visão de Richard Posner, embora essa abordagem normativa tenha sido um passo importante dado pela AED, a adoção da perspectiva positiva - por sua

⁷ LOPEZ, Juan Torres. **Análisis económico del derecho**: panorama douctrial. Madri: Tecnos, 1987, p. 22.

⁸ GICO JUNIOR, Ivo. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. Disponível em: <<http://www.abde.com.br/.../54>>, p. 15. Acesso em 12 dez. 2013.

⁹ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁰ POSNER, Richard A. **Economic analysis of law**. Little, Brown and Company: EUA, 1977, p. 15.

¹¹ Sobre a existência dessas duas perspectivas, Cristiano Carvalho exemplifica dizendo que sob o olhar da AED positiva é correto afirmar que a tributação excessiva gera incentivos à informalidade, ao passo que sob a visão normativa, chega-se à afirmação de que a carga tributária deve ser reduzida. In: CARVALHO, Cristiano. **A análise econômica do direito tributário**. Disponível em: <<http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/18.pdf>>. Acesso em 4 jan. 2014.

¹² TOMAZETTE, op. cit., loc. cit.

função de explicar as regras e os resultados do sistema legal - foi ainda mais importante, vez que nas mais diversas áreas do direito comum, como a responsabilidade civil, a propriedade e os contratos, pôde ser visualizado o "carimbo" do raciocínio econômico¹³.

Essas duas perspectivas - positiva e normativa - formaram duas escolas da chamada *Law and Economics*: a Escola Positivista, vinculada à Universidade de Chicago e a Escola Normativista, atrelada à Universidade de Yale. Da mistura dessas duas sobreveio a escola dita Funcional, fortemente ligada à Universidade da Virgínia¹⁴.

Sob a perspectiva positiva a AED descreve como a economia funciona, ao passo que a partir da visão normativa, são feitas prescrições sobre como a economia deveria funcionar¹⁵. A análise positiva usa a economia para dizer como as coisas são no direito, sem qualquer preocupação com o futuro ou sobre como as coisas deveriam ser:

Nessa análise, sustenta-se uma superioridade do regime da Common Law sobre o regime da Civil Law, especialmente porque naquele a eficiência é o fator predominante para a criação da regras, para os procedimentos e para as instituições legais. Afirma-se que os grandes ramos do direito, especificamente na Common Law - propriedade, responsabilidade civil e contratos -, devem ser compreendidos como um sistema que persegue a eficiência, no sentido de Pareto, de Kaldor-Hicks ou mesmo no sentido da maximização. A eficiência é usada para explicar as regras legais e as decisões judiciais, sem se preocupar em analisar se a regra é a melhor, tenta-se apenas assegurar o máximo de eficiência¹⁶.

Pela abordagem da análise normativa promove-se a avaliação das regras jurídicas existentes, com o escopo de atribuir-lhes maior eficiência econômica:

Neste tipo de análise, não se usa a eficiência como uma teoria para explicar como as regras surgiram, mas usa-se a eficiência como um fundamento para propor como as regras devem ser. Acredita-se na necessidade de uma permanente intervenção legal para corrigir as distorções de atuação dos sujeitos de direito¹⁷.

¹³ POSNER, Richard A. **Economic** ..., *op. cit.*, p. 18.

¹⁴ JOBIM, Eduardo; TIMM, Luciano Benetti. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 80-97, 2007.

¹⁵ CARVALHO, Cristiano. *Op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶ TOMAZETTE, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

Ronald Dworkin teceu críticas importantes a essa visão normativa da AED, no sentido de que maximizar a riqueza social não faz nenhum sentido como objetivo social, além de considerar absurdo supor que a riqueza social seja um componente do valor social¹⁸.

Além disso, rebatendo a ideia de Calabresi, segundo a qual a busca pela eficiência encontra na justiça o seu limitador, Dworkin afirma que não faz sentido dizer que a justiça deve operar como um veto à busca da riqueza social¹⁹. Assim, se para Calabresi a eficiência só tem lugar se os procedimentos para alcançá-la forem justos²⁰, para Dworkin essa premissa não encontra respaldo, especialmente porque, na sua visão, os indivíduos não se preocupam com a justiça e com a riqueza social - esta desenhada a partir da eficiência de Pareto - limitando-se a cuidar de seus destinos pessoais.

Para além dessa distinção entre as perspectivas, nota-se a existência de dois ramos distintos para a AED, amparados nos estudos de Adam Smith e Jeremy Bentham:

(...) o primeiro originário de Adam Smith e que tem por objeto as leis que regulam os mercados explícitos, desenvolvido com o amadurecimento da economia como ciência e a expansão da regulação governamental do mercado; o segundo resultante do trabalho de Jeremy Bentham, tendo por objeto as leis que regulam comportamento alheio ao mercado, enfatizando que Bentham foi um dos primeiros e, até há pouco, um dos poucos pensadores que acreditou que as pessoas agiam como maximizadoras racionais de seu próprio interesse em qualquer aspecto da vida e “acreditava que o modelo econômico, que para alguns é o desenvolvimento das implicações de assumir que as pessoas são maximizadoras racionais”, era aplicável a todo tipo de atividade humana, ao invés de confinar-se a mercados explícitos²¹.

Dada a diversidade de autores e também em razão da própria diversidade de critérios adotados, a AED passou a ser explicada e estudada a partir de várias vertentes. De modo geral, todavia, parte da premissa de que as normas devem ser

¹⁸ DWORKIN, *op. cit.*, p. 34.

¹⁹ *Ibidem*, p. 36.

²⁰ A esse respeito, confira-se: CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents**. A Legal and Economic Analysis. New Haven: Yale University Press, 2008.

²¹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 55, jul./dez. 2006.

planejadas de modo a propiciar o máximo de bem-estar para o maior número de pessoas. Além disso, implica que os ganhos obtidos compensem as perdas, estas sempre inerentes às relações sociais e econômicas.

Pressupõe, ainda, que na realização de qualquer transação entre as pessoas ou empresas, ambas as partes tenham conhecimento mútuo relativamente a aspectos como disposição para negociar, condições da negociação, interesse na barganha, riscos de inadimplemento etc.

Na visão da AED, todo esse processo de conhecimento entre os negociantes implica em majoração dos custos de transação²², que são justamente aqueles custos nos quais incorrem os agentes sempre que precisam realizar alguma operação, valendo ressaltar que esses custos, além de não guardarem correspondência direta com a questão financeira, também são verificáveis em momento anterior e posterior às transações, já que afetos tanto à preparação quanto à manutenção e encerramento das transações, a exemplo do acompanhamento da execução de um contrato.

Em última análise, a AED representa "a aplicação da teoria econômica e dos métodos econométricos para examinar a formação, a estrutura, os processos e o impacto do direito e das instituições legais"²³. Representa, pois, uma tentativa de explicar o comportamento dos indivíduos frente às regras e seus efeitos na obtenção de resultados eficientes²⁴. O direito influencia o comportamento dos indivíduos e esta influência possui natureza econômica:

O direito influi nos comportamentos através de duas formas: pela primeira, fixa preços para determinadas condutas, porquanto responsabilidade e obrigação, é o preço de conduzir-se de determinada forma e, pela segunda, fixa o direito na medida em que sanciona determinada estrutura de direitos, o que tem influência na eficiente alocação de recursos na sociedade.

Da mesma forma que a economia, o estudo do direito desde a perspectiva econômica admite o enfoque descritivo ou explicativo e normativo. Noutros termos, pode utilizar-se a análise econômica para explicar o que foi o direito (Posner) e para explicar o que deve ser (Calabresi), vale dizer, como a sociedade pode controlar de forma ótima o nível dos acidentes adotando normas institucionais baseadas em critérios econômicos²⁵.

²² COASE, Ronald. The problem of the social costs. **Journal of Law and Economics** (October 1960).

²³ TOMAZETTE, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁴ ALVAREZ, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

A relação tão próxima entre o direito e a economia pode ser demonstrada a partir de várias situações cotidianas. Assim, por exemplo, tem-se a situação com que se depara o juiz no momento de estimar os lucros cessantes e os danos emergentes da destruição de um carro de um taxista por um motorista bêbado. Nessa hipótese o magistrado precisará se socorrer da teoria econômica para realizar tais cálculos²⁶. A análise que terá de fazer do caso, para proferir uma decisão eficiente e justa, passa pela análise econômica do caso em apreço.

Isso porque, a economia - como ciência que trabalha com as escolhas humanas num mundo em que os recursos são limitados se comparados à amplitude dos desejos do indivíduo - tem a função de explorar e testar as implicações das escolhas do homem como ser racional maximizador de seus próprios objetivos e interesses²⁷.

De igual modo ocorre com o direito concorrencial e regulatório, que exige do operador um conhecimento razoável do ferramental econômico²⁸. Cita-se, a título de exemplo, o debate acerca da configuração ou não de uma infração à ordem econômica e a decisão sobre a implementação ou não de um esquema de controle de preços para determinado setor regulado. Em ambos os casos é imprescindível algum conhecimento prévio sobre AED.

Destaque-se, porém, que a AED vai além dessas preocupações e relações diretas entre direito e economia²⁹.

A análise de situações afetas ao direito da concorrência, por exemplo, apenas sob o prisma do direito ou tão somente pelo enfoque da economia, pode acarretar graves distorções da realidade e lesionar de forma significativa o mercado, o desenvolvimento econômico e os particulares envolvidos³⁰.

Por essa razão é que se faz necessário enxergar o direito sob as lentes da economia, garantindo a interdisciplinaridade que a seara concorrencial requer,

²⁶ GICO JUNIOR, *op. cit.*, p. 16.

²⁷ POSNER, Richard A. **Economic** ..., p. 3.

²⁸ GICO JUNIOR, *op. cit.*, p. 16.

²⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁰ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 87.

especialmente no âmbito do Poder Judiciário, fase na qual se evidencia a necessidade de intervenção do Estado, além da atuação que já exerce quando regulamenta mercados e fiscaliza determinados tipos de atividade econômica através do CADE.

Na verdade, como qualquer ciência, a AED também atribui validade e utilidade à distinção, epistemológica e pragmática, entre o que é (positivo) e o que deve ser (normativo), sendo que a primeira proposição relaciona-se a um critério de verdade e a segunda a um critério de valor³¹. Como explica Ivo Gico Júnior:

A ideia aqui é que há uma diferença entre o mundo dos fatos que pode ser investigada e averiguada por métodos científicos, cujos resultados são passíveis de falsificação – o que chamamos de análise positiva – e o mundo dos valores, que não é passível de investigação empírica, não é passível de prova ou de falsificação e, portanto, não é científico, que chamaremos de análise normativa³².

A AED contribui para prever as possíveis conseqüências das regras jurídicas e como estas influenciam os atores sociais em cada caso, trazendo o fenômeno jurídico para o centro do debate e permitindo ao profissional do direito a compreensão dos prováveis efeitos advindos das diferentes posturas legais³³.

Sua pretensão é, portanto, de superar os limites entre o direito e a economia sem, contudo, enaltecer a prevalência de um sobre o outro. Trata-se, em verdade, de um diálogo antigo entre as duas ciências, notoriamente no campo dos contratos, propriedade e responsabilidade civil.³⁴

Deve-se considerar o ambiente normativo no qual os agentes atuam para “não correr o risco de chegar a conclusões equivocadas ou imprecisas, por desconsiderar os constrangimentos impostos pelo Direito ao comportamento dos agentes econômicos”, pois essa análise conjunta “tem relevância por possibilitar entendimento mais profundo da realidade, permitindo o emprego de aparato

³¹ GICO JUNIOR, *op. cit.*, p. 16.

³² *Ibidem*, *loc. cit.*

³³ SALAMA, Bruno M. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em 1 jul. 2012, p. 10-11.

³⁴ SZTAJN, Rachel. Law and economics. In: ZYLBERSZTAJN, Decio; _____ (org.). **Direito e economia**. Análise Econômica do direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.

metodológico profícuo para a discussão crítica de temas de interesse social”³⁵.

Sob a perspectiva da AED, o mercado será mais eficiente se houver redução dos custos de transação, o que permitirá o aumento do número de negociações. Assim, por exemplo, se a poluição de um rio por uma fábrica ocasiona a morte de peixes, e esse fato é assumido como um efeito negativo, a questão que deve ser discutida é se o valor da perda dos peixes será maior ou menor que o valor da produção da fábrica que causa a poluição³⁶.

2.2 AED E SEUS PRINCIPAIS PRESSUPOSTOS: EFICIÊNCIA E CUSTOS DE TRANSAÇÃO

2.2.1 Eficiência

Como premissas e preceitos básicos, a AED congrega quatro aspectos distintos: a) a escolha racional; b) as conseqüências dessas escolhas; c) o equilíbrio e d) a eficiência³⁷, seu ponto nevrálgico, já que suscita dúvidas acerca de sua própria significância:

Eficiência é um valor desejado por todos. Mas o que vem a ser “eficiência” em termos econômicos? (Pode-se dizer que alguém é mais eficiente que outrem, quando obtém os melhores resultados com os mesmos recursos disponíveis, ou, ainda, quando obtém os mesmos resultados com menos recursos. Em outras palavras, é fazer mais com o mesmo, ou o mesmo com menos, ou, de forma ainda mais sucinta, obter o melhor resultado a partir dos recursos escassos³⁸.

No entender de Richard Posner, uma importante questão da AED a ser dirimida é saber quando as transações do mercado aumentam ou diminuem a eficiência. Por essa razão, considera necessário saber se e em que circunstâncias as trocas involuntárias servem para aumentar a eficiência - determinada pela vontade que se tem de pagar por algo – pois, a única hipótese, segundo o autor, em

³⁵ *Ibidem*, p. 3-4.

³⁶ COASE, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁷ CARVALHO, Cristiano. **A Análise ...**, *loc.cit.*

³⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

que se verifica com certeza a vontade de despende valores com algo é na transação voluntária³⁹, em que o indivíduo vai livremente ao mercado em busca de uma satisfação pessoal, como a aquisição de um bem ou serviço.

O art. 37 da Constituição Federal de 1988 menciona a eficiência como princípio expresso a nortear a atividade da Administração Pública brasileira. Em outras passagens do texto constitucional também se observa sua presença, a exemplo do constante nos artigos 74, II e 144, §7º. De modo geral, no âmbito do direito administrativo, diz-se que os recursos públicos devem ser otimizados a tal ponto que se obtenha "o máximo de resultados com a menor quantidade possível de desembolsos"⁴⁰.

A menção a esse princípio na Constituição faz pressupor que a eficiência é um objetivo a ser buscado na atuação do direito⁴¹. Há quem defenda⁴², no entanto, que não se possa admitir a legitimação do direito fundada em sua eficiência "ainda que da ineficiência decorra a crise, porque mesmo nos momentos de instabilidade e carência de legitimidade não podem ser abandonados os valores e princípios, nem a objetivação da justiça"⁴³.

O Estado deve perseguir o bem comum, exercendo suas competências de forma imparcial, transparente, participativa e sem burocracia, buscando sempre a qualidade, a partir de critérios legais e morais necessários à melhor utilização dos recursos públicos, com vistas, ainda, a garantir uma maior rentabilidade social⁴⁴. Tal é a importância para a Administração que o princípio da eficiência:

(...) enquanto norma constitucional apresenta-se como o contexto necessário para todas as leis, atos normativos e condutas positivas ou omissivas do Poder Público, servindo de fonte para a declaração de inconstitucionalidade de qualquer manifestação da Administração contrária à sua plena e total aplicabilidade⁴⁵.

³⁹ POSNER, *op. cit.*, p.11.

⁴⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev.e atual. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 183.

⁴¹ TOMAZETTE, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴² A esse respeito ver também: FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 12.

⁴³ GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003, p. 151.

⁴⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 326.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 332.

Há que se ressaltar, todavia, que quando se afirma que a atividade do Estado é balizada pela eficiência, não se quer dizer que a atividade administrativa deve se subordinar exclusivamente à racionalidade econômica, cujos pressupostos são a busca pelo lucro e a acumulação da riqueza. Isso porque "eficiência administrativa não é sinônimo de eficiência econômica"⁴⁶.

Muito provavelmente por essa razão e a fim de evitar o risco da "transposição indevida dos conceitos econômicos para a dimensão estatal"⁴⁷, já se tenha referido ao uso da denominação "eficácia administrativa" no lugar de "eficiência administrativa".

O princípio da eficácia administrativa impõe à Administração o dever de evitar o desperdício e as falhas, não se descuidando de, ao contrário do modo de agir de uma empresa privada - em que a organização dos fatores de produção com vistas ao lucro é o principal aspecto -, a atividade estatal traduz valores de diversas naturezas, não se limitando àqueles de cunho econômico⁴⁸. Para melhor compreensão dessa premissa, oportuna a transcrição do exemplo utilizado por Justen Filho:

As contratações administrativas devem refletir a utilização mais satisfatória dos recursos públicos, fundamento da obrigatoriedade da licitação prévia. Mas a Administração Pública também está vinculada a promover a dignidade dos portadores de necessidades especiais. Para cumprir essa função, a Administração pode valer-se de contratações administrativas. Assim, os portadores dessas necessidades diferenciadas poderão ser contratados para prestar serviços de que a Administração necessita. Nesse caso, são realizadas concomitantemente duas finalidades buscadas pela Administração: obter determinada prestação e propiciar, por meio do trabalho, a promoção da dignidade individual dos portadores de necessidades individuais. Mas essa solução pode não revelar-se a mais eficiente sob o exclusivo prisma econômico. Afinal, não existirá licitação e o valor da contratação poderá superar aquele que a Administração obteria no mercado. Tal solução poderia ser incompatível com a eficiência econômica, mas satisfaz a eficácia da atividade administrativa⁴⁹.

O exemplo apresentado apenas evidencia que a atividade da Administração

⁴⁶ JUSTEN FILHO, *op. cit.*, p. 183.

⁴⁷ *Ibidem, loc.cit.*

⁴⁸ *Ibidem, loc.cit.*

⁴⁹ *Ibidem, p. 184.*

Pública é norteadada por uma diversidade de princípios e regras, devendo ocorrer a aplicação intensa de todos. Todavia, se em algum momento surgir uma incompatibilidade entre a eficiência econômica e os valores fundamentais, estes deverão ser assegurados, ainda que a consequência seja a redução da eficiência econômica⁵⁰. Sob essa perspectiva, a dicotomia entre eficiência e justiça deixa de existir. Isso por que:

(...) é impossível compreender uma ação estatal eficiente, embora injusta. A eficiência sempre dependerá da justiça ou injustiça da atuação, o que não implica, por óbvio, a eliminação da problemática inerente à identificação do que seja justo ou injusto. Além do que, não é possível deixar de anotar, a ação eficiente torna-se uma meta herculeana. Todavia compreende um valor fundamental, e dessa forma deve ser tomada. Tanto quanto a legitimidade, a conquista da eficiência é um ideal a ser observado, tornando incompatível com o sistema um status antagônico, ou seja, uma atuação ineficiente⁵¹.

A eficiência deve orientar a elaboração e aplicação de regras jurídicas em função dos próprios objetivos estabelecidos para a República Federativa do Brasil, no art. 3.º da Constituição⁵², inclusive porque a garantia do desenvolvimento nacional pode ser alcançada a partir de um ordenamento jurídico eficiente.

Sob o aspecto jurídico, diz-se que uma lei é mais eficiente que outra quando atinge os mesmos resultados a partir de custos menores, sendo válido ressaltar que estes custos podem ser de ordem financeira, pessoal, moral, social, podendo, ainda, haver custos de oportunidade ou custos de transação⁵³, estes objetos de estudo da AED.

Um estudo pretensiosamente desmistificador da AED, especialmente no que se refere ao conceito de eficiência, foi desenvolvido por Ronald Dworkin⁵⁴, para quem o conceito de maximização de riqueza - que está no centro dos aspectos descritivos e normativos da teoria - não se confunde com o conceito de eficiência de Pareto, que em muito se aproximaria da "noção de eficiência dos economistas"⁵⁵.

⁵⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁵¹ GABARDO, Emerson. **Eficiência** ..., p. 163.

⁵² TOMAZETTE, *op.cit.*, *loc. cit.*

⁵³ CARVALHO, Cristiano. **A análise** ..., *loc. cit.*

⁵⁴ DWORKIN, *op. cit.*, p. 351.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 355.

Consiste, pois, o ótimo de Pareto num critério para aferir a eficiência social (e não um critério de justiça), muito embora a doutrina econômica reconheça a moralidade do mercado sempre que verificada a eficiência, razão pela qual, em condições ideais, os mercados são competitivos e, por consequência, eficientes. Uma decisão é ótima, segundo o critério de Pareto:

(...) se não existe outra situação diferente que se prefira unanimemente, o que implica que devem rejeitar-se todas as situações que todos declaram unanimemente como piores. Na prática, o critério é criticado por três razões: primeiro, porque na prática cada indivíduo da sociedade tem o direito de veto a qualquer decisão social, o que equivale a admitir que ótima é uma situação, se dada qualquer outra alternativa sempre exista alguém que a vete, razão porque pode haver muitas situações distintas sendo todas ótimo de Pareto; segundo, porque não questiona a situação existente, ou ponto de partida, razão porque na realidade mantém o *statu quo*; e terceiro, porque é escassamente sensível aos problemas da justiça distributiva⁵⁶.

Pelo conceito econômico da eficiência de Pareto, a distribuição de recursos é eficiente se não se puder fazer nenhuma mudança nessa distribuição, ou seja, de uma forma que não deixe ninguém em situação pior e pelo menos uma pessoa em situação melhor⁵⁷.

Transpondo esses conceitos para a seara concorrencial, infere-se, consoante a formulação da Escola de Chicago, que a eficiência garante a competitividade e a concorrência⁵⁸.

Na concepção de Posner, a eficiência também se verifica quando se chega ao valor máximo apresentado pelo vendedor, considerando-se o valor máximo que o comprador também está disposto a pagar. Havendo, assim, ganhos para ambas as partes e estando a riqueza maximizada ter-se-ia uma situação de eficiência⁵⁹.

Se, por exemplo, o indivíduo A deseja vender uma máquina e pretende receber por ela a quantia de R\$800,00 (não menos que isso), a negociação terá sido eficiente se o comprador B também estiver disposto a pagar no máximo R\$800,00 (não mais que isso). O consenso dos agentes quanto ao valor da máquina demonstra que a transação foi eficiente, pois ninguém levou desvantagem; tanto A

⁵⁶ ALVAREZ, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁷ DWORKIN, *op. cit.*, p. 354.

⁵⁸ ALVAREZ, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁹ FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994, p. 37.

quanto B saíram satisfeitos do negócio.

Para Dworkin, entretanto, a eficiência está intimamente atrelada à noção de maximização da riqueza - objeto de estudo de Richard Posner -, de modo que um indivíduo aumenta sua riqueza quando aumenta o valor dos recursos que possui. Assim, num caso hipotético, se o sujeito pode pagar quatro dólares por algo que, sendo necessário, pagaria cinco dólares, sua riqueza foi, então, aumentada em um dólar⁶⁰.

Inexistindo explicação sobre o porquê de a riqueza social constituir-se como um objetivo digno, seria criticável a aceção de que a maximização da riqueza social é um objetivo digno e de que as decisões judiciais deveriam tentar maximizar essa riqueza social a todo custo⁶¹.

Assim, segundo Dworkin, se a AED parte da afirmação de que as ações judiciais devem ser decididas com vistas ao aumento da riqueza social “deve demonstrar por que uma sociedade com mais riqueza, por essa única razão, é melhor ou está em melhor situação que uma sociedade com menos riqueza”, ao que responde o autor ser porque “a riqueza social é, em si, um componente do valor”⁶².

A riqueza social separada da utilidade perde toda a plausibilidade como componente do valor⁶³, especialmente porque o indivíduo costuma escolher uma sociedade que tem mais riqueza diante da probabilidade que ele tem, nessa sociedade, de ficar mais rico⁶⁴.

Há no indivíduo, portanto, o interesse puro em maximizar sua riqueza pessoal, mas na medida em que maximiza sua riqueza pessoal, menos benefícios seus atos trarão aos outros. Os benefícios para os outros, derivam, nestes casos, de uma "mão invisível" e não da boa vontade do homem⁶⁵. Desse modo, o melhor argumento a favor da maximização da riqueza não é moral, mas pragmático⁶⁶, de tal maneira que:

⁶⁰ DWORKIN, *op. cit.*, p. 352.

⁶¹ *Ibidem*, p. 356.

⁶² *Ibidem*, p. 359.

⁶³ *Ibidem*, p. 364.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 367.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 381.

⁶⁶ POSNER Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 514.

Se olharmos para o mundo que nos cerca e vemos que, em geral, as pessoas que vivem em sociedades nas quais se permite que os mercados funcionem mais ou menos livremente não apenas são mais prósperos do que as que vivem em outras sociedades, mas também têm mais direitos políticos, mais liberdade, mais dignidade, são mais satisfeitas (como o comprova, por exemplo, o fato de tenderem menos a emigrar) - de modo que a maximização da riqueza pode ser o caminho mais direto para uma diversidade de objetivos morais⁶⁷.

Como se nota, o estudo da eficiência, no âmbito da AED, deu origem a posições divergentes sobre o seu conceito, seus componentes e finalidades. Para retomar algumas dessas orientações, vale mencionar, de um lado, o critério de eficiência apresentado por Vilfredo Pareto, segundo o qual uma situação será eficiente sempre que gerar benefícios a alguém, sem prejudicar ninguém.

O ótimo de Pareto se verifica, portanto, quando uma pessoa alcança posição melhor sem que, para isso, outra fique em posição menos favorável. Um dos elementos característicos dessa concepção é o bem-estar, que tende a ser aumentado sempre que a situação for ótima, isto é, eficiente.

De outro vértice, o posicionamento de Richard Posner, para quem a eficiência liga-se à noção de maximização de riqueza, de tal modo que, se em uma negociação tanto vendedor como comprador saem satisfeitos - porque aumentaram sua riqueza - ter-se-á uma situação eficiente.

Por fim, cite-se a posição de Guido Calabresi, também criticada por Dworkin, segundo a qual eficiência liga-se diretamente à justiça. A partir dessa visão, o fato de uma atitude ou decisão ser justa ou injusta exerce papel relevante na definição e compreensão da eficiência, na medida em que a eficiência deve ser buscada, desde que não se pratiquem injustiças para alcançá-la.

Sob um ponto de vista ou outro, a definição de eficiência que mais se amolda ao estudo da concorrência é a referida pelo critério de Kaldor-Hicks, segundo o qual a eficiência liga-se à idéia de compensação potencial, de tal forma que uma situação somente será eficiente quando os ganhos de um dos envolvidos compensem, ainda que potencialmente, as perdas do outro agente⁶⁸. Diz-se compensação potencial porque a compensação não precisa, de fato, ocorrer, bastando que seja

⁶⁷ *Ibidem*, p. 514.

⁶⁸ TOMAZETTE, *op. cit.*, *loc. cit.*

considerada.

Assim, nas palavras de John Hicks, é preciso sacrificar a suposição de concorrência perfeita, considerando o seguinte cenário:

Se admitirmos que a empresa típica (ao menos nos setores onde a economias de grande escala são importantes) exerce alguma influência sobre os preços pelos quais vende e é, portanto, numa certa medida, um monopólio, as dificuldades acima citadas desaparecem. O preço pelo qual um monopólio vende não é mais igual a seu custo marginal, mas o excede em uma porcentagem que depende da elasticidade da demanda de seu produto. Por isso é possível que o preço seja maior que o custo médio, mesmo quando o custo marginal é menor que o custo médio⁶⁹.

As dificuldades a que Hicks se refere condizem com as hipóteses em que a empresa venda por um preço igual ao custo marginal, o que a coloca em situação de prejuízo. Conforme destacado pelo autor:

(...) é preciso lembrar que temos que lidar com duas condições, custos marginais crescentes e custos médios crescentes. Os custos marginais aumentam à medida que a empresa se expande, a fim de assegurar que sua expansão pare num ponto qualquer. Mas o aumento do custo marginal não é uma condição suficiente. Não é de modo algum improvável que os custos marginais subam um pouco por causa da dificuldade de controle, que aumenta à medida que a empresa se expande; na verdade, penso que é de se esperar que seja a situação mais comum em uma empresa⁷⁰.

Kaldor, por sua vez, afirma ser inconcebível a existência de mercados competitivos sem intermediários, como os comerciantes ou distribuidores, que ao mesmo tempo são compradores e vendedores (a preços diferentes) sem descuidar da manutenção de estoques, característica nata de um mercado que permite aos produtores vender e aos consumidores comprar⁷¹.

A indústria, na visão de Kaldor, exerce papel fundamental na busca pelo desenvolvimento, podendo-se afirmar, também, que uma estrutura industrial mais sofisticada sob o ponto de vista tecnológico possibilita um potencial de crescimento

⁶⁹ HICKS, John Richard. **Valor e capital**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 75.

⁷⁰ *Ibidem*. p. 74.

⁷¹ KALDOR, Nicholas. The irrelevance of equilibrium economics. **The Economic Journal**, v. 82. n. 328, p. 1.237-1.255. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici>>. Acesso em 28 jan. 2014.

maior para a economia⁷².

A diferença na qualidade e na eficiência das instituições - a exemplo do mercado - costuma explicar o porquê de alguns países se desenvolverem e outros não, mas não é o único fator hábil a caracterizar uma sociedade desenvolvida. Veja-se, por exemplo, que países como a China e a Índia estão crescendo a níveis assustadores, mesmo não possuindo instituições tão eficientes quanto às dos países desenvolvidos. E isso se explica por que "não existem arranjos institucionais universalmente ótimos, ou seja, que devam ser adotados da mesma forma por todos os países. A idéia é que os países devem desenhar arranjos que levem em consideração suas características e seu grau de desenvolvimento"⁷³.

2.2.2 Custos de transação

A busca pelo desenvolvimento passa - além da análise da eficiência - também pela consideração dos custos de transação que impactam e norteiam a tomada de decisão dos agentes econômicos. Como diria Ronald Coase, é preciso sopesar os ganhos advindos da eliminação dos efeitos prejudiciais de determinada situação ou atividade com os ganhos decorrentes de sua manutenção⁷⁴.

A importância da abordagem desse aspecto da AED reside no fato de que não existe um mundo sem custos de transação e há situações em que, além dos custos originalmente envolvidos incidem custos adicionais, em maior ou menor grau, que podem ou não ser internacionalizados pelas partes, apesar de sempre gerarem atritos que influenciam a tomada de decisão dos agentes econômicos⁷⁵.

Ronald Coase⁷⁶ descreve os custos de transação como aqueles suportados pelos agentes econômicos na procura e aquisição de informações e na negociação

⁷² FEIJÓ, Carmem Aparecida; LAMONICA, Marcos Tostes. **Mudança da estrutura industrial e desenvolvimento econômico**: as lições de Kaldor para a indústria brasileira. Textos para discussão. Universidade Federal Fluminense, Niterói, dez. 2010, p. 4.

⁷³ CURTINAZ, David. **Reformulação do sistema brasileiro de defesa da concorrência e suas implicações na redução dos custos de transação**. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio.../davidcurtinaz>. Acesso em 23 jan. 2014.

⁷⁴ COASE, *op. cit.*, p. 33.

⁷⁵ SZTAJN, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁶ COASE, *op. cit.*

com outros agentes quando desejam realizar uma transação ou tomar decisões acerca de sua concretização.

Os custos não representam, todavia, apenas dispêndios financeiros, já que incluem todo o conjunto de ações necessárias para realizar determinada transação⁷⁷. Tanto é assim que os custos de transação incidem quando se faz o monitoramento e a exigência de cumprimento do que foi negociado entre as partes⁷⁸.

Oliver Williamson também se dedicou ao estudo dos custos de transação, demonstrando que eles configuram elementos de fundamental importância nas situações em que os agentes econômicos fazem investimentos específicos em suas relações⁷⁹.

Williamson divide os custos de transação em custos *ex ante* e custos *ex post*⁸⁰, estando os primeiros atrelados à fase de levantamento de informações, elaboração de contratos e negociação prévia acerca da contratação, ao passo que os segundos referem-se aos custos incorridos quando as transações já se efetivaram e é preciso mantê-las e executá-las, além de realinhá-las, caso a operação apresente desvios.

De modo geral, esses custos compreendem as quatro principais fases de uma transação, quais sejam, as fases de informação, de negociação, de formalização e de monitoramento do cumprimento do contrato⁸¹.

Em determinados casos, se os custos de transação forem nulos ou irrisórios, os direitos garantidos pelo ordenamento jurídico não influenciarão o resultado das controvérsias, de tal modo que os envolvidos nos litígios tenderão a resolvê-los por meio da negociação, em que se buscará a distribuição mais eficiente dos recursos⁸².

Os custos de uma empresa são os custos atinentes à realização de todas as

⁷⁷ SZTAJN, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁸ PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005, p. 75.

⁷⁹ JOBIM, *op. cit.*, p. 80-97.

⁸⁰ WILLIAMSON, Oliver. E. The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting. **The Free Press**, New York, p. 20, 1985.

⁸¹ PINHEIRO, *op. cit.*, p. 64.

⁸² TOMAZETTE, *op. cit., loc. cit.*

atividades exigidas em relação aos seus concorrentes⁸³ e não somente os dispêndios relativos à manufatura. Os gastos com tributação são um forte exemplo de custos de transação com os quais a empresa deve se preocupar e geralmente:

(...) eles já são considerados pelos agentes econômicos, no momento em que precisam tomar decisões racionais acerca de uma estratégia empresarial, como, por exemplo, instalar-se neste ou naquele estado (caso do ICMS), transferir sua sede para outro Município (caso do ISS); ou dividir a produção para auferir benefícios fiscais (caso da Zona Franca de Manaus)⁸⁴.

De modo geral, o estabelecimento de um regime especial de tributação tanto pode ser usado para prevenir, como para induzir uma concorrência de melhor qualidade, pois "o tributo pode gerar uma distorção tão grande no mercado que acaba por restringir a atuação de concorrentes que foram atingidos pela norma instituidora de forma diferente dos demais competidores do mesmo mercado"⁸⁵.

Deve-se considerar que os fatores que impactam sobre um dado mercado, a exemplo da tributação no mercado de bebidas frias - refrigerantes e cervejas -, distorcem a concorrência de tal forma que se possa afirmar que uma norma pode ser eficiente sob um determinado aspecto e não eficiente sob outro ponto. No caso das bebidas, a norma é visivelmente eficiente no âmbito tributário, mas deixa de ser quando analisada sob o viés concorrencial.

Aproveitando o exemplo, vale mencionar que o segmento de bebidas frias precisa ponderar, ainda, outros custos transacionais, como os esforços em marketing e logística de distribuição, principais variáveis da concorrência no setor. Isso por que:

De um lado, os gastos em fixação de uma marca constituem custos irrecuperáveis, o que desestimula a entrada de novas firmas. De outro, a logística de distribuição - quando a produção apóia-se em embalagens retornáveis de vidro - é um problema cuja complexidade cresce exponencialmente, à medida que cresce o raio de atuação da empresa. Não bastando a distribuição pulverizada do produto, as dificuldades são

⁸³ PORTER, Michael E. **A vantagem competitiva das nações**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 54.

⁸⁴ GONÇALVES, Oksandro Osdival; GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Tributação, concorrência e desenvolvimento econômico sustentável. In: FOLMANN, Melissa; _____ (org.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 25.

⁸⁵ GONÇALVES, *op. cit.*, p. 39.

ampliadas pela necessidade de coleta das embalagens ("casco") de retorno. Adicionalmente, a constituição de uma rede de distribuidores constitui um entrave à expansão das atividades no negócio de bebidas⁸⁶.

Outro caso que convém citar diz respeito à guerra fiscal suscitada no setor de sabonetes. Por intermédio de consulta formulada pelo PNBE (Pensamento Nacional das Bases Empresariais), no ano de 1999, o CADE foi instado a se manifestar sobre os aspectos concorrenciais envolvidos na política de incentivos fiscais concedidos por Municípios e Estados, na chamada "guerra fiscal".

Segundo a tese apresentada, a empresa beneficiária de incentivos fiscais poderia oferecer preços menores no mercado, chegando-se à situação de domínio de mercado ou a colocação de barreiras à entrada para empresas do mesmo setor. Na visão do CADE⁸⁷, entretanto, a forma pela qual se dá a desoneração tributária de ICMS não tem relevância na análise dos efeitos da tributação sobre determinado setor empresarial, já que tanto a concessão de incentivos puramente fiscais como aqueles de ordem fiscal-financeira têm o mesmo impacto no mercado.

Chegou-se à conclusão, todavia, de que a concessão de incentivos fiscais resultou num aumento expressivo dos lucros unitários da empresa hipotética utilizada no estudo, bem como que o ICMS tem papel de grande relevância no lucro operacional da empresa, constituindo-se, inclusive, no tributo indireto que mais onera o processo produtivo. Assim, para repercutir resultados eficientes:

(...) a tributação deve ser realizada com o mínimo de efeitos econômicos negativos.

Quando o Estado institui um tributo sobre as trocas econômicas, o sistema de preços do mercado sofre ruído, pois o produtor é obrigado a repassar o custo da tributação para o preço do bem. Por isso, perdem o consumidor e o produtor: o primeiro em função do aumento de preço do bem e o segundo em virtude da redução de seu lucro. Há perda de bem-estar para ambos. (...) Mas não é só a instituição de tributos (ou sua majoração) que causa ineficiências econômicas. As desonerações tributárias, ao contrário do que à primeira vista pode parecer, são mecanismos que também podem gerar desajustes no mercado. Isso ocorre porque tanto a tributação quanto a sua desoneração alteram o preço relativo dos bens e, por conseguinte, podem

⁸⁶ SANTOS, Selma Regina Simões; AZEVEDO, Paulo Furquim. **Concorrência no mercado de refrigerantes**: impactos das novas embalagens. Disponível em: <<http://UFSCar.br>>. Acesso em 2 fev. 2014.

⁸⁷ Parecer CADE n. 39/1999. Disponível em <<http://www.cade.org.br>>. Acesso em 10 fev. 2014.

provocar externalidades negativas⁸⁸.

As empresas bem-sucedidas em relação ao assunto "custos" freqüentemente desenvolvem produtos de baixo custo e comercializam a baixos custos, o que não os impede, todavia, de obter custos e vantagens em toda a cadeia de valores⁸⁹.

A teoria dos custos de transação discute uma amplitude de problemas de coordenação, oriundos tanto de dentro como de fora do mercado. Preocupa-se, também, com as soluções por eles encontradas relativamente a novos formatos de contratação, novas formas organizacionais e mecanismos eficientes para a coordenação de suas ações e atividades.

A obtenção de vantagem de custos exige da empresa a "otimização das ligações entre as atividades bem como uma estreita coordenação com fornecedores e canais"⁹⁰, o que muitas vezes passa por um processo de criação e inovação.

Entretanto, nem sempre ganhos de mercado derivam da eficiência produtiva, mas algumas vezes derivam de fatores externos que não estão ligados a esse tipo de eficiência. Talvez, em alguns casos, uma maior eficiência jurídica, em que um corpo qualificado de advogados encontre brechas na legislação tributária seja mais eficiente do que uma máquina mais moderna, ou algum processo de inovação.

2.3 MERCADO E EMPRESA SOB A PERSPECTIVA DA AED

2.3.1 O mercado

Ao longo da história a ênfase da economia tem sido o estudo dos mercados⁹¹, os quais abrangem o conjunto de relações existentes entre os agentes que nele atuam, bem como o resultado dessa interação. Dizer que a empresa deve ser vista no contexto do mercado significa dizer que ela deva ser encarada na dinâmica

⁸⁸ GONÇALVES, Oksandro Osdival; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos fiscais: uma perspectiva da análise econômica do direito. **Economics Analysis of Law Review**, v. 4, n. 1, p. 79-102, jan./jun., 2013.

⁸⁹ PORTER, *op. cit.*, p. 54.

⁹⁰ *Ibidem, loc.cit.*

⁹¹ POSNER Richard. **Problemas** ..., p. 514.

dessas relações⁹².

As firmas, os mercados e as relações contratuais como um todo são importantes instituições econômicas, além de ser produto evolucionário de uma grande e fascinante série de inovações tecnológicas⁹³: Assim:

Se, como ensinam os economistas, os recursos são escassos e as necessidades humanas ilimitadas, há de se delimitar a forma (i.e., o critério) para atribuí-los às pessoas. Essa destinação pode ser realizada pelo funcionamento do mercado (presidido pela força concorrencial) ou pela intervenção de uma autoridade exógena (o Estado), instrumentalizada pelo direito. Daí dizermos que direito e mercado são formas de alocação de recursos entre os indivíduos⁹⁴.

A noção de mercado evolui de acordo com a evolução da economia e o seu conceito, sob o viés econômico, não condiz com a união casual e isolada das partes, significando, ao contrário, a situação de mútua dependência das transações feitas em grande escala⁹⁵.

Nesse contexto é que se estabelece a concorrência, que se manifesta de variadas formas: quando dois ou mais produtores de determinada riqueza competem no mercado, cada qual desejando vender e ganhar mais com a colocação dos seus produtos; quando os consumidores desejam, ao mesmo tempo, uma mesma mercadoria e quando os vendedores oferecem mercadoria ou serviços idênticos⁹⁶.

Os mercados encontram justificativa na oportunidade de aumentar a produtividade do trabalho por meio da especialização da produção, cuja ocorrência pressupõe a criação de condições de troca, sendo esta, inclusive, a sua função⁹⁷. A especialização, a firma e a troca de bens através da moeda constituem as principais instituições na economia de mercado⁹⁸.

⁹² FORGIONI, Paula A. **A evolução do direito comercial brasileiro**. Da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 158.

⁹³ WILLIAMSON, Oliver E. **As instituições econômicas do capitalismo**: firmas, mercados, relações contratuais. Tradução e revisão: Frederico Araújo Turolla. São Paulo: Pezco, 2012, p. 13.

⁹⁴ FORGIONI, Paula A. **A evolução** ..., p. 158-159.

⁹⁵ MELLO, Olbiano de. **Economia política**. 2. ed. São Paulo: RT, 1963, p. 40.

⁹⁶ *Ibidem, loc. cit.*

⁹⁷ HATTWICK, Richard E.; SAILORS, Joel W.; BROWN Bernard G. **Oferta, procura e o mecanismo de mercado**. Tradução de Sérgio Góes. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1973, p. 29.

⁹⁸ *Ibidem, loc. cit.*

A palavra mercado pode ser entendida como uma forma abreviada de "economia de mercado", isto é, um sistema econômico controlado, dirigido e regulado somente por mercados, para os quais é confiada a ordem na produção e distribuição dos bens⁹⁹. Mercado, concorrência e liberdade são os pilares do funcionamento desse sistema, conforme Forgioni:

O mercado é a arena na qual os agentes não apenas trocam, mas competem livremente por oportunidade de troca. A força concorrencial vem reconhecida como organizadora do modelo de alocação de recursos em sociedade, sob a égide da liberdade econômica. Livre iniciativa e livre concorrência tornam-se princípios do sistema¹⁰⁰.

Nas discussões mais recentes acerca do mecanismo de mercado, o enfoque tem sido sobre os resultados que ele produz, a exemplo das rendas ou utilidades geradas, mas o que releva discutir sobre a liberdade das transações no mercado é a importância fundamental da própria liberdade, cuja negação seria uma grande falha da sociedade¹⁰¹.

Os mercados comportam, de um modo geral, algumas variantes, pois se modificam conforme o tempo concedido ao equilíbrio recíproco entre oferta e procura e conforme a área sobre a qual se estendem¹⁰². Não se pode descuidar, entretanto, que:

(...) este elemento de Tempo requer mais atenção no momento do que o de Espaço, posto que a natureza do próprio equilíbrio e a das causas que o determinam depende do prazo em que se supõe se estenda o mercado.(...) se o período é curto, a oferta se limita às provisões que estejam à mão; se o período é maior, a oferta será mais ou menos influenciada pelo custo de produção da mercadoria em questão; e se o período é muito longo, este custo, por seu turno, será influenciado pelo custo de produção do trabalho e dos materiais exigidos para a produção da mercadoria¹⁰³.

O que se pode afirmar, além disso, é que os mercados funcionam melhor

⁹⁹ FORGIONI, Paula A. **A evolução** ..., p. 163.

¹⁰⁰ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁰¹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 151.

¹⁰² MARSHALL, Alfred. **Princípios de economia**: tratado introdutório. Tradução revista de Rômulo Almeida e Ottolmy Strauch. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. v. 2, p. 19-20.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 20.

dentro de uma estrutura legal estável, com direitos bem definidos, que incluem a liberdade de contratar, o direito à propriedade e o direito de ter os contratos cumpridos. O fornecimento desse sistema legal estabelece a estrutura para trocas, com as respectivas regras do jogo e representa apenas uma das atividades que permitem que governos modernos afetem os processos de mercado¹⁰⁴. Por isso é importante um sistema de proteção e defesa da concorrência forte e ajustado.

A regra é que os artigos produzidos para venda encontrem canais por meio dos quais possam chegar até o seu destinatário final, o cliente. Esses canais são o que se chama de mercado que, por sua vez, pode ser definido sob vários pontos de vista. Para o produtor isolado o mercado delimita-se pela área na qual ele efetivamente atua, negociando os seus produtos. Sob o prisma da economia, o mercado é o espaço de manobra das operações econômicas que determinam as condições sob as quais o produto é negociado¹⁰⁵.

O papel desempenhado pelos mercados depende não só do que eles podem fazer, mas também do que lhes é permitido fazer, pois o funcionamento desimpedido do mercado pode favorecer determinados grupos e, ao mesmo tempo, prejudicar outros interesses¹⁰⁶.

Isso se explica porque a conduta dos agentes econômicos costuma ser racional maximizadora¹⁰⁷, eis que suas escolhas partem da ponderação entre os custos e os benefícios de cada alternativa, priorizando, na hora de decidir, as condutas que lhes trazem mais bem-estar. O ambiente onde ocorre essa interação entre os agentes e a escolha pelas condutas que irão adiante não poderia ser outro, senão o mercado¹⁰⁸, símbolo máximo das relações que caracterizam dinâmica da atividade econômica, assim exemplificada por Marx:

Não podendo as mercadorias irem, por si só, ao mercado, nem se trocarem elas próprias entre si, os seus possuidores, para os porem em contato, têm que pôr-se, por sua vez, em mútuas relações. De sorte que cada um se

¹⁰⁴ MITCHELL, Willian C.; SIMMONS Randy T. **Para além da política: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia**. Revisão: Clara Diamant. Rio de Janeiro: Topbooks, 2003, p. 5.

¹⁰⁵ CLARK, John Maurice. **A concorrência como processo dinâmico**. Rio de Janeiro: Forense, 1963, p. 114.

¹⁰⁶ SEN, Amartya. **Desenvolvimento ...**, p. 161.

¹⁰⁷ GICO JUNIOR, Ivo. **Metodologia ...**, p. 22.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 23.

apropria da mercadoria alheia abandonando-lhe a própria, por meio de um ato voluntário comum. Assim, portanto, para que a alienação seja recíproca, os possuidores devem reconhecer-se tacitamente como proprietários privados das coisas alienáveis¹⁰⁹.

Quando essa interação social ocorre, o comportamento racional maximizador acaba levando os agentes a realizar trocas até que os custos associados a cada troca se igualem aos benefícios auferidos. A partir desse momento as trocas deixam de ocorrer, estando o mercado em equilíbrio¹¹⁰.

Esse atributo de equilíbrio dado ao mercado decorre da livre interação dos agentes e da conseqüente eliminação dos desperdícios, o que impõe o reconhecimento de mais um atributo: a eficiência¹¹¹, não aquela sob a perspectiva de Pareto, no sentido de que não existe alocação de recursos por meio da qual se possa melhorar a situação de alguém sem piorar a situação de outrem, mas aquela descrita por Kaldor e Hicks, segundo a qual o ganho dos que vencem deve ser maior que o prejuízo dos que perdem, numa espécie de compensação.

Assim, há de se classificar como eficiente um mercado no qual haja uma adequada interação entre seus agentes e a eliminação de desperdícios, impondo-se o reconhecimento da equivalência entre eficiência e equilíbrio¹¹². Isso porque, conforme alerta Alfredo Bullard González:

Las cosas no son muy distintas desde el punto de vista del funcionamiento del mercado. Para funcionar el mercado requiere, además de la propia libertad de comercio, un paquete básico de derechos fundamentales, sin los cuales el sistema se hace inviable. Esos derechos son la propiedad, el derecho de libre contratación, entre otros. Sin estos derechos su funcionamiento no es posible¹¹³.

Por essas razões, há quem diga que “o livre mercado não existe”¹¹⁴. E essa

¹⁰⁹ MARX, Karl. **O capital**. Tradução: Murilo Coelho. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010, p. 53.

¹¹⁰ GICO JUNIOR, Ivo. **Metodologia** ..., p. 24.

¹¹¹ *Ibidem, loc. cit.*

¹¹² *Ibidem, loc. cit.*

¹¹³ GONZÁLEZ, Alfredo Bullard. **Derecho y economía**: el análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2010, p. 859.

¹¹⁴ CHANG, Ha Joon. **23 coisas que não nos contaram sobre o capitalismo**. Tradução: Cláudia Gerpe Duarte. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 233.

afirmação parte da premissa de que os mercados possuem regras e limites que restringem a liberdade de escolha, de modo que ele só aparenta ser livre porque estamos condicionados a aceitar as suas restrições subjacentes, que já nem percebemos¹¹⁵.

Sob essa visão, não seria possível definir o quanto um mercado é “livre”, já que essa seria uma definição política. Até mesmo a compreensão do capitalismo exigiria que o mito de que existe um “livre mercado” fosse superado¹¹⁶.

Partindo desse pressuposto, não se pode deixar que o próprio mercado caminhe sozinho, pois os participantes do mercado não sabem, sempre, o que estão fazendo¹¹⁷. Esses agentes possuem uma racionalidade limitada¹¹⁸ para lidar com a complexidade do mundo, razão pela qual seria preciso restringir as liberdades de escolha, a fim de reduzir a complexidade dos problemas.

Na concepção de Williamson, quando a racionalidade limitada, a especificação de ativos e o oportunismo se reúnem, cada um deles falha, especialmente porque, em razão da racionalidade limitada, o planejamento das ações pelos agentes é incompleto e porque, em virtude do oportunismo, os contratos e as negociações do mercado, de um modo geral, sujeitam-se a quebras: "esse é o mundo da governança"¹¹⁹.

Embora não se possa afirmar que o Estado tenha uma racionalidade superior, é preciso reconhecer que ele tem o poder de restringir escolhas e, com isso, reduzir a probabilidade da ocorrência de erros¹²⁰. Pode-se dizer, inclusive, que:

O mercado mais ou menos autorregulador é tão somente um componente essencial daquela variedade de sistema do capital na qual o trabalho excedente é extraído majoritariamente por meios econômicos, mas não daquela em que a extração do trabalho excedente é controlada principalmente por formas políticas de imposição. Porém, como testemunha a história agitada do século XX, o sistema politicamente regulado não

¹¹⁵ CHANG, *op. cit.*, p. 21-22.

¹¹⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 233.

¹¹⁸ Ao lado do oportunismo, a racionalidade limitada tem efeitos diretos sobre os custos de transação. Diferentemente do alegado pela teoria neoclássica, no sentido de que a racionalidade é maximizadora, Oliver Williamson defende, a partir dos estudos de Herbert Simon, que uma escolha é racional quando proveniente de uma deliberação apropriada, previamente refletida e ponderada.

¹¹⁹ WILLIAMSON, Olivier E. **The economic ...**, p. 32.

¹²⁰ CHANG, *op. cit.*, p. 233.

conseguiu oferecer uma segurança maior à sobrevivência da humanidade do que quaisquer das variedades capitalistas.

Por isso, a implosão das sociedades pós-capitalistas sublinhou a necessidade de uma verdadeira mudança de época que deixe para trás a fase histórica do sistema do capital, que já se arrasta há tanto tempo, quer esta se imponha pelas relações de troca do mercado capitalista quer por qualquer outra forma¹²¹.

Na contramão dos argumentos contrários à noção de livre-mercado, assinalando, inclusive, que o mercado é indutor da liberdade, Milton Friedman aponta que:

O uso amplo do mercado reduz a tensão aplicada sobre a intrincada rede social por tornar desnecessária a conformidade, com respeito a qualquer atividade que patrocinar. Quanto maior o âmbito de atividades cobertas pelo mercado, menor o número de questões para as quais serão requeridas decisões explicitamente políticas e, portanto, para as quais será necessário chegar a uma concordância. Como contrapartida, quanto menor o número de questões sobre as quais será necessária concordância, tanto maior probabilidade de obter concordâncias e manter uma sociedade livre¹²².

O autor considera, sob essa perspectiva, que a unanimidade no tocante às decisões que precisam ser tomadas no mercado é um ideal, muito embora seja de difícil alcance, razão pela qual, em muitos casos é preciso aceitar a imposição das regras da maioria e a elas se adequar¹²³.

Nesse mesmo sentido é que se afirma que o papel do mercado é o de permitir unanimidade sem conformidade, configurando, assim, um sistema de efetiva representação proporcional, isento de coerção, baseado apenas na discussão livre entre os agentes¹²⁴.

O mercado é a expressão plena do individualismo, razão pela qual a atuação do Estado nas relações que se desenvolvem em seu âmbito de abrangência é vista pelo liberalismo econômico como um enfraquecimento dos indivíduos, uma espécie

¹²¹ MÉSZÁROS, István. **Para além do capital**: rumo a uma teoria da transição. Tradução de Paulo Cezar Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2011, p. 904

¹²² FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 30.

¹²³ *Ibidem*, p. 31.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 29.

de intervencionismo impróprio e artificial do poder estatal¹²⁵. Sob essa visão, possível dizer que:

As trocas realizadas nas antigas feiras entre indivíduos que buscavam o suprimento de suas necessidades evoluíram para o comércio, já constituindo este uma iniciativa econômica. À medida que essa iniciativa desperta o interesse do Estado, sobretudo por motivos de natureza econômica, o mercado ganha uma dimensão política e passa a ser objeto de investigação, surgindo, assim, diferentes teorias acerca de seu funcionamento, cada qual embasada em princípios e regras próprios, voltadas à orientação da atuação estatal no domínio econômico e à definição de limites para a liberdade econômica dos indivíduos¹²⁶.

O mercado é o centro das decisões econômicas, donde resulta o bem-estar dos seus componentes, cabendo ao Estado propiciar um ambiente favorável à livre concorrência, assegurar a transparência nas decisões de seus agentes de produção e garantir o direito à escolha livre e racional dos bens e serviços que desejam consumir, protegendo, ainda, os indivíduos contra qualquer espécie de abuso de poder¹²⁷.

Na economia capitalista, o mercado possui grande importância para a definição dos preços, vez que os agentes os definem conforme algumas variantes desse mercado, cabendo ao Estado tão somente a adoção de ações positivas no sentido de coibir as externalidades causadas pelo próprio regime de produção, fiscalizando, incentivando ou planejando as atividades econômicas quando assim se fizer necessário¹²⁸.

Como dizia Marx, "os preços do mercado não fazem mais que expressar a quantidade social média de trabalho que, nas condições médias de produção, é necessária para abastecer o mercado com determinada quantidade de um certo artigo"¹²⁹.

¹²⁵ MALARD, Neide Terezinha. A inter-relação entre o estado e o mercado na promoção do desenvolvimento nacional e da justiça social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 930, p. 119, abr. 2013. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 8 set. 2013.

¹²⁶ MALARD, *op. cit.*, p. 119.

¹²⁷ *Ibidem*, *loc.cit.*

¹²⁸ FORTES, Fellipe Cianca; BASSOLI, Marlene Kempfer. Análise econômica do direito tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 14, p. 235-253, nov. 2010.

¹²⁹ MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. 2. ed. Traduções de José Carlos Bruni, Edgar Malagodi, José Arthur Giannotti, Walter Rehfeld e Leandro

Partindo do pressuposto de que a abstenção na conformação da atividade econômica por parte do Estado corresponde a um determinado modelo jurídico (liberal) e a uma determinada ideologia (individualismo) Luís Cabral de Moncada¹³⁰ defende que a caracterização do modelo jurídico liberal assenta-se em dois postulados essenciais: a separação absoluta entre o direito público e o direito privado e o predomínio da autonomia da vontade privada na esfera econômica. Do ponto de vista liberal, o mercado seria uma barreira ao Estado, uma zona livre de sua intervenção.

É bem verdade que até mesmo o conceito de justiça sofre influência do conceito e do papel dos mercados, de tal modo a se indagar: "O livre mercado é justo? Existem bens que o dinheiro não pode comprar - ou não deveria poder comprar? Caso existam, que bens são esses e o que há de errado em vendê-los?"¹³¹.

A questão do livre mercado encontra fundamento em duas afirmações - uma sobre liberdade e a outra sobre bem-estar social. A primeira condiz com a visão libertária dos mercados, segundo a qual, ao permitir que as pessoas realizem trocas voluntárias, a sua liberdade está sendo respeitada, pois "as leis que interferem no livre mercado violam a liberdade individual"¹³².

A segunda refere-se ao argumento utilitarista para os mercados, onde a liberdade de mercado promove o bem-estar geral e quando duas pessoas firmam um acordo de forma livre, ambas ganham. Assim, "se o acordo as favorece sem que ninguém seja prejudicado, ele aumenta a felicidade geral"¹³³.

Aqueles que não acreditam no mercado questionam esses argumentos, afirmando que as escolhas de mercado nem sempre são tão livres quanto parecem, bem como que determinados bens e práticas sociais podem ser corrompidos quando sujeitos a transações que envolvam dinheiro¹³⁴.

Pode-se dizer, então, que "o argumento mais imediato em favor da liberdade

Konder. São Paulo: Abril Cultural, 1978, p. 78. (Seleção de textos de José Arthur Giannotti).

¹³⁰ MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Económico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 19.

¹³¹ SANDEL, Michael J. **Justiça: o que é fazer a coisa certa**. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012, p. 99.

¹³² *Ibidem, loc. cit.*

¹³³ *Ibidem, loc. cit.*

¹³⁴ *Ibidem, loc. cit.*

de transações de mercado baseia-se na importância fundamental da própria liberdade". Nesse sentido é que se diz que "o papel desempenhado pelos mercados tem de depender não só do que eles podem fazer, mas também do que lhes é permitido fazer."¹³⁵

2.3.2 A empresa

As relações jurídicas que se perfazem por meio dos contratos no ambiente de mercado outra coisa não são, senão o direcionamento de vontades refletido numa relação econômica¹³⁶, da qual a empresa é elemento fundamental, assumindo a feição de um legislador absoluto, que "redige em fórmulas à sua vontade, o seu regulamento da fábrica, a sua autoridade tirânica sobre os seus operários"¹³⁷.

Ao longo da história, a empresa começou a receber maior atenção e considerações sob o ponto de vista jurídico, embora não tenha inicialmente recebido um conceito jurídico unitário¹³⁸.

A título de exemplo, registre-se que no início da década de 1940, com o advento do *Codice Civile*, a doutrina italiana se deparou com a difícil tarefa de compreender e definir "empresa", até então vista como um simples ato de comércio e, a partir daí, elevada à condição de linha mestra do direito comercial¹³⁹.

Hoje, de modo geral, a empresa tem um papel especial na sociedade, assumindo função que vai muito além de gerar lucros ou empregos, pois seu interesse não pode ser mais identificado, como no contratualismo, ao interesse dos sócios, tampouco, como na fase institucionalista mais extremada, à autopreservação¹⁴⁰. A compreensão da empresa encontra utilidade na identificação dos entes cuja organização e interação no mercado compõem o foco do direito

¹³⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento** ..., p. 145.

¹³⁶ MARX, Karl. **O capital** ..., p. 53.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 110.

¹³⁸ MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. **O provável confronto entre Alberto Asquini Ronald Coase: uma análise dos perfis de empresa a partir da teoria da firma**. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Anais...Fortaleza, 9-12 jun. 2010, p. 380.

¹³⁹ FORGIONI, Paula A. **A evolução** ..., p. 153.

¹⁴⁰ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 42.

comercial¹⁴¹.

Sua conceituação passa pelo reconhecimento de um fenômeno econômico poliédrico que tem, sob o aspecto jurídico, não um, mas diversos perfis em relação aos diversos elementos que o integram. Assim, as definições jurídicas de empresa variam conforme o diferente perfil pelo qual o fenômeno econômico é encarado.¹⁴²

Na visão de Marx, o desenvolvimento da produção capitalista pressupõe "um crescimento contínuo do capital convertido em uma empresa, e a competição obriga cada capitalista individual a agir por vontade ou por força conforme as leis da produção capitalista"¹⁴³.

David Ricardo, um dos principais representantes da escola clássica da Economia Política, ao lado de Adam Smith, dizia que todo capitalista deseja "transferir seus fundos de uma atividade menos lucrativa para uma mais lucrativa, o que impede o preço das mercadorias de permanecer por algum tempo muito acima ou muito abaixo do preço natural"¹⁴⁴. Para Ricardo:

(...) essa concorrência ajusta o valor de troca das mercadorias de tal forma que, depois de pagar os salários pelo trabalho necessário à produção, e após todas as outras despesas necessárias para colocar o capital empregado em seu estado original de eficiência, o valor restante ou excedente será, em cada atividade, proporcional ao valor do capital empregado¹⁴⁵.

Marx, a esse respeito, dizia que "a competição não permite conservar o seu capital sem o aumentar e não pode continuar a aumentá-lo a não ser mediante uma acumulação cada vez mais considerável"¹⁴⁶.

Também estudada sob a designação de "firma", a empresa pode ser delineada como uma "unidade independente que administra operações de produção, envolvendo compras, acréscimo de valores, e venda de produto ou produtos

¹⁴¹ FORGIONI, Paula A. **A evolução** ..., p. 103.

¹⁴² MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. **O provável** ..., *loc. cit.*

¹⁴³ MARX, Karl. **O capital** ..., p. 141.

¹⁴⁴ RICARDO, David. **Princípios de economia política e tributação**. 2. ed. Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 78-79.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 79.

¹⁴⁶ MARX, Karl. **O capital** ..., p. 141.

resultantes"¹⁴⁷.

O interesse e o escopo da empresa estão, entretanto, direcionados à criação de uma organização capaz de estruturar da forma mais eficiente (sob o aspecto distributivo) as relações jurídicas que envolvem a sociedade.

A empresa tenderá a ser mais eficiente na medida em que remunerar aqueles que com ela cooperam na mesma proporção de seus esforços. Desse modo, fazem parte do conceito de firma tanto a medição da produtividade como a remuneração proporcional ao esforço¹⁴⁸.

Nesse sentido, possível falar em uma "nova empresarialidade", que sintetiza esse novo direcionamento das empresas, que também começam a alinhar suas atividades com escopos institucionais, artísticos, ambientais e culturais, sem que o caráter da lucratividade seja o elemento preponderante da sua criação¹⁴⁹.

Essa nova empresarialidade afigura-se como verdadeira revolução empresarial, a cujo respeito convém mencionar que:

A revolução empresarial que está sendo realizada, desde meados do século passado, justifica, pois, que a empresa não mais se identifique exclusivamente com o seu proprietário ou controlador, mas represente também o conjunto de seus executivos, seus técnicos, seus empregados, ou seja, as equipes e os equipamentos que constituem o todo. Tal fato também decorre de não mais se considerar como únicos fatores de produção o capital e o trabalho, mas de se incluir, entre os mesmos, dando-lhe a maior relevância, o saber e a inovação, ou seja, a tecnologia, que assegura a produtividade da empresa, abrangendo tanto as técnicas industriais e comerciais como a própria gestão, que caracteriza a empresa contemporânea que é essencialmente flexível¹⁵⁰.

A própria sociedade do século XXI pressupõe "a descentralização, a informação fluindo muito rapidamente, a maior autonomia dos executivos e dos empregados, a formação de um consenso e a criação de nova mentalidade, de nova forma de pensar e até de outra escala de valores". Por essa razão é que se pode

¹⁴⁷ CLARK, *op. cit.*, p. 101.

¹⁴⁸ CAVALLI, Cássio Machado. **Empresa, direito e economia**. 2012. 304 f. Tese. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

¹⁴⁹ SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 18, p. 5, jul. 2006. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 7 nov. 2013.

¹⁵⁰ WALD, Arnold. O direito do desenvolvimento sustentável. **Revista dos Tribunais**, v. 930, p. 105, abr. 2013. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br/>> Acesso em: 7 nov. 2013.

falar em uma "nova cultura empresarial" ou "nova empresarialidade" em oposição à que dominava o mundo dos negócios no século XIX e na primeira parte do século XX¹⁵¹.

E isso se explica pelo fato de que ao longo da história o mercado sofreu modificações relevantes, passando de uma organização baseada no comando para um patamar de diálogo entre os parceiros, a partir de uma "ponte estratégica"¹⁵², que tem como pilares o interesse do consumidor, a rapidez das informações e da tomada das decisões, a flexibilidade quanto às circunstâncias adversas do mercado, além de contar com uma estrutura empresarial baseada no diálogo e com o engajamento dos empregados e executivos que se identificam com a empresa.

Sob o novo enfoque pelo qual passou a ser vista - que se poderia denominar enfoque da utilidade - a empresa deve ser entendida como instituição social¹⁵³, sendo certo que sem ela o próprio direito comercial e toda a sua lógica não teriam razão para existir. A empresa interessa ao mundo jurídico e o impacta, pois em muitas situações transforma-se em centro de imputação de direitos, deveres e obrigações.¹⁵⁴

Assim, embora carente de uma definição positivada, a empresa é estudada, em todos os manuais de direito empresarial e sob um recorte econômico, como uma atividade que congrega um conjunto de fenômenos jurídicos poliédricos, caracterizando uma força particular em movimento, dirigida a uma finalidade produtiva e com o propósito de gerar lucro¹⁵⁵.

As atividades das empresas são, em verdade, resultado das condições de mercado que enfrentam e de atributos específicos que possuem¹⁵⁶. Por essa razão é que as empresas que enfrentam diferentes mercados irão se comportar e também apresentar desempenho diferente. Se as condições de mercado forem modificadas,

¹⁵¹ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁵² *Ibidem, loc. cit.*

¹⁵³ FORGIONI, Paula A. **A evolução** ..., p. 103.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 104.

¹⁵⁵ MENDONÇA, Saulo Bichara. Função Social da Empresa. Análise Pragmática. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, n. 23, p. 63, 2012.

¹⁵⁶ NELSON, Richard R. **As fontes do crescimento econômico**. Tradução: Adriana Gomes de Freitas. Campinas: Unicamp, 2006, p. 173.

o comportamento das empresas também será alterado¹⁵⁷.

Não obstante sua característica multifacetada e as inúmeras tentativas de se chegar a uma definição própria, não existe um conceito legal de empresa¹⁵⁸, o que muito provavelmente tenha levado Alberto Asquini¹⁵⁹ a discorrer sobre seus perfis caracterizadores: o subjetivo, o objetivo, o corporativo e o funcional.

Por seu perfil subjetivo e dada a ausência de um conceito próprio, a definição de empresa poderia ser confundida com a de empresário. Já pelo perfil objetivo, a empresa é vista como conjunto patrimonial destinado a justificar a atuação do empresário, ao passo que a análise da empresa pelo seu perfil funcional importa na sua identificação como mera atividade exercida e, por fim, em seu perfil corporativo, a empresa é vista como uma corporação, isto é, uma organização de pessoas com escopo econômico comum¹⁶⁰. Há quem entenda, porém, que o sucesso da teoria de Asquini decorre do fato de que:

(...) os perfis da empresa correspondem a finalidades normativas, o que permitiu à literatura jurídica desenvolver o tema dos perfis da empresa, mesmo quando adotasse como ponto de partida das suas investigações o incompatível dado teórico econômico. Neste sentido, verificou-se como na tarefa de elaboração de um conceito jurídico de empresa a partir do conceito neoclássico, separou-se direito e economia, por ter atribuído excessivo valor à estrutura de descrição econômica da empresa, enquanto imperava, desapercibida, a finalidade normativa¹⁶¹.

Na tentativa de apresentar um conceito pronto e acabado, a teoria neoclássica da empresa trabalha com duas hipóteses¹⁶²: 1) o conhecimento tecnológico é fator determinante dos possíveis insumos e produtos à disposição da empresa e, 2) a escolha administrativa entre opções claramente definidas determina o que uma empresa faz.

¹⁵⁷ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁵⁸ Em que pese a inexistência de um conceito pronto e acabado para empresa é certa a existência de uma diferenciação desta com a figura do empresário, cuja definição, em linhas gerais, aponta para aquele que exerce atividade econômica organizada com vistas à produção de bens ou à prestação de serviços.

¹⁵⁹ ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 35, n. 104, p. 113, 1996.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 118.

¹⁶¹ CAVALLI, *op. cit., loc. cit.*

¹⁶² NELSON, *op. cit.*, p. 27.

A partir desses pressupostos, a empresa pode ser definida como uma máquina¹⁶³ que contém peças humanas, das quais emanam as decisões e as escolhas que ela faz. Por essa definição, a empresa parece se amoldar ao conceito de organização que, *mutatis mutandis*, muito se aproxima daquele perfil corporativo traçado por Alberto Asquini. Não se pode descuidar, todavia, que:

(...) mesmo a estratégia elaborada por Alberto Asquini, que entevia na empresa uma pluralidade de perfis, acabou por conferir maior peso ao perfil subjetivo, por conta do *path dependence* na finalidade normativa histórica de qualificar um sujeito de modo a delimitar o âmbito de aplicação do direito comercial, ao mesmo tempo que diminuía a importância dos demais perfis, em razão da menor importância atribuída às finalidades normativas que orientaram as suas descrições, ao mesmo tempo que os subordinavam ao perfil subjetivo, consistente na norma de configuração do empresário¹⁶⁴.

Na concepção clássica da AED, a empresa é vista como um feixe de contratos (*nexus of contracts*), conceito que pressupõe a existência de um único agente subscritor de uma vasta gama de arranjos contratuais¹⁶⁵, que engloba desde o contrato social firmado com os sócios até os contratos firmados com clientes, fornecedores, trabalhadores, instituições financeiras e afins¹⁶⁶.

A firma e o mercado, coexistindo, têm a função comum de coordenar a atividade econômica¹⁶⁷:

Em um momento em que o pensamento econômico estava imerso na compreensão do mercado e no funcionamento do mecanismo de preços, Coase abriu o caminho para explicar a “gênese da firma”, que até então era vista somente como a instância na qual as transformações tecnológicas (uma ou mais) eram processadas sobre determinados bens ou serviços.

O conceito de firma, desde aquele momento, não seria mais apenas aquele espaço para a transformação de um produto, mas sim, também espaço hábil para a coordenação de ações dos agentes econômicos alternativo ao mercado. Isto significa que as firmas organizam *inputs* de modo a combinar eficiência ao seu produto final. Foco central para esta concepção está a concepção de firma como um verdadeiro nexu ou feixe de contratos através dos quais os participantes compõem-se em “transações” uns com os outros¹⁶⁸.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 40.

¹⁶⁴ CAVALLI, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁵ JOBIM, *op. cit.*, p. 80-97.

¹⁶⁶ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito** ..., p. 41,

¹⁶⁷ JOBIM, *op. cit.*, p. 80-97.

¹⁶⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

Até mesmo a relação entre a incidência dos custos de transação e a busca pela eficiência se reflete na abordagem institucionalista das firmas e mercados, segundo a qual:

(...) a busca de maior eficiência produtiva reflete-se nos padrões de conduta dos agentes e na forma pela qual as atividades econômicas são organizadas e coordenadas. Em última instância, essa abordagem postula que os formatos organizacionais (ou estruturas de “governance”) – firma, mercado ou redes, por exemplo – são resultado da busca de minimização dos custos de transação por parte dos agentes econômicos¹⁶⁹.

A busca por novos formatos de contratação, novas formas de organização e mecanismos eficientes para coordenar as ações e atividades da empresa são aspectos atinentes à governança corporativa, de tal modo que:

Tais mecanismos, configurando estruturas de governança específicas, permitem assim auferir economias de custos de transação, nas várias formas em que estes podem se apresentar – custos de coleta e transmissão das informações, custos de barganha e tomada de decisões, custos de monitoração, supervisão e implementação de ações, ineficiências decorrentes de uma coordenação imperfeita, que gera perdas de rendimento no processo produtivo ou a desvalorização de ativos associados às transações em questão¹⁷⁰.

Há de ressaltar, todavia, que além de se caracterizar como agente subscritor de contratos, a empresa precisa buscar e manter uma vantagem competitiva sobre seus rivais, proporcionando um valor razoável para o seu comprador e desempenhando atividades com mais eficiência do que seus concorrentes, o que se traduz na busca pelo menor custo¹⁷¹.

Pode também a empresa optar pelo desempenho de atividades de forma excepcional, criando maior valor para o comprador e, por conseguinte, a possibilidade de um preço maior, em razão da diferenciação de seu produto ou

¹⁶⁹ FAGUNDES, Jorge. Critérios alternativos e eficiência econômica e suas implicações para as políticas de defesa da concorrência: diferenciação de produtos, eficiência x custos de transação. **Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 12, p. 49, jan. 2005. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em 3 out. 2013.

¹⁷⁰ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁷¹ PORTER, *op. cit.*, p. 52.

serviço¹⁷². Marx refletiu sobre isso:

O preço de mercado das mercadorias aumenta ou diminui, abaixo ou acima de seu valor de troca, com a relação variável de oferta e demanda. Por conseguinte, segue-se que o valor de troca das mercadorias é determinado pela relação de oferta e demanda, e não pelo tempo de trabalho contido nelas. Desta conclusão esquisita surge, com efeito, apenas uma única pergunta: como se desenvolve um preço de mercado diferente do valor de troca que lhe serve de base? Ou mais exatamente: como a lei do valor de troca se realiza apenas em seu próprio contrário?¹⁷³

Em resposta à sua própria indagação, Marx dizia que este é um problema a ser resolvido pela teoria da concorrência. De fato, a concorrência entre os agentes econômicos se desenvolve sob o manto da lei da oferta e da procura, que influencia diretamente a atribuição de preço às mercadorias. Mesmo diante da evidência de que os custos envolvidos na produção impactam fortemente na formulação dos preços, nem sempre a empresa tem por escopo ou por estratégia a mera redução dos custos.

Há empresas que trabalham com o menor custo por produzirem na China ou em países com mão de obra mais barata e ainda assim competem, em posição privilegiada, com preços relativamente altos (o caso da Apple é um bom exemplo). Trata-se da alocação da eficiência nos processos produtivos e também nos processos de venda e sedução dos consumidores. Afinal, há produtos que, mesmo não tendo um custo pequeno são altamente desejados pelos indivíduos, o que coloca a empresa fabricante em posição de destaque se comparada aos concorrentes que, muitas vezes, trabalham com o fator menor custo, mas deixam de dar a devida importância à eficiência em todo o processo de produção e aos respectivos custos de transação envolvidos ao longo da cadeia e que, de forma alguma, resumem-se em custos financeiros.

Existe, pois, uma preocupação em atribuir à noção de empresa uma conotação econômica, que a distancia da formatação jurídica, na medida em que se procura inserir no seu conceito os custos de transação. Nesse ponto, relevante a

¹⁷² Michael E. Porter cita como exemplo da obtenção e manutenção de vantagem competitiva o caso da empresa japonesa Makita que, empregando, de forma pioneira, materiais novos e mais baratos, conseguiu padronizar sua produção e concentrá-la numa única unidade fabril que vendia para o mundo todo. *In*: PORTER, Michael E. **A vantagem competitiva das nações**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989, p. 54.

¹⁷³ MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos** ..., p. 162.

distinção entre a AED e a simples aplicação da teoria da eficiência, já que “entre os custos de transação incluem-se não apenas aqueles mensuráveis economicamente, mas também aqueles relacionados à satisfação dos que com a empresa se relacionam”¹⁷⁴.

Dada a sua função de também economizar custos de transação, a firma pode ser definida como “um mecanismo de governança de contratos que atribui ao empresário o poder de resolver conflitos *ex post* por meio do *fiat*”¹⁷⁵.

Além disso, uma conceituação econômica de empresa pressupõe a necessidade de evidenciar sua estrutura, ou seja, o conjunto de elementos que integram o conceito, quais sejam, a organização dos fatores de produção; o trabalho do empresário; o intuito de obter um produto destinado à troca em mercado, isto é, voltado a satisfazer necessidades alheias; o risco para o empresário e a obtenção de lucro como resultado da atividade¹⁷⁶.

É preciso, assim, identificar os principais aspectos estruturais das formas de organização do mercado, ligando-as às suas conseqüências econômicas, tendo em vista os propósitos da eficiência¹⁷⁷ em oposição ao monopólio.

As empresas são os principais atores da produtividade e dentro da sua função de produção transformam insumos em produtos, a partir do conhecimento tecnológico¹⁷⁸. Elas geralmente escolhem maximizar seus lucros com base em pontos determinados de sua produção e dentro de certas condições de demanda e oferta dos seus produtos. Acabam tratando os preços como parâmetros para sua atuação no mercado que, da forma como posta, é considerado perfeitamente competitivo¹⁷⁹.

2.4 A ECONOMIA DE MERCADO NA VISÃO DE KARL POLANYI

¹⁷⁴ SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito** ..., p. 41.

¹⁷⁵ CAVALLI, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷⁶ CAVALLI, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷⁷ WILLIAMSON, Olivier E. **Las instituciones** ..., p. 435.

¹⁷⁸ NELSON, *op. cit.*, p. 27.

¹⁷⁹ *Ibidem*, p. 40.

No decorrer do século XX poucas pessoas "denunciaram o mercado autorregulador" com maior paixão do que Karl Polanyi¹⁸⁰.

Conhecido por sua oposição ao pensamento econômico tradicional, o filósofo, historiador e antropólogo húngaro Karl Polany defende que os mercados sempre foram acessórios da vida econômica, de tal modo que mesmo quando se desenvolveram bastante, como ocorreu sob o sistema mercantil, tiveram que lutar sob o controle de uma administração centralizada que patrocinava a autarquia tanto no ambiente doméstico do campesinato como em relação à vida nacional¹⁸¹. Os sistemas de regulamentação e os mercados cresceram juntos, mas a emergência da ideia da auto-regulação constituiu-se numa inversão da tendência do desenvolvimento¹⁸².

Nesse contexto, a economia de mercado, como sistema econômico controlado, regulado e dirigido apenas por mercados; bem como a ordem na produção e distribuição dos bens são confiadas a esse mecanismo auto-regulável¹⁸³. Uma economia desse tipo nasce da expectativa de que os seres humanos se comportem de maneira a atingir o máximo de ganhos monetários, pressupondo mercados nos quais o fornecimento dos bens disponíveis (incluindo serviços) a um preço definido igualará a demanda a esse mesmo preço¹⁸⁴.

No lapso temporal decorrido entre os anos de 1879 e 1929, as sociedades ocidentais tornaram-se estreitamente ligadas, apesar das latentes tensões e inquietações que as rondavam. A fonte mais imediata dessa transformação foi a "autoregulação imperfeita da economia de mercado"¹⁸⁵, resultado de medidas protecionistas.

A esse respeito, importantes os escritos de Henry Kissinger¹⁸⁶, no sentido de

¹⁸⁰ MÉSZÁROS, *op. cit.*, p. 902.

¹⁸¹ POLANYI, Karl. **A grande transformação: as origens de nosso época**. Tradução de Fanny Wrabel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000. p. 89.

¹⁸² Em contraposição ao modo Polanyiano de enxergar o papel do mercado na sociedade oportuna a leitura dos escritos de Friedrich Hayek, que trabalha com o conceito de ordem espontânea para explicar o funcionamento do mercado. A esse respeito, confira-se: HAYEK, Friedrich. *Direito, Legislação e Liberdade: uma nova formulação dos princípios liberais de justiça e economia política*. São Paulo: Visão, 1985.

¹⁸³ POLANYI, Karl. *op. cit.*, 2000. p. 89.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 90.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 237.

¹⁸⁶ KISSINGER, Henry. **Diplomacy**. Simon & Schuster: New York, p. 31, 1994.

que a partir da primeira guerra mundial os Estados Unidos emergiram, iniciando-se, em 1974, a abertura de mercados e a expansão territorial, promovendo-se, também, o estabelecimento de fronteiras (a exemplo do Canadá) em favor dos EUA, que mais tarde passou a ter interesse comercial nas Índias Ocidentais Britânicas, como forma de expandir ainda mais as suas relações comerciais.

De modo geral, a sociedade precisou se adaptar às necessidades do mecanismo de mercado, cujas imperfeições de funcionamento criaram tensões cumulativas na ordem social. Como regra, quando o funcionamento de um mercado ameaça destruir a sociedade a ação autopreservativa da comunidade tenta impedir o seu estabelecimento ou interferir em seu livre funcionamento quando já estabelecido¹⁸⁷. Exemplo perfeito da capacidade de funcionamento de uma economia de mercado é a experiência norte-americana:

Durante um século, o trabalho, a terra, e o dinheiro foram comerciados nos Estados Unidos com total liberdade e, no entanto, aparentemente não foram necessárias medidas de proteção social; a não ser pelas tarifas aduaneiras, a vida industrial continuava a funcionar sem a interferência do governo. A explicação é, sem dúvida, bastante simples: o trabalho, a terra, e o dinheiro eram livres¹⁸⁸.

Já no início da década de 1930, a auto-regulação imperfeita do mercado acabou levando a uma intervenção política e os governos tiveram que responder às pressões sociais, especialmente quando o ciclo comercial deixou de restaurar o emprego, as importações deixaram de produzir exportações, as regulamentações da reserva bancária passaram a ameaçar os negócios, quando devedores estrangeiros recusaram-se a pagar suas dívidas. Em caráter de emergência a unidade da sociedade foi garantida pela via da intervenção¹⁸⁹. Deste modo:

A verdadeira crítica à sociedade de mercado não é pelo fato de ela se basear na economia - num certo sentido, toda e qualquer sociedade tem que se basear nela - mas que a sua economia se baseava no auto-interesse. Uma tal organização de vida econômica é inteiramente antinatural, no sentido estritamente empírico de excepcional¹⁹⁰.

¹⁸⁷ POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Tradução de Fanny Wrabel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 237.

¹⁸⁸ *Ibidem*, loc. cit.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 243.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 289.

A economia de mercado, ou sociedade de mercado, como referida por Polanyi pressupõe a presença de dinheiro e o controle da produção pelos preços, que se afiguram como rendimento e lucro para os produtores. A ordem na produção e na distribuição de bens é, assim, assegurada apenas pelos preços. Mas além dos bens, outros componentes da indústria têm espaço no mercado, a exemplo do trabalho, da terra e do dinheiro, cujos preços são respectivamente chamados de salário, aluguel e juros¹⁹¹.

Para Polanyi, quando o mercado participa da esfera social é possível preservar todas as liberdades, individuais ou coletivas. A crítica que se faz à sua argumentação recai sobre a confiança que deposita no primitivismo¹⁹².

De todo modo, segundo Polanyi, os perigos do mercado que ameaçam a terra e o trabalho são bastante óbvios, o que não ocorre com os perigos relacionados aos negócios, já que os lucros dependem dos preços que, por sua vez, dependem de ajustes monetários, vitais para qualquer sistema motivado pelo lucro¹⁹³.

(...) o mercado foi a consequência de uma intervenção consciente, e às vezes violenta, por parte do governo que impôs à sociedade a organização do mercado, por finalidades não-econômicas. Examinado mais de perto, o mercado auto-regulável do século XIX se revela radicalmente diferente até mesmo do seu predecessor imediato, pois ele dependia do auto-interesse econômico para a sua regulação. A fraqueza congênita da sociedade do século XIX não foi o fato de ser uma sociedade industrial e sim uma sociedade de mercado. A civilização industrial continuará a existir mesmo quando a experiência utópica de um mercado auto-regulável não for mais que uma lembrança. Todavia, a mudança de uma civilização industrial para uma nova base, de negação do mercado, parece a muitos uma tarefa demasiado árdua. Eles receiam um vácuo institucional ou, o que é pior, a perda da liberdade. Será que esses perigos precisam realmente prevalecer?¹⁹⁴

O ato de retirar do mercado os elementos da produção – terra, trabalho e dinheiro – não é um ponto uniforme, salvo sob o ponto de vista do mercado, que os tratava como mercadorias. O fim da sociedade de mercado não significa ausência de

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 90.

¹⁹² ALMEIDA, Rafael Galvão de; FERNÁNDEZ, Ramón Vicente García. **Hayek versus Polanyi**: espontaneidade e desígnio no capitalismo. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br>>. Acesso em 8 fev 2014.

¹⁹³ POLANYI, *op. cit.*, p. 228.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 290.

mercados, os quais continuam, de diversos modos, a garantir a liberdade do consumidor, indicar a mudança da demanda e influenciar a renda dos produtores, servindo como instrumento de contabilização, já que não se revela, totalmente, como órgão de autorregulação econômica¹⁹⁵.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 292.

3 AED E A CONCORRÊNCIA ENTRE EMPRESAS

3.1 A IMPORTÂNCIA DA CONCORRÊNCIA

A partir da Segunda Guerra Mundial passou a ser rápida e crescente a industrialização da periferia do mundo capitalista, sempre dirigida por empresas dos países cêntricos¹⁹⁶. Notou-se, ademais, a aceleração desse processo, evidenciando-se a terceira fase na evolução do capitalismo industrial, identificada pela progressiva integração das economias nacionais que formavam o centro do sistema.

Os sistemas nacionais que até então constituíam os marcos delimitadores do processo de industrialização, perderam espaço no centro do sistema capitalista, embora nenhum outro marco tenha surgido para substituí-lo¹⁹⁷. De todo modo, foi na fase de consolidação dos sistemas nacionais que a grande empresa assumiu o papel de centro de decisões com influência significativa em importantes setores da atividade econômica¹⁹⁸.

É bastante antiga a preocupação do homem com a concorrência e seus efeitos (como o aumento de preços e a existência de monopólios), havendo registros de que ainda no Egito, Roma e Grécia antigos já havia forte interesse na questão da regulação do mercado e dos efeitos advindos das relações dele derivadas:

Foram cuidadosamente elaboradas as regulamentações comerciais para as pessoas que negociavam entre si. Qualquer forma de fraude ou desonestidade era denunciada tanto em nome de Deus como nos códigos da lei humana (Amós 8:4-6). Os preços e medidas tinham de ser padronizados (Deut. 25:13-15), não devendo haver unidades maiores e menores com as mesmas denominações, sendo proibida a adulteração. Também havia disposições contra a especulação e o monopólio quando essas práticas pudessem ocasionar a elevação dos preços. Tais disposições se aplicavam em especial aos alimentos, os quais não podiam ser estocados em períodos de fome. Mas essa regra nem sempre era observada. José, que foi feito dirigente do Egito (possivelmente por volta de 1739 a.C), armazenou alimentos durante sete anos de abundância para os sete anos de fome que deveriam advir (Deut. 41:46-57). Dessa forma ele controlou o mercado de cereais durante quatorze anos e aproveitou-se da angústia do Egito e terras vizinhas para destruir a posse de propriedades privadas no Egito. Contudo, a regulamentação comercial dos personagens bíblicos não era tão bem elaborada quanto a dos gregos e romanos, porque

¹⁹⁶ FURTADO, Celso. **O mito do desenvolvimento**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974, p. 28.

¹⁹⁷ *Ibidem, loc. cit.*

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 29.

o comércio não tinha então grande vulto, não sendo os regulamentos muito necessários¹⁹⁹.

Por garantir liberdades importantes para o processo de desenvolvimento, a concorrência sempre teve importância independentemente da geração de efeitos econômicos²⁰⁰. Isso porque a concorrência proporciona maior segurança nas relações entre os agentes econômicos, por conter regras mínimas de organização entre os particulares, estabelecendo as regras do jogo²⁰¹ de um determinado mercado.

Não bastasse isso, a concorrência atua no sentido de fortalecer as outras instituições do mercado, tornando mais claras as regras de relacionamento entre os agentes econômicos e aumentando a confiança e a previsibilidade já existentes²⁰².

Por esse motivo é que poucas funções de um governo são tão importantes para o aprimoramento da economia quanto à garantia da rivalidade interna entre as empresas²⁰³. Além de estimular a inovação - elemento de relevância no processo de crescimento²⁰⁴ também beneficia a indústria nacional, dando ao país maiores e melhores condições de concorrer no mercado internacional, especialmente por intermédio das grandes empresas.

Interessante notar, nesse contexto, que a grande empresa exige uma maior coordenação na tomada de decisões por parte dos agentes econômicos, especialmente se comparada ao perfil dos mercados atomizados²⁰⁵. E a exigência de maior coordenação entre as decisões desses grandes agentes leva também a uma situação de concentração, caracterizada pela troca do mínimo possível de informações em decorrência da estipulação de regras de convivência entre os agentes econômicos. Conforme explica Celso Furtado:

¹⁹⁹ BELL, John Fred. **História do pensamento econômico**. Tradução de Giasone Rebuá. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982, p. 30.

²⁰⁰ MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2006, p. 137.

²⁰¹ NORTH, Douglass C. Economic performance through time. **The American Economic Review**, v. 84, p. 359-368, jun. 1994. Issue 3.

²⁰² MUNHOZ, *op. cit.*, p. 137.

²⁰³ PORTER, *op. cit.*, p. 738.

²⁰⁴ HATTWICK, *op. cit.*, p. 93.

²⁰⁵ FURTADO, Celso. **O mito** ..., p. 29.

A tendência à concentração que criou em certos ramos situações de virtual monopólio provocou reações inversas de defesa do interesse público com as leis anti-trust do fim do século passado. Fechada a porta ao monopólio foi necessário desenvolver formas de coordenação mais sutis. O oligopólio constitui o coroamento dessa evolução: ele permite que um pequeno grupo de grandes firmas criem barreiras à entrada de outras em um setor de atividade econômica e administrem conjuntamente os preços de certos produtos, conservando contudo autonomia financeira, tecnológica e administrativa²⁰⁶

Diferentemente da concorrência tradicional de preços, em que se verifica a redução de lucros, a debilidade financeira, o fechamento de fábricas, a elevação de preços e a redução da demandas, o mundo dos oligopólios em muito se assemelha a uma corrida, na qual todos alcançam o objetivo inicialmente traçado, não obstante a recompensa maior fique apenas com aqueles que cheguem à frente. Nas palavras de Celso Furtado, trata-se de um esporte ao qual só têm acesso os campeões²⁰⁷.

A forma oligopólica de coordenação de decisões, pela sua grande flexibilidade e pelo favorecimento à inovação, constitui-se em poderoso instrumento de expansão econômica no centro do sistema capitalista²⁰⁸.

Tem-se, assim, que a concorrência entre os agentes econômicos desenvolve um país²⁰⁹, razão pela qual se deve considerar a importância da rivalidade interna entre as empresas, que repercute fortemente na política antitruste, especialmente naquela voltada contra fusões e alianças²¹⁰.

Um dos serviços mais desagradáveis oferecido pela concorrência, todavia, consiste na eliminação de firmas, produtos e processos ineficientes, mediante atenta análise de critérios quantitativos e qualitativos²¹¹ da produção e fornecimento ao mercado. Isso tudo porque o Estado intervém na economia, "controlando os preços, limitando a produção, regulando a oferta etc., ou onerando a formação dos preços com taxações fiscais"²¹².

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 30.

²⁰⁷ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁰⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁰⁹ PORTER, *op. cit.*, p. 669.

²¹⁰ *Ibidem*, p. 738.

²¹¹ CLARK, *op. cit.*, p. 91.

²¹² MELLO, Olbiano de. *Op. cit.*, p. 40.

A proteção ao comércio sempre foi algo essencial para a defesa do próprio Estado, e mesmo a proteção de setores específicos faz parte da proteção geral garantida pelo Estado²¹³. Na visão de Adam Smith, todavia:

É dessa forma que todo sistema que procura, por meio de estímulos extraordinários, atrair para um tipo específico de atividade uma parcela de capital da sociedade superior àquela que naturalmente para ela seria canalizada, ou então que, recorrendo a restrições extraordinárias, procura desviar forçadamente, de um determinado tipo de atividade, parte do capital que, caso contrário, naturalmente, seria para ela canalizada, na realidade age contra o grande objetivo que tenciona alcançar. Em vez de acelerar o desenvolvimento da sociedade no sentido da riqueza e da grandeza reais e, em vez de aumentar, diminui o valor real da produção anual de sua terra e de seu trabalho²¹⁴.

Por essa razão, a administração dos preços pelas empresas cria-lhes vantagem relativa para que inovem em seus processos produtivos e introduzam novos produtos em seus respectivos setores de atuação²¹⁵. Nessa linha, já dizia Marx que:

O preço das mercadorias não é coisa aparente, por si próprio. O possuidor vê-se obrigado a pôr-lhes umas etiquetas para anunciar o seu preço, para representar a sua igualdade com o ouro. Não há comerciante que não saiba perfeitamente que não necessita nem um grão de ouro efetivo para estimar em ouro o valor de milhões de mercadorias²¹⁶.

Esse seria o cenário da chamada concorrência perfeita, cujo principal pressuposto é o livre jogo do mercado, segundo o qual os preços dos bens e serviços postos a disposição devem ser estipulados pelo próprio mercado, sem interferências externas ou imposições por parte de agentes econômicos concorrentes²¹⁷. A esse respeito, Adam Smith preconizava que:

(...) uma vez eliminados inteiramente todos os sistemas, sejam eles preferenciais ou de restrições, impõe-se por si mesmo o sistema óbvio e simples da liberdade natural. Deixa-se a cada qual, enquanto não violar as

²¹³ SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 2, p. 206.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 169.

²¹⁵ FURTADO, Celso. **O mito** ..., p. 30.

²¹⁶ MARX, Karl. **O capital** ..., p. 55.

²¹⁷ FORTES; BASSOLI, *op. cit.*, p. 235-253.

leis da justiça, perfeita liberdade de ir em busca de seu próprio interesse, a seu próprio modo, e faça com que tanto seu trabalho como seu capital concorram com os de qualquer outra pessoa ou categoria de pessoas²¹⁸.

Na concorrência dita perfeita preserva-se o ambiente concorrencial, de modo que todos os participantes do mercado encontrem as mesmas condições para exercerem suas atividades e formularem seus preços²¹⁹.

Interessante notar, todavia, que para que haja concorrência perfeita é necessário que tanto a entrada como a saída do mercado sejam livres e desimpedidas. A impossibilidade de verificação dessa condição impõe que a dita concorrência perfeita fique apenas no campo imaginário²²⁰.

Como se vê, há quem entenda que a concorrência perfeita não exista, especialmente porque, na prática, sem a salvaguarda do excesso de investimentos e da contenção dos recursos excedentes, a concorrência pode ser desastrosa²²¹. Por essa razão é que se afirma que a liberdade de ingresso desempenha papel fundamental na teoria da concorrência²²².

De modo geral, diante da dinâmica do mercado, "os indivíduos que estão em concorrência movimentam-se até que todos estejam satisfeitos; e basta que apenas um não esteja satisfeito para obrigar os demais a se movimentarem"²²³.

A competição das empresas "coordena as funções de oferta e procura, de forma que o fornecimento de bens e serviços seja adequado à demanda efetiva"²²⁴. A concorrência também assegura eficiência distributiva, já que os fatores de produção são remunerados de acordo com o valor que o mercado lhes atribuir e desempenha funções sociais ao proporcionar oportunidades a todos os participantes no mercado²²⁵.

Nesse sentido, também há quem defenda o caráter instrumental do direito

²¹⁸ SMITH, *op. cit.*, p. 169.

²¹⁹ FORTES; BASSOLI, *op. cit.*, p. 235-253.

²²⁰ CLARK, *op. cit.*, p. 121.

²²¹ *Ibidem*, p. 122.

²²² *Ibidem*, *loc. cit.*

²²³ PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987, p. 99.

²²⁴ MUNHOZ, *op. cit.*, p. 129.

²²⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

concorrencial, concepção segundo a qual a concorrência se presta a um fim maior que é assegurar a todos uma existência digna, sob o manto da justiça social. Nesse sentido, a Constituição brasileira vai muito além da tutela do livre mercado, buscando, em suas diretrizes, a promoção da dignidade da pessoa humana.²²⁶

Sobre os benefícios que se espera da concorrência pode-se dizer que "eles incluem a ação de forças que propiciam o progresso dinâmico. Forças, todavia, que acarretam custos"²²⁷. Nesse contexto, há que se ponderar que:

Em comparação com a nossa atual escala de valores, esses ganhos valem o que custam. Um estudo sério de tais custos, todavia, obriga-nos a salientar a importância de mantê-los tão perto do mínimo quanto possível. Esse mínimo abrange os custos de contra-medidas que são mais baratas do que o custo da negligência. Os benefícios da concorrência englobam também efeitos equilibradores, necessariamente incompletos e que despreveríamos melhor se disséssemos que reduzem e limitam o desequilíbrio²²⁸.

O direito da concorrência muitas vezes precisa tutelar demandas que superam as fronteiras de um Estado; situações em que as trocas de mercado não são contidas pelas limitações geográficas²²⁹. Isso se deve ao fato de que no mundo globalizado as atividades das empresas muito freqüentemente ultrapassam as barreiras físicas de seu país, tanto que suas políticas de comércio costumam ser globalizadas, não mais limitadas ao território do país.

Tradicionalmente o direito é territorial, mas em contraste, as atividades empresariais mostram-se cada vez mais transfronteiriças, atingindo interesses de mais de um Estado, especialmente no âmbito do direito concorrencial²³⁰.

Essa globalização da concorrência importa na necessidade de que cada país sujeito à atuação ou interferência de determinada empresa estrangeira em sua economia detenha meios de impedir condutas lesivas ao seu ambiente econômico,

²²⁶ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010, p. 178.

²²⁷ CLARK, *op. cit.*, p. 97.

²²⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

²²⁹ CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-103, 2013.

²³⁰ VALENTE DOS REIS, Gabriel. Direito concorrencial internacionalizado: entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 73, p. 303, out. 2010. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 4 out 2013.

sempre que tal intervenção se afigure necessária.

O que se verifica, em muitos casos, é que os países amparam suas normas concorrenciais em teorias diversas, sob fundamentos que nem sempre guardam similitude com os de outros países:

Na escola americana, o objetivo fundamental da defesa da concorrência é a eficiência econômica. Geralmente usa-se uma medida mais simples de eficiência econômica: a eficiência é medida por preços baixos, desde que não abaixo do custo marginal. Preços abaixo do custo marginal, prática comercial chamada de dumping é condenável pela defesa da concorrência. Por exemplo, se uma firma mais eficiente conseguir cobrar mais barato e tirar do mercado alguns concorrentes, isto não é considerado um problema sob o ponto de vista da escola americana.

Na escola alemã, além do objetivo de eficiência econômica, outros objetivos sociais e políticos são também levados em consideração: emprego, diluição do poder econômico e viabilidade econômica de parceiros, são muitas vezes justificativas para a ação da defesa da concorrência. O contraponto desse conjunto de objetivos mais amplo é que, muitas vezes, eles podem ser antagônicos e, talvez por isto, permitam uma aplicação discricionária, gerando uma aplicação mais fraca.

No Japão, a aplicação das leis de defesa da concorrência esteve, até recentemente, subordinada ao interesse da política industrial de se criar grandes grupos privados japoneses para competir internacionalmente. Como essa política industrial vai na direção contrária da política de defesa da concorrência, sua aplicação foi muito frouxa²³¹.

Na China, por exemplo, embora já existissem leis esparsas sobre a temática da concorrência, em agosto de 2008 começou a vigorar a sua primeira lei antitruste, aguardada com ansiedade há muitos anos pela repercussão que poderia vir a ter sobre os negócios que se fazem no mundo²³².

Além disso, há também a preocupação com a maximização do bem-estar, cujos atributos podem variar conforme o país porque pode existir uma incompatibilidade entre os interesses internos daquele e os interesses sob a ótica global:

O problema do direito internacional concorrencial é que políticas que visam à maximização do bem-estar dos residentes locais podem não ser

²³¹ COUTINHO, Paulo C. Prolegômenos da economia da defesa da Concorrência. **Revista do IBRAC - Direito da Concorrência e Comércio Internacional**, v. 8, p. 151, jan. 2001. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 4 out. 2013.

²³² ANDRADE, Thompson A. Notas sobre a nova lei antimonopólio da China. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 16, p. 11, jan. 2009. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em 3 out. 2013.

compatíveis com as melhores políticas do ponto de vista global. Nesse sentido, pode haver um estímulo para que os Estados nacionais permitam práticas anticoncorrenciais por parte de multinacionais sediadas em seus territórios, especialmente se os prejuízos decorrentes dessas práticas forem sentidos apenas no exterior; ou se, mesmo havendo prejuízos locais, os benefícios que as empresas nacionais obtêm com essas práticas ultrapassem tais prejuízos. Com efeito, o fato de que as economias não são fechadas, mas, ao contrário, há comércio internacional, modifica substancialmente os incentivos para as políticas concorrenciais nacionais. Há um estímulo para que os Estados tentem externalizar custos e internalizar benefícios²³³.

O que importa, todavia, é que essa diversidade de teorias a amparar o direito concorrencial em nada prejudica na sua adequada implementação, desde que seja de interesse do Estado manter políticas eficientes voltadas à tutela da concorrência, especialmente quando se sabe que a rivalidade interna entre os países propicia desenvolvimento econômico.

Nesse peculiar, ganha destaque a cooperação internacional entre os países, capaz de garantir que a concorrência entre empresas transnacionais seja saudável, pois quando as fronteiras territoriais deixam de ser obstáculo à atuação dos agentes econômicos tem-se a chamada “aplicação transnacional do direito concorrencial”²³⁴, evidenciada no Brasil pela adoção da chamada Teoria dos Efeitos, já referendada pelo CADE, quando do julgamento dos casos *Kolynos*, *Cervejaria Miller*, *Gerdau-Pains*, *Nalco-Exxon*, *Aticus-Texas*, *Henkel-Loctite* e *MCI-Worldcom Inc./Sprint Corporation*²³⁵.

A teoria dos efeitos permite, em suma, a reivindicação e exercício de competência jurisdicional, de forma simultânea, por parte de diversas autoridades de concorrência que, via de regra, promoveriam a aplicação unilateral de suas leis aos casos que ocorrem dentro de seus limites territoriais²³⁶.

Há que se destacar que a concorrência afigura-se como viga mestra indispensável de um sistema no qual o caráter do produto, o aumento do volume e da eficiência da produção, bem como os preços e as margens de lucro são

²³³ VALENTE DOS REIS, *op. cit.*, p. 303.

²³⁴ CARVALHO; SILVEIRA, *op. cit.*, p. 97-103.

²³⁵ Respectivamente, os Atos de concentração nº 27/95, nº 58/95, nº 16/94, nº 28/95, nº 132/97, nº 120/97 e nº 53.500.005134/99. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 10 nov. 2013.

²³⁶ CARVALHO; SILVEIRA, *op. cit.*, p. 97-103.

livremente estipulados pela iniciativa privada²³⁷.

Coloca o consumidor em posição estratégica, disciplinando as unidades comerciais em relação umas às outras, sob a pressão da disciplina que os fregueses podem delas exigir, em razão do poder de escolha que têm para decidir entre os concorrentes no mercado²³⁸. Por essa razão é que se torna possível dizer que um dos serviços mais essenciais prestados pela concorrência é o estímulo em relação à produção eficiente²³⁹.

3.2 LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA

Ainda que se qualifique como intervencionista a ordem econômica capitalista (mundo do dever ser), ela está comprometida com a finalidade de preservação do capitalismo. A nova ordem econômica, além de não se exaurir no nível constitucional, se distingue da antiga na medida em que compreende normas de ordem pública e normas intervencionistas que instrumentam a atuação interventora do Estado na economia²⁴⁰.

A expressão “ordem econômica” constante do art. 170 da Constituição, não é usada para conotar sentido normativo, mas para indicar o modo de ser da economia brasileira, a articulação do econômico. Tanto é assim que no lugar de “ordem econômica” poderia constar “relações econômicas” ou “atividade econômica”²⁴¹.

A livre concorrência é um princípio da ordem econômica, fundado na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, o que garante o exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, ressalvados os casos previstos em lei, conforme prevê o art. 170, *caput*, inciso IV, da Constituição Federal.

A previsão constitucional acerca da livre concorrência significa que “a Administração Pública não tem título jurídico para aspirar e reter em suas mãos o

²³⁷ CLARK, *op. cit.*, p. 23.

²³⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

²³⁹ *Ibidem*, p. 82.

²⁴⁰ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 70.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 66.

poder de outorgar aos particulares o direito ao desempenho da atividade econômica”.²⁴² A escolha da atividade econômica pelos particulares e o montante que será comercializado ou produzido compete tão somente aos agentes econômicos, de modo que “nem mesmo o planejamento econômico feito pelo Poder Público para algum setor de atividade ou para o conjunto deles pode impor-se como obrigatório para o setor privado”.²⁴³ Todavia:

(...) não se é livre de abrir um banco, entrar num negócio de táxis ou de prestação de serviços telefônicos e elétricos, ou de direção de uma linha ferroviária, aérea ou de autocarro, sem primeiro receber permissão de um representante governamental²⁴⁴.

A atuação do Estado no cenário econômico, como agente intervencionista, é tema que há muito tempo se discute. Veja-se, por exemplo, o que Karl Marx já dizia a respeito:

A intervenção do Estado ao emitir a moeda-papel com curso obrigatório – estamos tratando apenas deste tipo de moeda-papel – parece abolir a lei econômica. O Estado que, ao estabelecer o preço da moeda dava a um determinado peso em ouro um nome de batismo, e cunhando-o, imprimia simplesmente no ouro o seu selo, parece agora, pela magia, de seu carimbo, poder transformar papel em ouro. (...) No entanto, este poder do Estado é pura aparência. É certo que pode lançar para a circulação a quantidade de notas que quiser, com os nomes monetários que lhe aprover, mas todo seu controle termina neste ato meramente mecânico. Uma vez absorvido pela circulação, o sinal de valor ou a moeda-papel cai sob o domínio das suas leis imanentes²⁴⁵.

Eros Roberto Grau²⁴⁶ destaca que a ordem econômica brasileira optou pelo sistema capitalista e, sendo objeto de interpretação dinâmica, pode ser adequada às vicissitudes da realidade social, instrumentalizando as mudanças desse modelo econômico (capitalista) que, na concepção do autor, é um modelo de bem-estar.

Há quem afirme que os principais problemas de uma nação advêm da

²⁴² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 766.

²⁴³ *Ibidem, loc. cit.*

²⁴⁴ FRIEDMAN, Milton; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade para escolher**. 2. ed. Portugal: Europa-América, 1980, p. 101.

²⁴⁵ MARX, Karl. **Manuscritos** ..., p. 204.

²⁴⁶ GRAU, *op. cit.*, p. 353.

intervenção política em mercados robustos e não das dificuldades do mercado, cujo conceito é abstrato, caracterizado como um processo descentralizado, com o fim de direcionar e coordenar a vida humana, tirando proveito do interesse pessoal²⁴⁷.

Existe, pois, uma nítida distinção entre a ordem econômica do mundo do ser e a ordem econômica do mundo do dever ser, esta última como parcela da ordem jurídica, caracterizada pelo conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica – mundo do ser²⁴⁸.

Na ordem jurídica privada do modelo liberal não se visualizava esses dois grandes e importantes princípios do modelo econômico (livre concorrência e livre iniciativa privada), o que justifica o fato de o direito ter sido progressivamente chamado a cobrir as extensas zonas da ordem econômica²⁴⁹.

E essa tarefa de cobrir algumas áreas da ordem econômica também se distribui por algumas áreas do direito, em especial pela seara penal, destinada à manutenção da legalidade das condutas no mercado.

Nesse sentido, Carlos Martínez-Buján Pérez relata, a partir de seus estudos no direito espanhol, que a proteção dos interesses jurídicos supraindividuais, de caráter social geral, visa preservar, de forma imediata, o próprio funcionamento do sistema de economia de mercado e que, por essa razão, não parece que existam dúvidas sobre a legitimidade da intervenção do direito penal na esfera econômica e empresarial²⁵⁰.

O autor pondera que *"el ejemplo característico en nuestro texto punitivo sería el delito de maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia"*²⁵¹ Em sua concepção, ainda, a maioria dos delitos socioeconômicos se executa por intermédio de empresas, de tal modo que possam ser considerados "delitos de empresa"²⁵².

Independentemente da área do direito chamada a cobrir essas zonas cinzentas da ordem econômica, o sistema jurídico institui e regulamenta a atuação

²⁴⁷ MITCHELL; SIMMONS, *op. cit.*, p. 3.

²⁴⁸ GRAU, *op. cit.*, p. 70.

²⁴⁹ MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1978, p. 86.

²⁵⁰ PÉREZ, Carlos Martínéz-Buján. **Derecho penal económico y de la empresa**. Valencia: Tirant Lo Branch, 2007, p. 183.

²⁵¹ *Ibidem*, p. 184.

²⁵² *Ibidem*, p. 488.

do Estado sobre a economia, com o objetivo de evitar que a tutela da concorrência acabe se tornando um obstáculo ao crescimento da indústria nacional e ao aumento da competitividade, influenciando negativamente, por conseguinte, a distribuição dos bens e serviços.²⁵³

O Estado funciona como um guardião do mercado e por isso pode impor limites à atuação individual e reprimir comportamentos capazes de causar qualquer espécie de dano ao mercado e à livre concorrência.²⁵⁴ Nesse sentido, a importância do direito da concorrência está em não permitir que o “império do mercado” se sobreponha à proteção da livre concorrência²⁵⁵.

Mas, como regra, a intervenção estatal na ordem econômica deve ser indireta, sendo excepcional sua atuação direta, dadas as hipóteses expressamente previstas na Constituição:

A intervenção indireta, por via de regulação da atividade econômica surgiu como pressão do Estado sobre a economia para devolvê-la à normalidade, isto é, para garantir um regime de livre concorrência, evitando-se práticas abusivas pelos agentes mais fortes em face dos mais fracos, bem como em detrimento do mercado e, por conseqüência, de toda a sociedade²⁵⁶.

A intervenção do Estado no domínio econômico reflete uma reação da sociedade aos altos e baixos por ela experimentados, em um contexto histórico-cultural²⁵⁷. Assim, quanto aos governos autoritários, o direito funciona como importante limitador da atuação do Estado, ao passo que momentos de ampla liberdade econômica, quando inexistentes as limitações regulatórias, levaram muitas sociedades a enormes crises econômicas²⁵⁸. Pode-se dizer, então, que:

Se existe regulação em vez de uma mão invisível, então temos o tipo de intervenção que conduzirá a uma economia contemporânea onde mais facilmente se pode encontrar, no lugar desta, a mão confiscadora do Estado

²⁵³ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos** ..., p. 245.

²⁵⁴ MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 36.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 16.

²⁵⁶ FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 104.

²⁵⁷ BUSSE, Diogo Nascimento. Direito econômico e complexidade. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 1-264, out./dez. 2012.

²⁵⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

que procura obter a resolução dos problemas sociais por meio de uma ampla intervenção na economia e na sociedade. Passamos da mão invisível para uma outra mão com uma natureza largamente ablativa - mão ablativa (para fugirmos do excesso contido no termo "mão confiscadora") no sentido em que implica uma sistemática actividade de atribuição de direitos/redução de direitos²⁵⁹.

O próprio conceito de falha de mercado há bastante tempo utilizado como motivador da atividade financeira do Estado, pode ser usado a título de justificação da regulação como um modo especial de intervenção do Estado na economia²⁶⁰.

O que se observa é que todo modo de produção capitalista se desenvolve amparado nesses dois conceitos que, embora muito se assemelhem, apresentam definições distintas: a liberdade de concorrência e a livre iniciativa, também conhecida como princípio da livre empresa²⁶¹.

Não obstante possuam conceituação distinta, o elo entre livre iniciativa e livre concorrência é tão forte que se pode afirmar que não há livre concorrência sem livre iniciativa. A conjugação desses dois princípios favorece a existência de um mercado em que haja preço justo e mais qualidade, evitando que o domínio do mercado por poucos ou por um só agente implique em abuso de sua posição dominante²⁶².

É preciso apenas ter a cautela de considerar que concorrência livre não significa ausência de regras para os concorrentes, do mesmo modo que a livre iniciativa não implica em liberdade absoluta para empreender.

O que ocorre é que a liberdade de empreender repercute no aumento da concorrência e esta se torna mais acirrada na medida em que mais empresas disputam um mesmo mercado. A disputa por espaço instiga a participação mais consciente e melhor planejada, pois, em mercados concorridos, somente as práticas mais acertadas sagrar-se-ão vitoriosas.

Acreditar que atividades comerciais e industriais devam usufruir de liberdade para o melhor desempenho dos seus processos de produção e conseqüente

²⁵⁹ SANCHES, J. L. Saldanha. **Direito econômico**: um projecto de reconstrução. Coimbra: Coimbra, 2008, p. 68.

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 73.

²⁶¹ AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. Do direito nacional ao direito supranacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 265.

²⁶² CASTRO, Ramsés Maciel de. Repressão ao abuso de poder econômico em face da reforma do sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC). **Revista de Ciências Jurídicas e sociais da Unipar**, Umuarama, v. 11, n. 1, p. 63-78, jan./jun. 2008.

acumulação de riquezas pode ser uma grande falácia²⁶³. Nesse sentido:

Basta considerar a notória intervenção dos governos em grandes empresas (multinacionais, inclusive) em momentos de crise, podendo se ressaltar a última tsunami financeira registrada em 2008/09. O liberalismo econômico atribui força descomunal à autonomia da vontade, fato que agregado à desigualdade natural entre os seres resulta em brutal desequilíbrio socioeconômico. Ao contrário do que se possa sustentar os homens não partem todos do mesmo ponto, logo o destino de cada um, inevitavelmente, será diverso, muitos perecerão, poucos sobressairão²⁶⁴.

A verdade é que o intervencionismo pode estagnar e o liberalismo pode permitir o perecimento, de modo que nenhum deles, isoladamente, parece funcionar em plenitude, devendo-se, por isso, buscar o equilíbrio entre os pressupostos de ambos²⁶⁵.

Certo, portanto, que a liberdade no âmbito comercial não significa ausência de regulamentação sobre determinados assuntos como saúde, segurança, trabalho, entre outros. Quer dizer, isto sim, que existe liberdade de decidir sobre o que produzir, como produzir, por quais métodos produzir, como vender e a que preço vender²⁶⁶.

Essas condições permitem concluir, como se verá adiante, que a concorrência, quando praticada de forma sustentável gera desenvolvimento. Isso porque o aumento da participação das empresas num determinado mercado e o conseqüente aumento da competição entre elas impõem uma crescente busca por melhores produtos e serviços, melhores preços e condições para os destinatários desses bens.

Outro aspecto relevante a ser mencionado sobre a livre concorrência é o fato de que, não obstante a sua condição de princípio da ordem econômica, traz em seu bojo outro princípio consagrado no ordenamento jurídico brasileiro: o da isonomia, de importância fundamental para o desenvolvimento do sistema capitalista, "através do qual o Estado estabelece os parâmetros para que os agentes econômicos

²⁶³ MENDONÇA, *op. cit.*, p. 65.

²⁶⁴ *Ibidem, loc. cit.*

²⁶⁵ *Ibidem, loc. cit.*

²⁶⁶ CLARK, *op. cit.*, p. 95.

possam concorrer em igualdade de condições no mercado"²⁶⁷.

Os agentes que atuam no mercado, com negócios privados, podem tomar as mais variadas decisões, suportando as respectivas conseqüências. Os limites que lhe são impostos pelo Estado acabam constituindo requisitos para proteger a liberdade dos demais²⁶⁸.

Tal concepção é própria do Estado Democrático de Direito, em que a liberdade de um sujeito vai até o ponto em que inicia a liberdade do outro, daí porque a isonomia aparece como elemento fundamental para parametrizar a aplicação do princípio aqui em estudo.

Assim, partindo-se do pressuposto de não pode haver concorrência sem que haja ao menos dois agentes num mesmo mercado, torna-se indispensável tratar esses agentes sob um viés de isonomia. Afinal, se há direitos garantidos para todos os agentes é preciso estipular até onde esses direitos podem ir sem que atinjam a esfera juridicamente protegida do outro agente.

Nesse sentido, pode-se afirmar que a liberdade de iniciativa econômica está ancorada no princípio da liberdade, por meio do qual todo agente econômico pode exercer livremente atividade econômica em sentido amplo²⁶⁹, ao passo que a livre concorrência, que tem verdadeira aversão aos monopólios²⁷⁰, funda-se essencialmente na isonomia (embora também ligada aos preceitos de liberdade), buscando um cenário econômico em que a concorrência seja perfeita. Em verdade, o que se almeja com a aplicação do princípio é a igualdade quanto às oportunidades de competição e não em igualdade entre os competidores²⁷¹.

Deve-se, portanto, analisar o princípio da livre iniciativa em cotejo com o princípio da livre concorrência, que traz em seu bojo a limitação a uma liberdade conferida aos particulares constitucionalmente, além de conjugar preceitos advindos de outros princípios, como a função social da propriedade, a defesa do consumidor e

²⁶⁷ SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre concorrência. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, Curitiba, n. 5, p. 155-177, jan./dez. 2005.

²⁶⁸ CLARK, *op. cit.*, p. 95.

²⁶⁹ SCAFF, *op. cit.*, p. 155-177.

²⁷⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁷¹ Sobre essa temática, confira-se: BONFIM, Diego. **Tributação e livre concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 202-203.

a repressão ao abuso de poder econômico²⁷². Conforme Paula A. Forgioni:

O princípio da liberdade de iniciativa econômica implica a liberdade de empresa que, por sua vez, significa a liberdade de lançar-se à atividade, desenvolvê-la e abandoná-la *sponte propria*. Encerra também a liberdade de contratar e a liberdade de concorrência (...). O princípio da livre iniciativa assegura o acesso às oportunidades de troca²⁷³.

Como todo princípio, a livre iniciativa não pode ser interpretada de forma absoluta, exigindo, pois, a atenção do Estado para que a liberdade econômica por ele concedida a uns não cause prejuízo a outros²⁷⁴. Configura-se, assim, como:

(...) o valor mais indicado para representar predominantemente o espírito da ação do Estado com base na Lei Antitruste Brasileira em atenção à Constituição de 1988, consubstanciando-se em verdadeira vertente (eixo) sobre a qual repousa a ordem econômica brasileira. A livre iniciativa apresenta reflexos circunstanciais ao contexto econômico abrangente da liberdade de indústria e de comércio, ou liberdade de empresa, e a liberdade de contrato²⁷⁵.

O princípio da livre concorrência "limita a expressão absoluta do princípio da livre-iniciativa por parte de um agente econômico ou um grupo de agentes econômicos em busca da aplicação universal da livre-iniciativa, i.e, a todos os agentes do mercado"²⁷⁶. Não se constitui, portanto, como desdobramento da livre concorrência, mas como seu complemento, no exercício de uma limitação, afigurando-se como "tensão valorativa que o calibra no contexto do sistema do discurso jurídico-positivo"²⁷⁷, pois, em atenção às regras do antitruste, congrega o quantum do social que deve constar no exercício da liberdade atrelada à livre iniciativa.

O Estado tem a missão, portanto - como elemento integrante da ordem econômica -, de criar condições para que haja, de fato, um ambiente de livre

²⁷² GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

²⁷³ FORGIONI, Paula A. **A evolução** ..., p. 167.

²⁷⁴ GABAN; DOMINGUES, *op. cit.*, p. 52.

²⁷⁵ *Ibidem, loc. cit.*

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 54.

²⁷⁷ *Ibidem, loc. cit.*

concorrência, o que exige uma ação efetiva e não apenas a inação amparada na liberdade para o exercício das atividades econômicas. Isso significa que o Estado precisa reprimir o abuso do poder econômico e evitar a concretização de monopólios, de modo a garantir que todos os agentes tenham iguais condições de participar do mercado.

O monopólio, a propósito, se verifica quando um indivíduo ou empresa específica exerce controle suficiente sobre determinado produto ou serviço a tal ponto de estabelecer, de modo significativo, os termos em que os outros indivíduos a ele terão acesso, aproximando-se, em muitos casos, do conceito comum²⁷⁸ de competição, por envolver rivalidade pessoal²⁷⁹. De acordo com Adam Smith, o monopólio será:

(...) mais ou menos rigoroso, conforme as condições de admissão forem mais ou menos rigorosas e na medida em que os diretores da companhia tiverem maior ou menor autoridade ou conforme o grau maior ou menor de poder com que puderem administrar de maneira a restringir a maior parte do comércio a si mesmos e a seus amigos particulares²⁸⁰.

Já o cartel, outra postura reprimida pelo Estado, caracteriza-se pela reunião de concorrentes com a finalidade de uniformizar sua conduta num dado mercado, inviabilizando a concorrência. Tem por elementos principais a combinação de preços e o estabelecimento de quotas e condições para concorrer, de tal forma que pode ser descrito como um pacto de não concorrência²⁸¹.

Essa uniformização apresenta conseqüências negativas, dentre as quais o aumento dos preços ao consumidor e a ausência de estímulo à inovação e, por conseguinte, a baixa da qualidade dos produtos e serviços oferecidos²⁸².

²⁷⁸ Milton Friedmam trabalha o conceito de competição a partir de dois enfoques: o comum, relativo à rivalidade pessoal, em que os próprios indivíduos se sentem provocados e ameaçados em relação uns aos outros; e o impessoal, característico do mundo econômico, em que não se verificam os resultados de um ou outro componente do mercado, de modo que as regras atinentes ao preço dos serviços e mercadorias, por exemplo, são ditados pelo mercado como um todo, em decorrência do efeito combinado oriundo das ações isoladas de cada agente. *In*: FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo** ..., p. 111.

²⁷⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁸⁰ SMITH, *op. cit.*, p. 207.

²⁸¹ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cartéis: tratamento legal. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 19, p. 105, jan. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 7 out. 2013.

²⁸² *Ibidem*, *loc. cit.*

Por essas razões é que ao agente econômico, tão importante quanto a liberdade para atuar no mercado é a existência de condições que lhe garantam igualdade de competição nesse ambiente.

4 DESENVOLVIMENTO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

4.1 CONCEITO DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Na economia o termo desenvolvimento significa o aumento do fluxo de renda real, com um incremento da qualidade de bens e serviços, por unidade de tempo, à disposição de uma coletividade²⁸³. Trata-se, porém, de um processo desigual que também resulta em grande instabilidade do sistema econômico.

Isso ocorre porque é um grande desafio apreender quais sistemas de valores e de estruturas vigentes mais propiciam o desenvolvimento de uma determinada sociedade num dado momento histórico²⁸⁴.

Uma teoria do desenvolvimento requer a explicação do processo de acumulação de capital, que não pode ser demonstrado a partir de categorias abstratas, com pretensão de universalidade, já que está intimamente ligada a um processo histórico e a um sistema de organização de produção, bem como às formas de distribuição e utilização da renda²⁸⁵.

Interessante nesse ponto destacar a visão utilitarista da função do capital, apresentada por John Stuart Mill:

O dinheiro não é mais sinônimo de capital do que o é de riqueza. Por si mesmo, o dinheiro não pode cumprir função alguma de capital, já que não pode prestar ajuda alguma à produção. Para cumprir tal função, tem que ser trocado por outras coisas, e tudo o que é suscetível de ser trocado por outras coisas é capaz de contribuir para a produção, no mesmo grau. O que o capital faz para a produção é proporcionar cobertura, proteção, ferramentas e materiais que o serviço requer, bem como alimentar e manter os trabalhadores durante o processo. Esses são os serviços que o trabalho presente exige do trabalho passado e do produto do trabalho passado. Todas as coisas que são destinadas para isso - destinadas a assegurar esses vários pré-requisitos ao trabalho produtivo - constituem capital²⁸⁶.

Dito isso, relevante mencionar que a teoria desenvolvida por Celso Furtado

²⁸³ FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009, p. 105.

²⁸⁴ RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e consequências. São Paulo: Renovar, 2007, p. 35.

²⁸⁵ FURTADO, Celso. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Victor Civita, 1983, p. 47.

²⁸⁶ MILL, *op. cit.*, p. 69.

concentra-se no estudo da coordenação das decisões, sem descuidar dos outros aspectos do processo acumulativo, quais sejam, a poupança de recursos, a incorporação desses recursos ao processo produtivo (inversão) e a apropriação do aumento da produtividade decorrente da maior acumulação, isto é, a transformação da inversão em fonte de renda²⁸⁷.

Michael Porter, por sua vez, em seus estudos sobre a vantagem competitiva das nações, destaca que sua teoria se baseia nas indústrias e competidores individuais até chegar à economia como um todo, abrindo mão de uma abordagem global já que, em sua concepção, é na indústria específica (de automóveis, rolamentos etc.) que a vantagem competitiva é ganha ou perdida²⁸⁸.

Para o autor, "o país onde a indústria está situada influi na capacidade de suas firmas terem êxito em determinadas indústrias"²⁸⁹, de tal modo que o resultado das lutas em indústrias individuais determina tanto o estado de uma economia nacional como sua capacidade de progredir e, assim, desenvolver-se.

O desenvolvimento econômico, como afirma Schumpeter²⁹⁰, não é fenômeno a ser explicado economicamente e a economia, sem desenvolvimento, acaba sendo arrastada pelas mudanças do mundo, de tal maneira que tanto as causas como a explicação do desenvolvimento devem ser buscadas fora do grupo de fatos apresentados e descritos pela teoria econômica.

Celso Furtado defende, ademais, que a teoria do desenvolvimento econômico também não cabe dentro das categorias da análise econômica²⁹¹, que explica a dinâmica das mudanças sociais de forma limitada, não obstante identifique alguns mecanismos do processo de desenvolvimento econômico.

O autor destaca que a análise econômica - aqui entendida aquela feita pelos economistas - trabalha, essencialmente, com as formas de comportamento dos agentes, a partir de dados empíricos e mediante uso de técnicas estatísticas²⁹². O

²⁸⁷ FURTADO, Celso. **Teoria e política** ..., p. 43.

²⁸⁸ PORTER, *op. cit.*, *passim*.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 669.

²⁹⁰ SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Sílvia Possas. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 47.

²⁹¹ FURTADO, Celso. **Desenvolvimento** ..., p. 84.

²⁹² *Idem*. **Teoria e política** ..., p. 71.

"mercado" com que trabalha o economista na teoria de preços, por exemplo, nada mais é do que um conjunto de elementos abstraídos de uma realidade inteligível²⁹³, não obstante seja possível afirmar que "sem o desenvolvimento não há nenhum lucro" e de que "sem o lucro, nenhum desenvolvimento"²⁹⁴.

A análise econômica referida por Celso Furtado pressupõe a convergência entre os estudos empreendidos pela microeconomia e pelos esforços advindos dos teóricos que se ocupam da macroeconomia²⁹⁵. Nesse contexto, tudo se passa como se dentro de um determinado processo histórico os agentes se comportassem de acordo com certas uniformidades. Deve-se apenas ressaltar que:

A microeconomia constitui um simples conjunto de regras de racionalidade formal e a macroeconomia, um esforço de captação *a posteriori*, e sua tradução em linguagem econômica, de um processo histórico no qual o "econômico" e o "não econômico" se condicionaram mutuamente em todos os instantes²⁹⁶.

De modo geral, o processo econômico - que permite melhor compreensão do desenvolvimento econômico - apresenta um esquema de fases preliminares, segundo o qual, ao lado da produção está a criação do excedente; ao lado da distribuição encontra-se a apropriação do excedente por um grupo minoritário e, ao lado da acumulação tem-se a possibilidade de incremento da produtividade com a incorporação do excedente ao processo produtivo²⁹⁷.

O ponto estratégico desse processo consiste na possibilidade de incrementar a produtividade e na apropriação do fruto desse incremento pelos grupos minoritários²⁹⁸. A teoria do desenvolvimento tem, assim, por matéria central, o aumento da produtividade do trabalho no plano macroeconômico e a diversificação da demanda no plano social²⁹⁹.

No que se refere ao trabalho como elemento necessário ao desenvolvimento,

²⁹³ *Ibidem*, p. 72.

²⁹⁴ SCHUMPETER, *op. cit.*, p. 103.

²⁹⁵ FURTADO, Celso. **Teoria e política** ..., p. 74.

²⁹⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

²⁹⁷ FURTADO, Celso. **Desenvolvimento** ..., p. 109.

²⁹⁸ *Ibidem*, p. 110.

²⁹⁹ *Idem*. **Teoria e política** ..., p. 72.

David Ricardo afirma que:

Numa sociedade em desenvolvimento, apesar dos salários tenderem a ajustar-se à sua taxa natural, sua taxa de mercado pode permanecer acima deste nível por um período indefinido, pois, mal o impulso dado por um acréscimo de capital aumente a demanda de trabalho, pode surgir um novo acréscimo que produza o mesmo efeito. Assim, se o aumento de capital for gradual e constante, a demanda de trabalho pode ser um estímulo contínuo para o crescimento da população³⁰⁰.

O desenvolvimento se materializa pelo processo de transformação estrutural que se inicia dentro da economia subdesenvolvida e que só termina com a total substituição do modo de produção então vigente no país pelo novo modo de produção, com vistas a alcançar o máximo de coerência nas estruturas do sistema³⁰¹.

É, ao mesmo tempo, "um problema de acumulação e progresso técnico, e um problema de expressão dos valores de uma coletividade"³⁰² e se realiza sob a ação conjunta de fatores responsáveis pelas modificações que ocorrem nas formas de produção e de forças sociais que "condicionam o perfil da procura"³⁰³.

Assim, conforme a sociedade progrida e aumente seu capital, os salários de mercado de trabalho subirão, mas a permanência dessa elevação depende do aumento do preço natural dos bens de primeira necessidade com os quais se gastam os salários³⁰⁴.

Também por essa razão é que se pode dizer que o desenvolvimento econômico "é um processo acentuadamente desigual"³⁰⁵, porque surge em determinados pontos, propaga-se a outros, com intensidade e facilidade diferentes, fracassa noutros lugares etc. Não configura, portanto, um processo uniforme, "pois a constelação de recursos e fatores que se apresenta em cada parte é obviamente diversa"³⁰⁶.

³⁰⁰ RICARDO, *op. cit.*, p. 82.

³⁰¹ NASCIMENTO, Benedicto Heloiz. **O desenvolvimento e seu modelo**. Seis estudos sobre o desenvolvimento econômico. São Paulo: USP/Instituto de Estudos Brasileiros, 1986, p.19.

³⁰² FURTADO, Celso. **Teoria e política** ..., p. 80.

³⁰³ *Ibidem*, p. 81.

³⁰⁴ RICARDO, *op. cit.*, p. 83.

³⁰⁵ FURTADO, Celso. **Desenvolvimento** ..., p. 111.

³⁰⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

Além disso, o desenvolvimento econômico se concentra em determinadas regiões e países, onde historicamente já tenha se formado um centro econômico, como foi a Inglaterra, por exemplo, no século XIX. E essa concentração tanto pode depender do fato de a região estar, geograficamente, em uma posição mais favorecida, como em razão de ali ter se iniciado o movimento de modernização da produção³⁰⁷.

A região favorecida tende a se beneficiar do jogo das forças de mercado, que em decorrência do princípio da causação circular acumulativa³⁰⁸ inclina-se ao favorecimento do aumento das desigualdades regionais e nacionais, de tal modo que o centro do desenvolvimento tende a provocar efeitos regressivos sobre outras áreas geográficas postas sob sua influência³⁰⁹.

A abordagem do desenvolvimento como problema passou a ganhar destaque com as flutuações econômicas do século XIX, em razão de ter se tornado mais nítida a diferença entre países ricos e pobres, especialmente com o agravamento dos problemas decorrentes da concentração de renda e distribuição da riqueza em nível mundial³¹⁰.

Isso também contribui para a afirmativa de que o desenvolvimento econômico sempre esteve cercado de mito, o qual se caracteriza por congregar hipóteses que não podem ser testadas³¹¹ e cuja função principal é operar como farol que ilumina o campo de percepção do cientista social "permitindo-lhe ter uma visão clara de certos problemas e nada ver de outros, ao mesmo tempo em que lhe proporciona conforto intelectual"³¹², vez que as discriminações valorativas que realiza são reflexo da realidade objetiva. Nesse sentido:

A literatura sobre desenvolvimento econômico do último quarto do século

³⁰⁷ NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 40.

³⁰⁸ Proveniente dos estudos do economista sueco Gunnar Myrdal, a teoria da causação circular acumulativa pressupõe a existência de disparidades econômicas regionais dentro dos países desenvolvidos e subdesenvolvidos e entre eles, o que se observa a partir da suposta instabilidade e do desequilíbrio do sistema econômico, que formam um círculo vicioso decorrente das relações causais de um dado sistema social, ao mesmo tempo em que esse mesmo sistema é movimentado pela influência de causas exteriores.

³⁰⁹ NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 40.

³¹⁰ SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento econômico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 5.

³¹¹ FURTADO, Celso. **O mito ...**, p. 15.

³¹² *Ibidem*, *loc. cit.*

nos dá um exemplo meridiano desse papel diretor dos mitos nas ciências sociais: pelo menos noventa por cento do que aí encontramos se funda na idéia que se dá por evidente, segundo a qual, o *desenvolvimento econômico*, tal qual vem sendo praticado pelos países que lideraram a revolução industrial, pode ser universalizado. Mais precisamente: pretende-se que os *standards* de consumo da minoria da humanidade, que atualmente vive nos países altamente industrializados, é acessível às grandes massas de população em rápida expansão que forma o chamado terceiro mundo. Essa idéia constitui, seguramente, uma prolongação do mito do *progresso*, elemento essencial na ideologia diretora da revolução burguesa, dentro da qual se criou a atual sociedade industrial³¹³.

As grandes metrópoles modernas, cercadas de uma criminalidade crescente e da deterioração dos serviços públicos, além de caracterizada pela fuga da juventude na anti-cultura são verdadeiros pesadelos no sonho de progresso linear em que se amparavam os teóricos do crescimento³¹⁴.

O desenvolvimento constitui-se, assim, "num crescimento econômico ampliado, à proporção que implica num processo de transformação qualitativa da estrutura econômica de um país"³¹⁵. Mais que isso, implica num processo evolutivo do conjunto da sociedade em seus aspectos demográficos, socioculturais, econômicos e institucionais³¹⁶, marcadamente caracterizado pela acumulação de capital, progresso da tecnologia e crescimento da população³¹⁷.

Nesse contexto, Schumpeter propõe uma questão interessante: é possível afirmar, de algum modo, que o desenvolvimento cresce como uma árvore, de forma contínua, gradual e ininterrupta? Ele próprio tem a resposta:

A experiência nos responde negativamente. É fato comprovado que o sistema econômico não anda sempre para frente de modo contínuo e sem tropeços. Ocorrem movimentos contrários, contratempos, incidentes dos tipos mais variados, que obstruem o caminho do desenvolvimento; há colapsos no sistema de valores econômicos que o interrompem³¹⁸.

O desenvolvimento exige a criação de uma ordem jurídica que proteja o indivíduo perante o Estado, facilitando a coordenação, a divisão do trabalho e a

³¹³ FURTADO, Celso. **O mito** ..., p. 16.

³¹⁴ *Ibidem*, loc. cit.

³¹⁵ NASCIMENTO, *op. cit.*, p. 19.

³¹⁶ *Ibidem*, p. 21.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 35.

³¹⁸ SCHUMPETER, *op. cit.*, p. 144.

especialização³¹⁹, convindo ressaltar que mudanças dessa ordem são incertas e sujeitas a retrocessos, além de dependente dos interesses das elites.

Em razão disso é necessário que existam instituições fortes, pois quanto mais fortes as instituições, maior será o desenvolvimento econômico.

Mas o que são instituições? Na definição de Douglas North, são as restrições humanamente inventadas que estruturam as interações humanas. São compostas de restrições formais (a exemplo das regras, leis e constituições) e informais (como as normas de comportamento, convenções, códigos de auto-imposição de condutas). Juntas essas restrições definem a estrutura de incentivos tanto da sociedade como da economia³²⁰.

No mesmo passo, a instabilidade das regras e da ordem jurídica também prejudica o desenvolvimento, de modo que, quanto mais instáveis as normas, menor será o desenvolvimento.

4.2 DESENVOLVIMENTO E CRESCIMENTO: DISTINÇÃO NECESSÁRIA

Luiz Carlos Bresser Pereira conceitua desenvolvimento como um "processo de transformação econômica, política e social, através da qual o crescimento do padrão de vida da população tende a tornar-se automático e autônomo"³²¹. Em sua concepção:

Trata-se de um processo social global, em que as estruturas econômicas, políticas e sociais de um país sofrem contínuas e profundas transformações. Não tem sentido falar-se em desenvolvimento apenas econômico, ou apenas político, ou apenas social. Na verdade, não existe desenvolvimento dessa natureza, parcelado, setorializado, a não ser para fins de exposição didática. Se o desenvolvimento econômico não trouxer consigo modificações de caráter social e político; se o desenvolvimento social e político não for a um tempo o resultado e causa de transformações econômicas, será porque de fato não tivemos desenvolvimento³²².

³¹⁹ SALAMA, Bruno Meyerhof. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglas North. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira [orgs.]. **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 23-24.

³²⁰ NORTH, *op. cit.*, p. 359-368.

³²¹ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977, p. 21.

³²² *Ibidem, loc. cit.*

O desenvolvimento pode, também, ser definido como um "processo de transformações qualitativas dos sistemas econômicos prevaletentes nos países subdesenvolvidos"³²³, noção que em muito difere do conceito de crescimento, em que o simples aumento da produção do enclave e sua expansão territorial não conduz a uma nova forma de organização da produção, tampouco a uma alteração nas estruturas que compõem o sistema.

Há quem considere que desenvolvimento e crescimento possam ser entendidos como figuras semelhantes, todavia, não iguais. Nesse sentido, Paul A. Baran define "crescimento (desenvolvimento) econômico como um aumento ao longo do tempo, da produção *per capita* de bens materiais"³²⁴.

Contudo, "a experiência tem demonstrado que o desenvolvimento econômico não pode ser confundido com crescimento, porque os frutos dessa expansão nem sempre beneficiam a economia como um todo e o conjunto da população"³²⁵. Assim, por exemplo, mesmo que a economia apresente elevado crescimento, o desemprego pode não diminuir na rapidez que se espera, especialmente pela tendência crescente de robotização e informatização do processo produtivo.

A respeito da crescente modernização da indústria, oportunas as considerações de Raffaele De Giorgi³²⁶, para quem esse processo típico da sociedade industrial "não seria mais capaz de controlar a si mesmo":

(...) a sociedade vive sob o domínio absoluto da modernização da indústria. Esta modernização, contudo, em virtude de sua autonomização, subtrai a si mesma os próprios fundamentos. Nasce assim uma segunda modernidade que é a sociedade de risco. Esta sociedade começa ali onde falham os sistemas de normas sociais que haviam prometido segurança. Estes sistemas falham pela sua incapacidade de controlar as ameaças que provêm das decisões. Tais ameaças são de natureza ecológica, tecnológica, política, e as decisões são resultado de coações que derivam da racionalidade econômica que impõe o modelo de racionalidade universal.³²⁷

³²³ NASCIMENTO, *op. cit.*, p.19.

³²⁴ BARAN, Paul A. **A economia política do desenvolvimento**. Tradução de S. Ferreira da Cunha. Rio de Janeiro: Zahar, 1985, p. 47.

³²⁵ SOUZA, *op. cit.*, p. 5.

³²⁶ DE GIORGI, Raffaele. O risco na sociedade contemporânea. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, n. 28, p. 52, jun. 1994.

³²⁷ *Ibidem, loc. cit.*

Não existe uma definição universalmente aceita de desenvolvimento³²⁸, tampouco um conceito pronto para crescimento. Há, contudo, correntes distintas acerca da compreensão que se tem deles: uma delas, de inspiração mais teórica, considera crescimento como sinônimo de desenvolvimento. Já a segunda, voltada para a realidade empírica, entende que "o crescimento é condição indispensável para o desenvolvimento, mas não é condição suficiente"³²⁹.

Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação da riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Deve-se ter em foco o papel instrumental da liberdade, já que a expansão da liberdade humana é tanto o fim quanto o principal meio de desenvolvimento³³⁰.

Desse modo, pode-se dizer que desenvolvimento compreende também a ideia de crescimento, mas vai além, porque se refere ao crescimento de um conjunto de estruturas complexas, que, por sua vez, traduz a diversidade das formas sociais e econômicas produzida pela divisão do trabalho social³³¹. Talvez por isso é que se diga que:

Para North, o desenvolvimento é um processo de transformação da ordem social, e, mais especificamente, de uma transformação tal que enseje a transição de uma ordem social de acesso limitado para uma ordem social de acesso aberto. O crescimento econômico, diria North, não conduz necessariamente a essa transformação: para que haja desenvolvimento é preciso que surjam mecanismos institucionais e organizacionais que facilitem a transferência para o campo político dos ganhos da economia. Esse processo não é automático e não pode ser pressuposto³³².

Douglas North diz, inclusive, que a compreensão adequada da dinâmica econômica é fundamental para a compreensão do desenvolvimento econômico e aponta que a teoria neoclássica é uma ferramenta inadequada para analisar e

³²⁸ SOUZA, *op. cit.*, p. 5.

³²⁹ *Ibidem*, p. 2.

³³⁰ SEN, Amartya. **Desenvolvimento** ..., p. 28.

³³¹ FURTADO, Celso. **Teoria e política** ..., p. 78.

³³² SALAMA, Bruno Meyerhof. **Sete enigmas** ..., p. 23-24.

prescrever políticas indutoras de desenvolvimento³³³. Para o autor, a teoria neoclássica se preocupa com o funcionamento dos mercados, mas ignora a forma como eles se desenvolvem.

O crescimento exprime a expansão da produção real num subconjunto econômico³³⁴ e não necessariamente implica em alterações nas funções de produção. É processo pelo qual "a curva de possibilidades de produção da economia desloca-se para 'fora'. Ou seja, o crescimento é o processo que leva a um aumento na capacidade produtiva da economia"³³⁵.

Trata-se, em verdade, do aumento da produção (fluxo de renda), ao nível de um subconjunto econômico especializado, de tal modo que o conjunto dessas modificações, ao adquirir caráter de permanência, constitui o processo de desenvolvimento³³⁶.

Um modelo interessante de crescimento econômico foi o proposto por Kaldor, direcionado, no entanto, às economias desenvolvidas.

Bresser Pereira sintetizou com perfeição a idéia de Kaldor, aduzindo que, na visão do economista inglês, sistemas capitalistas maduros tendem a um crescimento equilibrado desde que a taxa de acumulação de capital seja suficiente para absorver a mão-de-obra decorrente do aumento da produção; desde que o progresso técnico seja superior à diminuição da produtividade resultante do aumento demográfico e desde que o salário seja maior que o nível de subsistência³³⁷.

Isso tudo, como já referido, porque Kaldor parte do pressuposto de que os mercados competitivos e, então, equilibrados, dependem de todos os seus intermediários e das relações de produção e de troca que lhe trazem o necessário movimento³³⁸.

Nas primeiras décadas do século XX os estudos referentes ao crescimento econômico a longo prazo diminuíram e uma das principais razões desse declínio foi

³³³ NORTH, *op.cit.*, p. 359-368.

³³⁴ FURTADO, Celso. **Teoria e política** ..., p. 78.

³³⁵ HATTWICK; SAILORS; BROWN, *op. cit.*, p. 67-68.

³³⁶ FURTADO, Celso. **Teoria e política** ..., p. 79.

³³⁷ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. O modelo de desenvolvimento de Kaldor. **Revista Brasileira de Economia**, São Paulo, p. 65, abr./jun. 1975.

³³⁸ KALDOR, *op. cit.* p. 1.237-1.255.

o direcionamento das pesquisas à análise do equilíbrio de mercado³³⁹.

Logo no período posterior à Primeira Guerra Mundial e depois da Grande Depressão, os economistas ficaram ainda mais tentados a analisar o fenômeno do crescimento econômico sob o viés da inflação, do desemprego e do desequilíbrio da balança de pagamentos, todos elementos verificáveis à curto prazo³⁴⁰. Deveriam considerar, porém, que "o gargalo do crescimento econômico está em definir os mecanismos de regulação e as políticas capazes de alavancar a capacidade de investimento nacional"³⁴¹.

Por isso o crescimento econômico deve estar atrelado a outros objetivos fundamentais relacionados ao progresso social, como a redução da pobreza e das desigualdades sociais, que se verificam a longo prazo:

Os objectivos de diminuir (ou eliminar) a pobreza e de melhorar a justiça social (inerentes a uma outra acepção de progresso) têm de entender-se condicionados por limites físicos resultantes do quadro institucional dentro do qual se opera e não podem dispensar, de todo o modo, a aceleração do crescimento econômico. Só que o crescimento econômico não pode tornar-se num fim em si mesmo, num objectivo absoluto, ao qual se subordina tudo o mais. Pelo contrário, deve ele próprio adequar-se à satisfação de outros objectivos fundamentais (que constituem outras tantas dimensões do progresso social), como a redução da pobreza, a redução das desigualdades sociais, a satisfação das necessidades básicas da maioria da população³⁴².

Perfeitamente possível afirmar, nesse contexto, que o crescimento econômico exige sacrifícios. O problema reside em saber quem deve ser sacrificado e quem será beneficiado³⁴³.

4.3 AMARTYA SEN E O DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE

³³⁹ NELSON, *op. cit.*, p. 19.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 20.

³⁴¹ SCHAPIRO, Mário Gomes. Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional nacionalmente adequado. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 349, jan./jun. 2011.

³⁴² NUNES, A. J. Avelãs. **Teoria econômica e desenvolvimento econômico**: a controvérsia monetarismo/estruturalismo na América Latina. Lisboa: Caminho, 1986, p. 238.

³⁴³ *Ibidem*, *loc. cit.*

Nascido no ano de 1933 o economista indiano Amartya Sen cresceu em uma Índia que vivenciava enorme decadência econômica e social, tendo convivido com a miséria extrema, que matou milhões de pessoas.

Reconhecido como um dos mais destacados pesquisadores de temas analíticos da filosofia e da economia, destacou-se pela sua preocupação com questões práticas ligadas à pobreza e ao desenvolvimento, relacionando este último com a liberdade de trabalhar, consumir e exprimir idéias e pensamentos. Tão grande a contribuição de seus trabalhos para a sociedade, que no ano de 1998 recebeu o prêmio Nobel de Economia. Também é seu o mérito quanto à criação do Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento³⁴⁴.

Sen destaca que um dos principais meios de acesso ao desenvolvimento é a liberdade, que se revela como algo maior que um simples fim primordial do desenvolvimento. A liberdade, nessa concepção, também é vista sob uma perspectiva instrumental, comportando, na visão do autor, cinco delimitações: liberdades políticas, facilidades econômicas, oportunidades sociais, garantias de transparência e segurança protetora³⁴⁵.

As liberdades substantivas não podem ser vistas como mero aspectos que levam ao desenvolvimento, devendo ser enxergadas, isto sim, como partes integrantes e constitutivas do desenvolvimento³⁴⁶.

De igual modo, a liberdade não pode ser absoluta, pois se vive numa sociedade de interdependência³⁴⁷, em que algumas restrições à liberdade são necessárias para evitar restrições piores.

Na Constituição Federal brasileira, o desenvolvimento nacional está inserido no rol dos objetivos fundamentais da República e também integra o texto do preâmbulo ao lado de direitos como a liberdade, a segurança, a igualdade e a justiça.

Do século XIX até a década de 1930 o Brasil teve seu desenvolvimento

³⁴⁴ KANG, Thomas H. Justiça e desenvolvimento no pensamento de Amartya Sen. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 31, n. 3, p. 352-369, jun./set. 2011.

³⁴⁵ SEN, Amartya. **Desenvolvimento** ..., p. 25.

³⁴⁶ KANG, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁴⁷ FRIEDMAN; FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 105.

baseado num modelo primário-exportador, "voltado para fora"³⁴⁸. A partir de 1930, diante da crise do sistema capitalista internacional, o país inaugura um novo modelo desenvolvimentista, baseado na substituição de importações³⁴⁹, com a economia voltada para dentro³⁵⁰. Referido modelo, todavia, foi substituído por um modelo que se baseia no crescimento do mercado interno e externo, bem como no aprofundamento dos setores industriais já instalados.

Em meados da década de 1970, Bresser Pereira afirmava que o modelo de desenvolvimento então presente no país poderia ser chamado de tecnoburocrático-capitalista, amparado no grande governo tecnoburocrático e na grande empresa capitalista, consistente, assim, numa "aliança entre a tecnoburocracia militar e civil de um lado, e o capitalismo internacional e nacional do outro"³⁵¹.

Trata-se, em verdade, de um modelo baseado na concentração de renda e na permanente marginalização da população, o que o torna economicamente viável, embora não se possa afirmar que seja politicamente viável, tampouco se possa assegurar que referido modelo seja efetivamente necessário sob os aspectos político ou econômico³⁵².

A organização econômica de um país exerce duplo papel na promoção de uma sociedade livre, pois "de um lado a liberdade econômica é parte da liberdade entendida em sentido mais amplo e, portanto, um fim em si própria. Em segundo lugar, a liberdade econômica é também um instrumento indispensável para a obtenção da liberdade política"³⁵³.

Uma boa parte da liberdade econômica é, também, liberdade para escolher o modo de uso dos rendimentos³⁵⁴: quanto gastar e com o que gastar, por exemplo.

³⁴⁸ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento** ..., p. 221.

³⁴⁹ Sobre a substituição de importações, Benedicto Heloiz Nascimento aponta que referido processo ocorreu de forma anárquica, em consonâncias com as forças de mercado, de maneira que o protecionismo observado na América Latina, e em especial no Brasil, limitou-se a dificultar a entrada de bens de consumo final, em demonstração de que o escopo das medidas era antes melhorar a situação do balanço comercial, que de proteger o mercado interno. (*Op. cit.*, p. 47)

³⁵⁰ PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento** ..., p. 222.

³⁵¹ *Ibidem*, p. 223-224.

³⁵² Bresser Pereira destaca que embora facilite o processo de desenvolvimento, a aliança entre o governo tecnoburocrático e a grande empresa capitalista cria distorções sociais profundas, além de evidenciar uma dependência econômica e política.

³⁵³ FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 17.

³⁵⁴ FRIEDMAN; FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 100.

Outra parte essencial refere-se à liberdade de usar as reservas financeiras, consoante os valores de cada um (associar-se a qualquer empresa, comprar e vender para qualquer pessoa), desde que não seja necessário o uso da força para coagir os outros³⁵⁵.

Busca-se a otimização da produção e a maximização do lucro, sob o signo da eficiência econômica³⁵⁶, de tal modo que a liberdade de empreender, concorrer e escolher, ao mesmo tempo em que ampara a atividade empresarial, caracteriza-se como um dos principais vetores de desenvolvimento econômico e social.

Sob o aspecto mercadológico, os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência favorecem o desenvolvimento do país, especialmente pela proteção que garantem às empresas de pequeno porte e aos consumidores, vez que propiciam o ingresso e a permanência de um maior número de produtores e fornecedores no mercado e essa conduta incentiva o incremento da qualidade e o declínio ou estabilidade dos preços, bem como o aumento da empregabilidade³⁵⁷.

Sob o aspecto social, satisfazer as necessidades e os anseios humanos é o principal objetivo do desenvolvimento. As pessoas desejam qualidade de vida, mas para que haja um desenvolvimento sustentável é preciso que todos tenham atendidas as suas necessidades básicas e que lhes sejam proporcionadas oportunidades de concretizar as suas aspirações e uma vida melhor.³⁵⁸

Não se pode esquecer, todavia, que o desenvolvimento também apresenta alguns paradoxos, principalmente quando confrontados os índices de desenvolvimento humano com alguns vetores da economia. Assim, por exemplo, há países - como o Brasil - que estão em boa posição economicamente (o Brasil é considerado a 8ª Economia Mundial), mas que sob o ponto de vista humanitário ou social apresentam índices, como o índice de desenvolvimento humano (IDH), muito abaixo do aceitável. Não é difícil encontrar países que são muito bons em alguns

³⁵⁵ *Ibidem*, p. 101.

³⁵⁶ SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A atuação do Estado Constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 912, p. 171-207, 2011.

³⁵⁷ CASTRO, *op. cit.*, p. 63-78.

³⁵⁸ COMISSÃO Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nosso futuro comum. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991, .p. 46-47.

aspectos e muito ruins em outros.

Veja-se, por exemplo, que no último estudo divulgado pelas Nações Unidas, denominado Ranking de IDH Global 2012, liderado por Noruega (1ª posição - 0,955), Austrália (2ª posição - 0,938) e Estados Unidos (3ª posição - 0,937), o Brasil ocupa a 85ª posição, com índice de apenas 0,730³⁵⁹, atrás de países como Cazaquistão (69ª) e Peru (77ª).

Não é demais lembrar, diante desses números, que o IDH considera três dimensões fundamentais do desenvolvimento humano, quais sejam: a renda, a educação e a saúde, em contraponto ao PIB, indicador que leva em conta apenas a dimensão econômica do desenvolvimento.

Em entrevista concedida a uma Revista brasileira, também no ano de 2012, indagado sobre o cenário econômico vivenciado pelo Brasil, Amartya Sen ponderou justamente a necessidade de buscar esse equilíbrio entre indicadores econômicos e sociais:

A economia brasileira passa por um bom momento. Não falo apenas em termos de crescimento, que permanece mais robusto do que aquele visto na Europa e nos Estados Unidos. O importante é que o país tem distribuído os recursos gerados pelo aumento de sua riqueza. Houve uma melhora indiscutível nos indicadores sociais.

Agora, para sustentar o crescimento e consolidar os avanços conquistados, será preciso aprimorar a educação e também o sistema público de saúde, tanto em termos de cobertura da população como no que diz respeito à qualidade.

O Brasil realmente não vem crescendo tão rápido quanto a China ou mesmo a Índia, mas exibe muitas vantagens em relação àqueles países.³⁶⁰

Em outro ponto da entrevista, discursando sobre o ambiente econômico e social de seu próprio país, Sen reitera o que defende em seus trabalhos, no sentido de que só o indicador do Produto Interno Bruto (PIB) de uma nação não é capaz de demonstrar o quanto um país se desenvolveu:

³⁵⁸ <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDH-Global-012.aspx>.

³⁶⁰ SEN, Amartya. Entrevista imperdível com o nobel de economia Amartya Sen: ele fala sobre China, Índia, Brasil — e diz que a crise na Europa se resolve com ênfase no crescimento. Revista Veja, São Paulo. Coluna do Ricardo Setti. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti>>. Acesso em 18 jan. 2014.

É um erro buscar o crescimento pelo crescimento, sem levar em conta os seus efeitos mais amplos e as suas conseqüências. É preciso ponderar, entre outros fatores, o impacto ambiental. É fundamental também usar os frutos do crescimento para aprimorar a qualidade de vida da população de maneira abrangente, e não apenas favorecendo certos grupos.

A Índia teve uma expansão econômica, nas duas últimas décadas, mais elevada do que a de Bangladesh. A renda per capita indiana é hoje equivalente ao dobro da de Bangladesh. Porém, apesar de ter crescido menos, Bangladesh ultrapassou a Índia em diversos indicadores de desenvolvimento social.

Precisamos prestar atenção em como tirar o melhor proveito do enriquecimento do país. O crescimento é um meio extraordinário de alcançar avanços sociais e beneficiar a população em geral, como já apontara Adam Smith (filósofo escocês, 1723-1790)³⁶¹.

Essas ponderações de Sen dão suporte, de certa forma, à crítica - ou avaliação - que se faz à sua teoria, no tocante ao custo que ela representa aos seus defensores:

É claro que a tese de Amartya Sen é muito importante para o cenário geopolítico típico da década de 1990. Seu enfoque na questão da distribuição de renda e sua recusa à tradição utilitarista anglo-americana acabam sendo (mesmo que inadvertidamente) uma fonte de resistência e contraposição do neoliberalismo típico do período. Mas também tem o seu preço: a inversão da condição do desenvolvimento (que passa de meio para finalidade); a restrição da fundamentação legitimatória dos fins do Estado, que passa a ser pautada pela idéia (ainda que ampliada) de liberdade; o afastamento da idéia de felicidade, o que, de certa forma, é coerente com sua recusa ao utilitarismo e sua incapacidade de aceitar a expressão fora desta tradição acadêmica de pensamento; e, ainda, o prestígio às idéias de oportunidade e igualdade e suas condições autônomas de legitimação dos fins do Estado³⁶².

Sob esse prisma, o objeto do desenvolvimento é reduzido ao ideário da liberdade, cuja essência é negativa, por se entender que ser livre é não ter obstáculos à realização das ações desejadas³⁶³.

A verdade, porém, é que o desenvolvimento não está atrelado tão somente à possibilidade de exercício das liberdades individuais, na esfera de subjetividade dos indivíduos. O escopo do desenvolvimento vai além, pois requer que se removam as principais fontes de privação de liberdade, dentre as quais estão a pobreza e a

³⁶¹ *Ibidem, loc. cit.*

³⁶² GABARDO, Emerson. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 329.

³⁶³ *Ibidem*, p. 330.

tirania, a carência de oportunidades econômicas e a negligência dos serviços públicos³⁶⁴.

4.4 DESENVOLVIMENTO E SUSTENTABILIDADE

Falar em desenvolvimento sustentável implica falar das premissas trazidas pela Agenda 21, texto oficial das Nações Unidas (ONU), cuja descrição pode ser assim sintetizada:

(...) documento de natureza programática, que foi oficializado por ocasião da "cúpula da terra", quando se reuniu a "conferência das nações unidas sobre meio ambiente e desenvolvimento", conhecida como eco 92 (Rio de Janeiro, 14.06.1992).(...) Nele são tratadas, em grandes grupos temáticos, questões relativas ao desenvolvimento econômico-social e suas dimensões, à conservação e administração de recursos para o desenvolvimento, ao papel dos grandes grupos sociais que atuam nesse processo. (...) Quando trata dos meios de implementação, a **AGENDA 21** ressalta a promoção da consciência ambiental e o fortalecimento das instituições para o desenvolvimento sustentável, evidenciando instrumentos e mecanismos legais internacionais³⁶⁵.

O relatório "Nosso Futuro Comum, da Comissão Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento", da Organização das Nações Unidas definiu desenvolvimento sustentável como aquele que satisfaz as necessidades das gerações presentes sem comprometer os recursos, naturais ou não, indispensáveis à satisfação das necessidades das gerações futuras³⁶⁶.

A partir dessa noção, pode-se dizer que tanto as ações do Estado como as dos particulares que desenvolvem atividades econômicas privadas, devem ser direcionadas ao desenvolvimento sustentável. Nesse contexto, porém, surgem três problemas para os juristas³⁶⁷:

³⁶⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento** ..., p. 18.

³⁶⁵ MILARÉ, Edis. AGENDA 21. A cartilha do desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**, v. 5, p. 53, jan.1997. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, v. 6, p. 113, mar. 2011. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

³⁶⁶ FOLLONI, André. Direito tributário e desenvolvimento sustentável no Estado socioambiental. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 110, p. 265, maio 2013. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br>> Acesso em: 21 dez. 2013.

³⁶⁷ *Ibidem, loc. cit.*

O primeiro deles, de grande complexidade, resume-se no seguinte: se a Constituição determina a busca pelo desenvolvimento sustentável, é preciso compreender o que isso significa exatamente, e como isso é possível, em termos econômicos. (...)

O segundo deles, igualmente complexo, posto propriamente jurídico, refere-se à possibilidade de sindicância judicial das condutas que se entenda não se adequarem aos ditames economicamente aceitos como consentâneos ao desenvolvimento sustentável, sejam essas condutas legislativas, do Poder Executivo ou, até mesmo, da coletividade em geral, pessoas físicas ou jurídicas. (...)

O terceiro, também de alta complexidade: como se compatibilizam o mandamento constitucional da livre iniciativa, elevado fundamento da ordem econômica, e a propriedade privada, elevado a princípio dessa mesma ordem econômica (art. 170, caput e inc. II, da CF/1988 (LGL\1988\3)), típicos de uma economia capitalista e de mercado, como a brasileira, com o dever estatal de defesa e preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado? Para defender e preservar o meio ambiente, o Estado precisará regular a atividade econômica, incentivando e desestimulando condutas e, eventualmente, obrigando e proibindo comportamentos³⁶⁸.

O fato é que "se o princípio do desenvolvimento sustentável integra o ápice do ordenamento brasileiro, ele obriga o Judiciário a observá-lo"³⁶⁹, de tal maneira que "em todas as lides nas quais se confrontem a livre iniciativa e a proteção do ambiente, impõe-se observar a sustentabilidade"³⁷⁰. O que importa considerar é que:

(...) A exigência de um desenvolvimento económico e social sustentável não pode ser, pela própria natureza das coisas, igual para todos os países, dependendo a mesma, como bem se compreende, do grau de desenvolvimento que estes tenham atingido. Pois antes da sustentabilidade ambiental está, obviamente, a sustentabilidade económica, pelo menos enquanto esta não tiver alcançado um patamar correspondente ao dos países ditos desenvolvidos³⁷¹.

A sustentabilidade requer, desse modo, um padrão de vida dentro dos limites impostos pela natureza. No campo da economia deve-se viver dentro da capacidade do capital natural, cuja existência é fundamental para a continuidade da espécie humana sobre a Terra, não obstante as tendências mostrem uma população e

³⁶⁸ FOLLONI, *op. cit.*, p. 265.

³⁶⁹ NALINI, José Renato. Ética e sustentabilidade no Poder Judiciário. **Revista dos Tribunais**, v. 884, p. 9, jun. 2009. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

³⁷⁰ *Ibidem, loc. cit.*

³⁷¹ NABAIS, José Casalta. Política fiscal, desenvolvimento sustentável e luta contra a pobreza. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, Curitiba n. 7, p. 361-378, jan./dez. 2007.

consumo médio crescentes, com decréscimo simultâneo deste mesmo capital³⁷².

Estas tendências instigam a refletir sobre o quanto de capital natural será suficiente ou necessário para manter o sistema e a discussão destas diferentes possibilidades, por sua vez, origina os conceitos de sustentabilidade forte e fraca³⁷³.

A sustentabilidade fraca não se preocupa com as partes, mas com a soma total do sistema, de modo que a qualidade ambiental pode declinar de maneira isolada, sendo compensada pelo incremento na qualidade de vida humana. O incremento do capital humano pode, assim, compensar as perdas do capital natural³⁷⁴.

Isso porque, o que está em jogo é o desenvolvimento sustentável, conceito amplo, que, embora sem um indicativo específico, denota, por si só, a existência de condutas dirigidas à melhoria do bem-estar ambiental, social, humano, dentre outros, em forte tendência de crescimento desde o século passado:

O final do século XX presenciou o crescimento da consciência da sociedade em relação à degradação do meio ambiente decorrente do processo de desenvolvimento. O aprofundamento da crise ambiental, juntamente com a reflexão sistemática sobre a influência da sociedade neste processo, conduziu a um novo conceito - o de desenvolvimento sustentável. Este conceito alcançou um destaque inusitado a partir da década de 1990, tornando-se um dos termos mais utilizados para se definir um novo modelo de desenvolvimento. Esta crescente legitimidade do conceito não veio acompanhada, entretanto, de uma discussão crítica consistente a respeito do seu significado efetivo e das medidas necessárias para alcançá-lo. Na medida em que não existe consenso relativo sobre o conceito, observa-se uma disparidade conceitual considerável nas discussões referentes à avaliação da sustentabilidade do desenvolvimento. Existe uma série de ferramentas ou sistemas que procuram avaliar o grau de sustentabilidade do desenvolvimento, porém não se conhecem adequadamente as características teóricas e práticas destas ferramentas.³⁷⁵

A partir das diretrizes trazidas por esse crescente prestígio do conceito de desenvolvimento sustentável, ganha espaço, também, o conceito de responsabilidade social empresarial, cuja essência pode ser assim definida:

³⁷² BELLEN, Hans Michael Van. Desenvolvimento sustentável: uma descrição das principais ferramentas de avaliação. **Ambiente e Sociedade**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 73, jan./jun. 2004.

³⁷³ *Ibidem*, loc. cit.

³⁷⁴ *Ibidem*. p. 85.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 67.

(...) uma forma de gestão que visa o desenvolvimento sustentável. Pauta-se na relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais se relaciona. Sustenta-se sobre quatro pilares principais: o trabalhista, o consumerista, o ambiental e a governança corporativa. A empresa não objetiva mais exclusivamente o crescimento econômico, e sim um crescimento acompanhado de elementos como promoção e efetivação dos direitos humanos, preservação dos recursos ambientais e qualidade de vida de seus empregados, familiares e da sociedade como um todo³⁷⁶.

A responsabilidade social guarda bastante similitude com a noção de desenvolvimento sustentável, eis que em ambas as situações há uma preocupação com algo além do mero progresso e crescimento – social ou empresarial. Aspectos como direitos humanos, responsabilidade ambiental e qualidade de vida passam a fazer parte dessa gama de caracteres que delineiam o que se convencionou chamar de sustentabilidade e responsabilidade social. E isso por que:

A formulação atual do direito do desenvolvimento sustentável está vinculada a uma ideia que é, ao mesmo tempo, antiga e nova. Antiga na sua concepção, mas nova na sua densidade e nas dimensões que está alcançando. É a ideia de parceria. Parceria entre as nações, parceria entre a União e os Estados, entre o Poder Público e a iniciativa privada, entre empresas concorrentes, entre moradores do mesmo bairro, entre o produtor e o consumidor, entre acionistas e dirigentes de empresa, e, finalmente, entre empregados e empregadores, com a participação nos lucros e em virtude da função social atribuída à empresa. A fórmula para garantir o desenvolvimento, de forma dialogada e consensual, é a parceria, que substitui o autoritarismo do antigo Estado onipotente e arbitrário³⁷⁷.

A partir dessa concepção, não se pretende diminuir o papel do Estado, mas dar-lhe maior eficiência e intensidade, especialmente nos campos de interesse social nos quais pode e deve atuar. Já em relação às atividades desenvolvidas pela iniciativa privada, "sem prejuízo de manter o poder-dever de fiscalização das autoridades públicas, diretamente ou por intermédio de agências especializadas"³⁷⁸, deve o Estado ser afastado ou remanejado para o papel de parceiro ou incentivador das atividades privadas.

³⁷⁶ LAVOURINHA, Andrea et al. A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento sustentável das empresas. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha [orgs.]. **A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável: a governança dos atores públicos e privados**. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. p. 17.

³⁷⁷ WALD, *op. cit.*, p. 105.

³⁷⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

O tema da sustentabilidade tem sido recorrente no cenário empresarial, no que se inclui também o setor de investimentos³⁷⁹. Nessa seara, vale mencionar trabalho elaborado na condição de Contribuições à Jornada Internacional Preparatória para a Rio + 20 que, ao tratar da temática dos investimentos estrangeiros diretos – IED, faz a seguinte abordagem:

O tema dos IED adquire relevância no campo do desenvolvimento sustentável e de sua regulação, na medida em que “no contexto internacional, investimentos diretos são comumente executados por corporações multinacionais engajadas em manufatura, extração de recursos, ou serviços.” (...) Não têm as empresas responsabilidade internacional prevista em instrumentos de Direito.

O que existe hoje é um rol de mecanismos de *soft Law* que visam o cumprimento, pelas empresas, de determinados padrões de conduta. (...) A inexistência de regulação internacional para o setor dos investimentos, diferente do que ocorre com o comércio exterior, amplamente regulado pelos acordos multilaterais da Organização Mundial do Comércio (OMC), e o avanço da tecnologia de comunicação deu ensejo a novas formas de IED ágeis que primam pela busca de oportunidades de ganhos em todo globo³⁸⁰.

Nessa mesma linha de preocupação, importante referendar a ferramenta criada no ano de 2005, pela BM&FBOVESPA - em parceria com algumas instituições - denominada Índice de Sustentabilidade Empresarial (ISE). A iniciativa é pioneira na América Latina e tem por finalidade a criação de um ambiente de investimento compatível com as demandas de desenvolvimento sustentável da sociedade, estimulando a responsabilidade ética das corporações.³⁸¹

O índice de ações, criado para ser um referencial (*benchmark*) para investimentos socialmente responsáveis, surgiu com a missão de fazer uma análise comparativa da *performance* das empresas listadas na BM&FBOVESPA sob o aspecto da sustentabilidade corporativa, que, por sua vez, se baseia na eficiência econômica, no equilíbrio ambiental, na justiça social e na governança corporativa, muitos desses conceitos trabalhados pela AED.

A existência do índice propicia diferenciar as empresas sustentáveis em termos de qualidade, compromisso com o desenvolvimento sustentável, equidade,

³⁷⁹ LAVOURINHA, op. cit., p. 17.

³⁸⁰ *Ibidem, loc. cit.*

³⁸¹ Índice de Sustentabilidade Empresarial. Disponível em: <<http://www.bmfbovespa.com.br>>. Acesso em: 15 de mar. 2013.

transparência, prestação de contas, natureza de seus produtos, desempenho da empresa nas dimensões econômico-financeira, social e ambiental.

No cenário empresarial índices como esses são capazes de estimular a concorrência e torná-la sustentável. Primeiro, por que provocam nas corporações o desejo de pertencer a essas listagens que se criam; segundo, por que estimulam uma corrida saudável em busca de uma posição de destaque; terceiro, por que para pertencer às listas criadas as empresas necessitam adequar-se a uma série de exigências de cunho social, econômico, financeiro e ambiental, o que propicia o engajamento das empresas com questões que geralmente não recebem a devida atenção do empresariado, mas que, sob o ponto de vista social e econômico, são de fundamental importância.

Por essas razões, existe um consenso quanto à necessidade do Brasil entrar na fase do desenvolvimento sustentável, "adotando as medidas e providências técnicas, financeiras, administrativas e culturais para alcançar essa meta, que exige importantes investimentos nos mais variados campos de atividade"³⁸².

Entre os principais aspectos que merecem atenção estão a criação e aprimoramento da infraestrutura, a busca pelo progresso quantitativo e qualitativo em matéria de educação, saúde e assistência social, o fortalecimento das instituições e reformas legislativas importantes. Os economistas também têm enfatizado a necessidade do bom funcionamento das instituições para a manutenção do regime democrático e o progresso econômico e social da população, o que eleva o direito à condição de força motriz do desenvolvimento³⁸³.

José Joaquim Gomes Canotilho pondera que a sustentabilidade, de modo geral, exige que os humanos organizem seus comportamentos de modo a não viverem:

(i) à custa da natureza; (ii) à custa de outros seres humanos; (iii) à custa de outras nações; (iiii) à custa de outras gerações. Em termos mais jurídico-políticos, dir-se-á que o princípio da sustentabilidade transporta três dimensões básicas: (1) a *sustentabilidade interestatal*, impondo a equidade entre países pobres e países ricos; (2) a *sustentabilidade geracional* que aponta para a equidade entre diferentes grupos etários da mesma geração (exemplo: jovem e velho); (3) a *sustentabilidade intergeracional* impositiva da equidade entre pessoas vivas no presente e pessoas que nascerão no

³⁸² WALD, *op. cit.*, p. 105.

³⁸³ *Ibidem*, *loc. cit.*

futuro³⁸⁴.

Canotilho também apresenta uma interessante distinção entre sustentabilidade em sentido restrito (ou ecológico) e sustentabilidade em sentido amplo:

A sustentabilidade em sentido restrito aponta para a protecção/manutenção a longo prazo de recursos através do planeamento, economização e obrigações de condutas e de resultados. De modo mais analítico, considera-se que a sustentabilidade ecológica deve impor: (1) que a taxa de consumo de recursos renováveis não pode ser maior que a sua taxa de regeneração;

(2) que os recursos não renováveis devem ser utilizados em termos de poupança ecologicamente racional, de forma que as futuras gerações possam também, futuramente, dispor destes (princípio da eficiência, princípio da substituição tecnológica, etc.); (3) que os volumes de poluição não possam ultrapassar quantitativa e qualitativamente a capacidade de regeneração dos meios físicos e ambientais; (4) que a medida temporal das “agressões” humanas esteja numa relação equilibrada com o processo de renovação temporal; (5) que as ingerências “nucleares” na natureza devem primeiro evitar-se e, a título subsidiário, compensar-se e restituir-se.

A *sustentabilidade em sentido amplo* procura captar aquilo que a doutrina actual designa por “três pilares da sustentabilidade”: (i) pilar I – a sustentabilidade ecológica; (ii) pilar II – a sustentabilidade económica; (iii) pilar III – a sustentabilidade social. Neste sentido, a sustentabilidade perfila-se como um “conceito federador” que, progressivamente, vem definindo as condições e pressupostos jurídicos do contexto da evolução sustentável³⁸⁵.

Depreende-se, portanto, que dentro do conceito amplo de sustentabilidade encontra-se a sustentabilidade que mais se encaixa no tema do presente estudo, qual seja, a sustentabilidade econômica, que, de uma forma ou de outra, acaba refletindo na sustentabilidade social e mesmo na ecológica, pois vigora, hoje, uma nova visão de sustentabilidade, que implica na integração dos aspectos ambientais, financeiros, sociais e do negócio.³⁸⁶

Seguindo essa linha, a empresa sustentável não é mais aquela que apenas contribui para a defesa do meio ambiente. Para tornar-se sustentável uma empresa “deve ir além do produzir e do vender. Deve agir como um agente promotor do desenvolvimento sustentável da sociedade e, sobretudo, das comunidades próximas

³⁸⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, *Cidade*, v. 8, n. 3, p. 7-18, 2010.

³⁸⁵ CANOTILHO, *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁸⁶ MELO NETO, Francisco Paulo de; BRENNAND, Jorgiana Melo. **Empresas socialmente sustentáveis: o novo desafio da gestão moderna**. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004, p. 74.

de suas unidades”³⁸⁷.

No mesmo passo, a concorrência entre as empresas, para ser sustentável, impõe a adoção de mecanismos de transparência de informações, fidelização de fornecedores e clientes, produção a custos menores, preços atraentes, criação de um valor agregado aos produtos e serviços.

Sustentabilidade aplicada à concorrência é isso: a junção de práticas previamente pensadas, cujos riscos de erros e imperfeições sejam minimizados e cujos custos de operacionalização da atividade sejam reduzidos, ao mesmo tempo em que otimizados, de modo a fazer com que a própria empresa consiga manter-se no mercado independentemente das oscilações momentâneas em uma dada economia. Pressupõe, ainda, que sejam fortalecidos os modos de produção e os controles que se tem deles, além de estudados os efeitos econômicos, ambientais e sociais de cada decisão tomada pela empresa.

³⁸⁷ *Ibidem, loc. cit.*

5 CONCORRÊNCIA E SUSTENTABILIDADE: AS CONTRIBUIÇÕES DA AED

5.1 A POLÍTICA ANTITRUSTE BRASILEIRA

A evolução teórica da defesa da concorrência pode ser atribuída aos preceitos da teoria de Organização Industrial³⁸⁸, que constituíram o chamado modelo chamado Estrutura-Condução-Desempenho (ECD), desenvolvido na década de 50 pela Escola de Harvard:

Este modelo deriva das características das configurações do mercado conclusões sobre a sua performance, supondo para isso que as condutas das empresas são condicionadas pela estrutura. As políticas antitrustes elaboradas a partir estritamente desta abordagem vão se preocupar, sobretudo, com o aumento da concentração do mercado e com a presença de barreiras à entrada³⁸⁹.

Sob os fundamentos dessa teoria estruturalista considera-se que em um mercado concentrado (estrutura), em que as empresas têm poder para decidir o seu próprio preço, "este e as margens de lucro serão maiores (desempenho), por que as empresas apresentam elevado grau de coordenação (conduta)"³⁹⁰. Isso significa que a estrutura influencia a conduta e determina o desempenho e que quanto maiores as barreiras à entrada, maior a possibilidade de colusão e elevação dos preços e melhor o desempenho das firmas em termos de lucratividade³⁹¹.

Não se descuida, também, que durante a era do liberalismo econômico, entre 1870 e 1890, o direito da concorrência já encontrava amparo para se desenvolver, passando a ser visto como meio para conciliar a liberdade econômica individual com o interesse público³⁹².

Exemplo de criação legal desse período é o *Sherman Act*, instituído nos Estados Unidos no ano de 1890, época na qual se vivenciava excepcional

³⁸⁸ GAMA, Marina Moreira. A prática da defesa da concorrência no Brasil: uma análise econômica do CADE. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 13, p. 169, jan. 2006. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

³⁸⁹ *Ibidem*, loc. cit.

³⁹⁰ *Ibidem*, loc. cit.

³⁹¹ *Ibidem*, loc. cit.

³⁹² GABAN, *op. cit.*, p. 63.

desenvolvimento da economia norte-americana, em especial devido às transformações tecnológicas e fortalecimento crescente da economia industrial³⁹³.

Inicialmente destinava-se o *Sherman Act* à tutela dos interesses dos consumidores em relação a prováveis práticas de abuso de poder econômico no mercado³⁹⁴, mas com o tempo passou-se a incluir entre as preocupações da lei as práticas desleais entre os concorrentes, reconhecendo-se a ilicitude dessas práticas, bem como dos atos de monopolização e todos os demais restritivos da concorrência.

Independentemente de seu trajeto histórico, o antitruste não pode ser visto apenas como "arranjo inteligente de normas" voltado à evitar ou neutralizar os efeitos autodestrutíveis do mercado liberal, devendo, isto sim, ser entendido como instrumento de implementação de políticas públicas³⁹⁵.

Isso, inclusive, torna o diálogo entre direito e economia muito mais evidente quando se trata de questões concorrenciais, tanto que se pode afirmar que a defesa da concorrência e a legislação antitruste representam a dimensão mais óbvia dessa relação³⁹⁶.

A existência de imperfeições de mercado evidencia o perigo das práticas monopolísticas, tornando necessária a intervenção do Estado para combatê-las ou eliminá-las³⁹⁷. Impõe-se apenas o cuidado de determinar em que medida as decisões externas ao mercado se estenderão para as áreas em que ele próprio teria condições de tomá-las³⁹⁸.

Assim, existente o risco das práticas monopolísticas, bem como o risco de medidas extremadas por parte do Estado, convém recordar que no decurso da história certas relações antagônicas sempre se fizeram presentes, de modo que quanto mais Estado, menos mercado; mais riqueza, menos pobreza e assim por diante.

Trata-se de um antagonismo presente na evolução das sociedades³⁹⁹, sendo

³⁹³ AGUILLAR, *op. cit.*, p. 262.

³⁹⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁹⁵ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos** ..., p. 31.

³⁹⁶ SZTAJN, *op. cit.*, p. 13.

³⁹⁷ HATTWICK; SAILORS; BROWN, *op. cit.*, p. 177.

³⁹⁸ *Ibidem*, *loc. cit.*

³⁹⁹ DE GIORGI, *op. cit.*, p. 47.

certo, porém, que nos níveis mais altos de evolução “os acontecimentos assumem o caráter de normalidade, quando o seu ‘acontecer’ é sustentado pelo consenso da regularidade, pelo fortalecimento daquelas estruturas de controle do desvio que são constituídas de expectativas”⁴⁰⁰.

A regularidade na seleção dos acontecimentos fornece segurança à ação e possibilita o tratamento do desvio, tornando possível a normalização. Além disso, permite construir conexões entre os acontecimentos, imputando causalidade e elaborando descrições que tornam manifesta a cadeia de conexões entre os acontecimentos⁴⁰¹.

Nesse particular, oportuno o esclarecimento sobre os conceitos de concentração econômica e condutas anticoncorrenciais, ambas objeto de especial preocupação das políticas antitruste:

Ao lado da concentração econômica, as autoridades concorrenciais têm grande interesse na repressão às condutas anticoncorrenciais. A diferenciação entre concentração e condutas é encarada como artificial por muitos. Apesar disso, é fácil diferenciá-las pelo momento da atuação estatal antitruste: enquanto, nas condutas, a atuação estatal será sempre *a posteriori*, por ser impossível punir algo que nem sequer aconteceu, nas concentrações, a atuação estatal será, pelo menos, *a priori* ou, como ocorre no Brasil, imediatamente posterior. Vistas atualmente como um dos principais problemas do antitruste, especialmente pela Escola de Chicago, que diminuiu consideravelmente a ênfase no controle de estruturas, as condutas anticoncorrenciais são banidas do mercado, porque, presume-se, são sempre nefastas. Consistem, basicamente, em atos ilícitos com vistas à monopolização dos mercados relevantes⁴⁰².

O principal objetivo do controle de concentrações é assegurar o ambiente competitivo nos mercados, identificando de antemão operações que possam comprometer a concorrência. O controle de concentrações é um elemento vital da política antitruste e seu funcionamento é crucial para a manutenção da concorrência. Não basta reprimir as condutas que violam a concorrência, é preciso evitar as operações que ameacem a concorrência⁴⁰³.

O interesse tutelado pela lei antitruste, via de regra, é tanto a livre concorrência como a livre iniciativa, de modo que os agentes possam ter a garantia de liberdade de desenvolvimento de sua atividade econômica e de permanência no

⁴⁰⁰ *Ibidem, loc. cit.*

⁴⁰¹ *Ibidem, loc. cit.*

⁴⁰² PAGOTTO, Leopoldo. A nova lei de defesa da concorrência - Lei 12.529/2011. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 55, p. 15, jan. 2012. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em 12 jan. 2013.

⁴⁰³ *Ibidem, loc. cit.*

mercado, sem riscos que possam comprometer o desempenho dos seus negócios.

Se durante a análise antitruste verificar-se, por exemplo, a existência de barreiras à entrada suficientes a barrar o ingresso de novos *players* no mercado em decorrência do aumento dos preços praticados por determinado agente, torna-se relevante a análise das condições de rivalidade no mercado em estudo⁴⁰⁴. Assim:

(...) se, de modo geral, houver concorrentes que possam fazer frente (com uma oferta mais eficiente em termos de preços, qualidade e quantidade) a um aumento significativo e não transitório de preços por parte dos agentes econômicos envolvidos no caso analisado, entende-se que não haverá necessidade de uma intervenção antitruste, seja via controle de estruturas, seja via controle de condutas. Diz-se, em outras palavras, que a tentativa de exercício de poder de mercado poderia ser contestada pelos concorrentes existentes no mercado, o que tornaria o comportamento anticompetitivo improvável e, portanto, remotas as chances de um efeito negativo à sociedade⁴⁰⁵.

Os administradores das empresas costumam ter interesse na aprovação fácil dessas fusões e alianças, porque a eliminação dos rivais internos provoca a elevação dos lucros a curto prazo⁴⁰⁶. Além do que, a existência de um competidor interno dominante resulta na tão perseguida vantagem competitiva internacional.

A tolerância com a formação de cartéis, todavia, revela-se como uma armadilha, de tal modo a ser muito difícil a existência de vantagem competitiva em indústrias ligadas ao cartel. Por essa razão, "uma forte política antitruste, especialmente na área de fusões horizontais, alianças e comportamento colusivo, é essencial para o ritmo de melhoria de uma economia"⁴⁰⁷.

Poder-se-ia dizer, então, que as leis que disciplinam a concorrência devem conter uma cláusula de escape⁴⁰⁸ que, em casos específicos (como a aprovação de uma fusão, por exemplo), permita à autoridade antitruste levar em conta outras políticas públicas a fim de chegar a uma decisão baseada no desenvolvimento como meta, mesmo que contrária ao objetivo da concorrência.

Uma brecha na lei dessa magnitude repercute, todavia, sérios problemas no

⁴⁰⁴ GABAN; DOMINGUES, *op. cit.*, p. 103.

⁴⁰⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁰⁶ PORTER, *op. cit.*, p. 738.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, p. 739.

⁴⁰⁸ WAISBERG, lvo. **Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006, p. 42.

ambiente econômico, especialmente porque dá margem à prolação de decisões interessadas, relacionadas a jogos de poder, prejudicando a imparcialidade da lei e tornando-a praticamente letra morta.

Traçando um breve histórico sobre a legislação antitruste no Brasil, vale referir que o Decreto-Lei n. 869/38⁴⁰⁹, que definia os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego é o primeiro dos regulamentos criados com o fim de tutelar a concorrência no mercado. Todas as condutas descritas na lei eram consideradas crimes, os quais eram também inafiançáveis, por caracterizarem crime contra a economia popular.

Assim, por exemplo, vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência ou participar de aliança ou fusão de capitais, também com a intenção de impedir ou dificultar a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio submeteria o infrator à pena de prisão.

Se fossem os crimes cometidos em nome de pessoa jurídica, dizia o texto legal que o Ministro da Justiça e Negócios Interiores poderia interdita-la, sem prejuízo da sanção imposta aos responsáveis. Além de inafiançáveis, os crimes então tipificados eram processados e julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional e não permitiam a suspensão da pena, tampouco o livramento condicional.

Notável, portanto, o caráter repressivo da norma, que se amparava na disposição constante no art. 141 da Constituição Federal de 1937⁴¹⁰ que, por sua vez, atribuía aos crimes contra a economia popular o caráter de crime contra o Estado, com previsão expressa de cominação de pena grave, além de imediata punição.

Diz-se, todavia, que o Decreto-Lei n. 869/38 “não apresentou qualquer aplicabilidade prática no terreno do direito concorrencial, tendo suas disposições sido observadas em um único parecer, de lavra do Consultor-Geral da República”⁴¹¹.

⁴⁰⁹ BRASIL. Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938. Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br>>. Acesso em: 2 out. 2013.

⁴¹⁰ Art. 141 – “A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processos e julgamentos adequados à sua pronta e segura punição”. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao> Acesso em 15 mar. 2013.

⁴¹¹ OLIVEIRA, Amanda Flávio de. *Op. cit.*, p. 15.

Alguns anos depois, o Decreto-Lei n. 7.666/45, de autoria do então Ministro da Justiça da União, Agamemnon Magalhães, surge com a pretensão de coibir os atos contrários à ordem moral e econômica. Referida normativa, entretanto, foi revogada no mesmo ano, em decorrência da queda do Governo Getúlio Vargas⁴¹².

No ano de 1951, Nelson Hungria redigiu as leis 1.521 e 1.522, respectivamente destinadas a alterar dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular e autorizar o governo federal a intervir no domínio econômico, assegurando a livre distribuição de produtos necessários ao consumo. Ambas, porém, ainda atribuíam tratamento penal à matéria da concorrência, o que, na época, já representava um retrocesso⁴¹³.

Em que pese o pouco tempo de vigência do Decreto-Lei n. 7.666/45, suas disposições impulsionaram a edição, mais tarde, da Lei n. 4.137/62, destinada a regular a repressão ao abuso do poder econômico⁴¹⁴. Essa lei continha em seu bojo algo que a Constituição de 1946 já previa (a repressão aos abusos de poder econômico) e perdurou até a edição da Lei 8.884/94 que, além de transformar o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em autarquia, passou a dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica.

A partir da edição da Lei n. 8.884/94, o direito da concorrência no país teve um significativo avanço e tal processo se deu em decorrência de mudanças estruturais da economia brasileira, da superação das crises de superinflação, da dívida externa e a desestatização de boa parte dos serviços de infraestrutura⁴¹⁵.

A Lei n. 12.529/2011 por sua vez continua a dispor sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, mas reestruturou o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC).

Essa preocupação com a atualização e aperfeiçoamento da lei antitruste remonta à década de 90, época da abertura comercial e expansão do processo de privatizações. Denota, outrossim, que a defesa da concorrência vem ganhando cada

⁴¹² *Ibidem*, p. 16.

⁴¹³ *Ibidem*, p. 18.

⁴¹⁴ *Ibidem*, p. 16.

⁴¹⁵ OLIVEIRA, Gesner; SCAZUFCA, Pedro. Diretrizes para uma política corporativa de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 19, p. 369, jan. 2011. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

vez mais prestígio⁴¹⁶.

Em contrapartida, referida lei herdou o administrativismo getulista do Decreto-lei 7.666/45, na medida em que atribuiu grande poder aos órgãos do Poder Executivo⁴¹⁷. Esse administrativismo impregnado na legislação antitruste condiz com o estilo de governar de Getúlio, que era centralizador. Vinculado aos Ministérios da Justiça e da Fazenda e pertencentes, portanto, ao Poder Executivo, os órgãos que compõem o SBDC limitam-se a uma atuação administrativa.

Com a nova lei, o SBDC passa a ser composto por duas entidades - o CADE e a SEAE - com atribuições distintas e proposta de desburocratização dos procedimentos⁴¹⁸.

A advocacia da concorrência ficará sob responsabilidade da SEAE, que poderá opinar em propostas de atos normativos e projetos de lei; propor a revisão de leis, regulamentos e outros atos normativos; além de elaborar estudos e pareceres sobre setores específicos sempre que solicitada ou mesmo de ofício, no intuito de promover a concorrência.

No que se refere, entretanto, à repressão às infrações à concorrência, seu papel será pequeno. Será informada pelo CADE acerca do início do processo administrativo e decidirá pela emissão ou não de parecer, conforme a relevância do caso. Para as hipóteses de atos de concentração, seu parecer fica dispensado, podendo, porém, manifestar-se sempre que achar conveniente ou a pedido do CADE.

A nova lei introduz a obrigatoriedade da análise prévia dos atos de concentração econômica para as operações que, cumulativamente, pelo menos um dos grupos envolvidos na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a quatrocentos milhões de reais e pelo menos um outro grupo envolvido na operação tenha registrado, no último balanço, faturamento bruto anual ou volume de negócios total no país, no ano anterior à operação, equivalente ou superior a trinta milhões de reais. Esse modelo é o oposto do modelo anterior, pois torna a análise *ex ante* ao contrário do sistema *ex post* vigente até a edição da

⁴¹⁶ FORGIONI. Paula A. **A evolução** ..., p. 149.

⁴¹⁷ *Ibidem, loc. cit.*

⁴¹⁸ PAGOTTO, *op. cit.*, p. 15.

nova lei.

Assim, antes de efetivarem os atos de concentração – a exemplo das fusões, aquisições e incorporações – as empresas precisarão aguardar a manifestação do CADE a respeito. Para tanto, reservou-se à autarquia um prazo de até 240 dias, prorrogável por mais noventa dias, para análise dos atos que lhe forem submetidos à apreciação.

Os atos submetidos à análise do CADE não poderão ser consumados antes de apreciados, sob pena de nulidade e imposição de multa pecuniária que varia de sessenta mil a sessenta milhões de reais, além da possibilidade de abertura de processo administrativo.

Pela lei anterior, de 1994, as operações acima citadas podiam ser feitas e só depois comunicadas às autoridades de defesa da concorrência, já que constava expressamente no texto legal que a análise poderia ser feita no prazo de quinze dias a contar da realização do ato de concentração. Na prática, a grande maioria dos atos era apreciada em momento posterior à sua efetivação.

Situação peculiar ocorreu no caso da fusão Nestlé-Garoto, em que aproximadamente dois anos depois de efetuada a compra da empresa brasileira pela indústria sueca, o CADE ordenou o desfazimento do negócio. Nesse caso, em específico, a operação havia sido submetida à análise em momento anterior ao ato de concentração⁴¹⁹, mas em virtude da demora em julgar o caso, a negociação acabou ocorrendo antes do parecer do órgão, ordenando-se, depois, que fosse desfeita. Como resultado, a discussão foi levada para o âmbito judicial.

Com a análise posterior, na hipótese em que se constatasse alguma irregularidade já no decorrer do processo de concentração, as empresas e sociedades investidoras poderiam ter problemas e transtornos significativos, alguns de difícil resolução, o que impulsionava, por vezes, o acionamento do Poder Judiciário.

Uma das maiores polêmicas envolvendo a Lei n. 12.529/2011 refere-se ao veto presidencial do seu art. 64, que estabelecia a aprovação automática dos atos de concentração por decurso de prazo. Da forma como redigido o dispositivo, então vetado, dizia que o descumprimento de quaisquer prazos previstos na lei ensejaria a

⁴¹⁹ Vide Ato de Concentração nº 08012.001697/2002-89. Disponível em: <<http://www.cade.gov.br>>. Acesso em 12 jan. 2014.

aprovação tácita do ato de concentração econômica em análise.

Como razão de veto, sustentou-se que a medida seria desproporcional e causaria graves prejuízos à sociedade e às empresas, especialmente porque a própria lei já oferece mecanismos menos gravosos para apuração de atos de desrespeito aos prazos nela contidos. Há quem entenda, porém, que "outras medidas - que não o veto - poderiam haver sido adotadas para evitar eventual distorção da regra de aprovação tácita por decurso do prazo de análise e julgamento pelo CADE"⁴²⁰.

Além desse veto, algumas dúvidas remanesceram acerca do funcionamento da nova estrutura introduzida pela lei. A defesa da concorrência em setores regulados, por exemplo, será competência do CADE ou da agência reguladora? E como será feito o cálculo das multas, já que se baseiam no ramo de atividade da empresa? A lei não apresenta essas respostas, restando àqueles que se dedicam ao direito da concorrência promover a melhor compreensão do assunto.

O papel do CADE é proibir os atos de concentração que impliquem eliminação da concorrência em parte substancial de mercado relevante, que possam criar ou reforçar uma posição dominante ou que possam resultar na dominação de mercado relevante de bens ou serviços, observadas as ressalvas trazidas pela própria lei.

A análise prévia dos atos de concentração, trazida pela nova lei, vai ao encontro da missão institucional do CADE e, especialmente, do papel do Estado de tutelar de forma mais efetiva o interesse público e de promover e fomentar o desenvolvimento econômico nacional.

Além disso, traduz a essência da premissa de que a concorrência deve ser sustentável e de que essa sustentabilidade gera desenvolvimento.

Com a análise anterior (*ex ante*) à efetivação do ato, tem-se significativa redução de custos para as empresas (se comparado à possibilidade de desfazimento do ato, por exemplo), bem como a minimização de riscos para a sociedade e para o mercado, especialmente pela maior probabilidade de resultados efetivos e positivos decorrentes das operações.

Ainda que nessa nova sistemática adotada pelo CADE os custos *ex ante* se

⁴²⁰ CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**. São Paulo: RT, 2012, p. 166.

revelem mais altos para a empresa, certamente os custos *ex post* compensam o maior dispêndio inicial, pois serão menores os custos para manter e direcionar o negócio firmado quando, desde o início, esteja acobertado pela regularidade de seus atos constitutivos, pela clareza e uniformidade das informações e pelo devido planejamento de sua trajetória no mercado.

Aqui se verifica com grande destaque a importância dos postulados de Williamson, no que se refere aos custos de transação, tanto para a empresa quanto para a sociedade. Seja na fase de levantamento de informações, no momento da negociação ou quando da formalização do negócio ou, ainda, quando do monitoramento da operação firmada, ao agente econômico torna-se muito mais fácil contabilizar os custos nos quais irá incorrer quando já, desde o início, tem ciência acerca da aprovação, pelo CADE, do negócio que está firmando. Com base nisso pode decidir entre internalizar ou externalizar esses custos conforme seja a sua necessidade.

Nesse cenário, os custos *ex post* tendem a ser menores, pois a empresa, já sabedora da regularidade dos atos que empreendeu, tem condições de planejar os custos que pretende ter com a manutenção da operação e com o aprimoramento dos negócios dela resultantes. Despenderá menos recursos com medidas de adequação e regularização de procedimentos, podendo direcionar ações mais robustas para as estratégias de marketing e vendas, para seu processo manufatureiro e para o crescimento da própria corporação. Melhora, com isso, sua competitividade e assume condições de concorrer de forma mais sustentável, de modo que o consumidor, destinatário de seus produtos e serviços, também seja beneficiado.

De certo modo, também por esses motivos, o antitruste pode ser considerado uma crença quase-religiosa independente⁴²¹. Mas é válido destacar que o antitruste não se confunde com as leis que são criadas para afastar a prática do truste; leis antitrustes não se comunicam com a real concepção de antitruste, de modo que cabe ao operador do direito fazer a leitura da lei enquadrando-a no caso concreto:

⁴²¹ ROCKEFFELLER, Edwin S. **A religião do antitruste**. Como a crença cega no antitruste levou a uma ampliação confusa e arbitrária das leis antitruste. Tradução de Lucia Helena de Sena Franca. São Paulo: Singular, 2008, p. 14.

O advogado antitruste deve aprender um vocabulário especial não encontrado no Código Norte-Americano. Fenômenos observáveis são descritos por metáforas, que não são rótulos científicos dos dados do mundo real, mas sim conceitos artificiais, tais como “mercado” e “poder de mercado”. Os especialistas em antitruste falam um tipo de poesia. Os jornalistas e políticos o consideram uma descrição da realidade. O público está confuso. Os conceitos antitruste dão uma caracterização sinistra aos fenômenos comuns aos quais eles são aplicados. “Oligopólio” é um bom exemplo. Pessoas versadas no vocabulário antitruste sabem que um oligopólio é simplesmente qualquer número de vendedores superior a 1 – uma situação comum, mas soa ao cidadão mediano como uma condição torpe e motivo de preocupação⁴²².

Dadas as peculiaridades da lei, das pessoas comuns não se pode exigir a compreensão dos fenômenos descritos nos estatutos antitruste, tal como lá estão expostos, já que a linguagem utilizada nos regramentos legais difere da linguagem utilizada pelo homem médio. Bem assim, o que ao cidadão comum pode parecer inofensivo, para o direito concorrencial pode significar conduta lesiva à boa convivência no mercado.

De todo modo, o que não pode nunca ocorrer é a não aplicação do direito antitruste em nome da política governamental de desenvolvimento, sob pena de conseqüências nefastas sobre o país⁴²³. A defesa da concorrência e as políticas públicas visando o desenvolvimento devem caminhar juntas, nunca se olvidando que normas antitrustes eficientes promovem o desenvolvimento na medida em que tornam o mercado mais eficiente.

Isso porque, num ambiente econômico em que a competição é preservada, ao mesmo passo em que o abuso de poder econômico e a adoção de condutas lesivas é reprimida, os competidores têm condições de manter preços mais condizentes com a realidade do nicho de mercado em que concorrem, além de direcionar esforços e investimentos na obtenção de novas tecnologias, novos produtos ou mesmo na consecução de uma marca mais forte e mais desejada pelos consumidores. De igual modo, novos agentes podem adentrar no mercado, maior arrecadação tributária pode ser percebida pelo Estado e mais empregos podem ser gerados, fechando o ciclo da concorrência sustentável que invariavelmente leva ao desenvolvimento econômico.

⁴²² *Ibidem*, p. 23.

⁴²³ SALOMÃO FILHO, Calixto. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 130.

5.2. CONCORRÊNCIA SUSTENTÁVEL E SEUS CUSTOS

Deve-se estudar a concorrência sob o olhar do direito econômico e a partir dos fundamentos do antitruste, este entendido como técnica utilizada pelo Estado contemporâneo para implementar políticas públicas, com repressão ao abuso econômico e tutela da liberdade de concorrência⁴²⁴.

Isso se justifica porque a concorrência efetiva entre as empresas pressupõe que uma minoria inclinada a concorrer estabeleça um ritmo competitivo que os demais agentes do mercado se vejam forçados a seguir⁴²⁵.

A competição entre as empresas, porém, para ser saudável e sustentável exige a atenção do empresariado para aspectos como o respeito ao consumidor, a produção com menos custos e o respeito ao meio ambiente, eis que a competitividade da empresa está ligada à redução de seus custos de transação e à adequação de seus atos à dinamicidade do ambiente econômico, com vistas a ser mais eficiente. Parece certo, portanto, que concorrer de forma sustentável tem um preço, que não costuma ser baixo.

O pressuposto de que as empresas forcem umas às outras a competir também está atrelado à noção de sustentabilidade por que tal comportamento favorece a adoção de condutas empresariais não só direcionadas ao lucro, mas também focadas na manutenção da empresa no mercado, à frente ou, no mínimo, ao lado de seus rivais, mantendo sempre a vantagem competitiva.

Tanto é assim que, analisando o comportamento das indústrias no cenário econômico internacional, Michael E. Porter escreveu:

A indústria é a arena na qual a vantagem competitiva é ganha ou perdida. As empresas, através da estratégia competitiva buscam estabelecer uma abordagem para a competição em suas indústrias que seja, ao mesmo tempo, lucrativa e sustentável. Não existe estratégia competitiva universal, única, e apenas têm êxito estratégias adequadas à indústria específica e aos e aos conhecimentos e patrimônio social de uma determinada empresa⁴²⁶.

⁴²⁴ FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos** ..., p. 31.

⁴²⁵ CLARK, *op. cit.*, p. 39.

⁴²⁶ PORTER, *op. cit.*, p. 44.

Ademais, cada mercado exige uma estratégia distinta para atingir uma forma de desenvolvimento mais sustentável⁴²⁷, sendo certo que:

Para ser bem sucedidos no mercado desenvolvido (consumidor), os gerentes devem concentrar-se na redução das pegadas ecológicas de suas empresas, reinventando produtos e processos. Para entender às necessidades de longo prazo do mercado emergente, eles devem evitar a colisão entre a demanda rapidamente crescente por produtos e a base física de fornecimento ou descarte de resíduos. Por último, no mercado tradicional os gerentes devem reconhecer a oportunidade apresentada por um grande grupo de potenciais clientes cujas necessidades reais permanecem mal compreendidas⁴²⁸.

A sustentabilidade global é conceito complexo, de variadas dimensões e que não pode ser analisado por uma única ação corporativa⁴²⁹. Por essa razão, a criação de um valor sustentável exige que as empresas trabalhem no sentido de reduzir o nível de consumo material e de poluição, bem como que operem em níveis mais altos de transparência e receptividade, além de desenvolver novas tecnologias com potencial de diminuir o tamanho das pegadas humanas no planeta e facilitar a criação e a distribuição de riqueza inclusiva⁴³⁰.

Reconhecer a sustentabilidade global como um catalisador para o desenvolvimento de novos negócios será um fator cada vez mais importante para a sobrevivência corporativa no século XXI - a encruzilhada para o futuro. (...) Para captar oportunidades sustentáveis, porém, os gerentes devem repensar suas visões predominantes sobre estratégia, tecnologia e mercados. A atenção focada através dessas três lentes - mercados desenvolvidos, emergentes e tradicionais - deve ajudar nesse aspecto.⁴³¹

O mais interessante é notar que as estratégias empresariais relacionadas à sustentabilidade podem gerar benefícios quanto à posição econômica e competitiva de uma empresa⁴³².

As empresas bem-sucedidas, além de reagir ao seu ambiente, também

⁴²⁷ HART, Stuart I. **O capitalismo na encruzilhada**: as inúmeras oportunidades de negócio na solução dos problemas mais difíceis do mundo. Tradução de Luciana de Oliveira da Rocha. Porto Alegre: Bookman, 2006, p. 66.

⁴²⁸ *Ibidem*, p. 78.

⁴²⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴³⁰ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴³¹ *Ibidem*, p. 83.

⁴³² *Ibidem*, p. 78.

buscam influenciá-lo a seu favor⁴³³, razão pela qual a estratégia competitiva deve surgir de um conhecimento detalhado da estrutura da indústria e do modo pelo qual ocorrem as modificações.

As modernas formas de vida industrial tem se distinguido das antigas pelo fato de serem mais competitivas, embora não seja esse um juízo perfeitamente satisfatório⁴³⁴.

Não é demais ponderar que em seu sentido estrito, concorrência "parece ser a disputa entre duas pessoas orientadas especialmente para a venda ou a compra de alguma coisa"⁴³⁵, mas tal definição revela-se secundária ou mesmo acidental, se consideradas as características fundamentais da moderna vida industrial.

Na verdade, a concorrência "adquiriu um sentido pejorativo e veio a implicar certo egoísmo e indiferença pelo bem-estar dos outros"⁴³⁶. Se é colocada em contraste com a cooperação de trabalho não egoísta para o bem público, impõe-se concluir que as melhores formas de concorrência são perniciosas, sendo abominadas suas formas mais baixas e grosseiras⁴³⁷.

Desta feita, não sendo o termo "concorrência" tão adequado para designar os principais aspectos da vida industrial da época moderna, especialmente por trazer consigo atributos de ordem moral, expressões como "liberdade de indústria e empreendimento" ou "liberdade econômica" estariam num bom rumo⁴³⁸.

Seja na indústria nacional ou internacional, a natureza da competição materializa-se em cinco forças competitivas: "(1) a ameaça de novas empresas, (2) a ameaça de novos produtos ou serviços, (3) o poder de barganha dos fornecedores, (4) o poder de barganha dos compradores e (5) a rivalidade entre competidores existentes"⁴³⁹.

A eficácia dessas forças varia conforme a indústria e é responsável pela lucratividade da empresa a longo prazo, especialmente porque estipulam os preços

⁴³³ PORTER, *op. cit.*, p. 44.

⁴³⁴ MARSHALL, *op. cit.*, p. 26.

⁴³⁵ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴³⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 28.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 28-29.

⁴³⁹ PORTER, *op. cit.*, p. 45.

que as empresas podem cobrar, os custos que devem suportar e os investimentos que terão que fazer para competir no mercado⁴⁴⁰.

Quando permanecem estacionárias, as empresas são ultrapassadas pelas rivais e eventual vantagem competitiva que mantenham no mercado pode ser contornada por empresas mais dinâmicas que, por sua vez, encontram meios de produzir as mesmas coisas que seus concorrentes produzem, a preços mais baixos ou com maior qualidade⁴⁴¹. Na realidade do mercado, "o mais importante não é a eficiência estática, mas o dinamismo da empresa"⁴⁴².

Essa mesma dinamicidade atribuível à empresa deve estar presente no sistema econômico, pois, conforme lembra John Hicks, "sempre que os preços se mantêm razoavelmente estáveis, é provável que o sistema esteja num equilíbrio bem aceitável"⁴⁴³. É preciso atentar para a oscilação das condições de mercado, porque "o desequilíbrio é sinal de desperdício e de eficiência imperfeita da produção"⁴⁴⁴.

Num ambiente comercial tendente ao equilíbrio a concorrência será sustentável na medida em que induz os agentes econômicos a cultivar bons fornecedores, produzir melhores produtos, oferecer preços mais baixos e satisfazer os consumidores.

Nesse contexto, dois cenários são imagináveis: por um lado, pode-se afirmar que as empresas gostam de concorrência e desejam, cada vez mais, competidores capazes dentro de seu próprio país. E isso é um aspecto positivo, pois somente uma rivalidade interna forte pode permitir que as empresas se mantenham firmes no mercado, em especial no internacional⁴⁴⁵, em que a concorrência tende a ser mais aguçada.

De outro lado, também é possível dizer que "a empresa não aprecia a concorrência; suporta-a porque esta é a forma admissível de conquistar mercado e de aumentar os lucros"⁴⁴⁶. Nessa perspectiva, a disputa é desejada pelo agente

⁴⁴⁰ PORTER, *op. cit.*, p. 47.

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 650.

⁴⁴² *Ibidem*, p. 669.

⁴⁴³ HICKS, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁴⁵ PORTER, *op. cit.*, p. 659.

⁴⁴⁶ FORGIONI. Paula A. **A evolução** ..., p. 170.

econômico apenas na medida de sua essencialidade para o desenvolvimento das atividades empresariais⁴⁴⁷.

A competição, de um modo geral, tem dois significados muito diferentes⁴⁴⁸: na linguagem comum significa rivalidade pessoal, com base na qual o indivíduo busca suplantar o seu competidor. Na linguagem econômica, significa quase o contrário, eis que não existe rivalidade pessoal ou disputas pessoais no mercado competitivo, pois a sua essência está no seu caráter impessoal. De tal modo, nenhum participante pode determinar as formas e condições pelas quais os outros participantes terão acesso a empregos ou mercadorias, já que:

(...) todos consideram os preços como dados pelo mercado e nenhum indivíduo pode, por si só, ter mais que uma influência negligenciável sobre o preço - embora todos os participantes juntos determinem o preço por meio do efeito combinado de suas ações separadas⁴⁴⁹.

A sustentabilidade no âmbito do direito concorrencial também se traduz pela estabilidade das normas antitruste e na efetividade da sua aplicação. Sustentabilidade condiz, assim, com a previsibilidade e a durabilidade dos preceitos legais e com a conformidade destes com o sistema econômico no qual estão inseridos. Sustentabilidade, aqui, vista sob a perspectiva econômica que, na concepção de Hans Michael van Bellen, “abrange a alocação e distribuição eficientes de recursos naturais dentro de uma escala apropriada”⁴⁵⁰.

A alteração do processo de organização da produção, do trabalho, bem como os avanços da globalização e a abertura dos mercados propiciou a mudança no *modus operandi* das empresas, as quais deixaram de se preocupar apenas com a geração de riquezas, passando a se importar, também, com ações sociais, em favorecimento de uma sociedade mais igualitária⁴⁵¹.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 170.

⁴⁴⁸ FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁵⁰ BELLEN, Hans Michael Van. **Indicadores de sustentabilidade**: uma análise comparativa. Rio de Janeiro: FGV, 2005, p. 34.

⁴⁵¹ CARVALHO, Nathalie de Paula. **Sistema de mercado e sustentabilidade econômica**: a responsabilidade social das empresas. Disponível em: <http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/RSE.pdf>. Acesso em 20 nov. 2013.

A suposição de que a firma busca o lucro máximo constitui-se em simplificação extrema, sendo incorreto afirmar que um possível objeto único determine todas as suas operações⁴⁵².

Reconhecem-se, hoje, muitas responsabilidades da empresa para com a comunidade, "que podem ser capciosas em muitos casos, mas que são também autênticas em número suficiente de outros para influenciar a tônica corrente"⁴⁵³.

A concorrência, como conseqüência da atuação da empresa em sociedade, depende da eficiência dos processos técnicos utilizados, da seleção e desenho dos produtos, do esforço quanto à venda do que é produzido e também da formação dos preços⁴⁵⁴. Exige, pois, planejamento e execução por parte dos agentes:

O planejamento envolve pesquisa e experimentação, coleta e interpretação de informações e estimativas dos resultados prováveis de qualquer nova política, ou da reação, pelo público, a um produto novo ou a atratividade da venda. A execução não constitui apenas o teste do planejamento prévio, uma vez que pode sugerir problemas novos a atenção dos planejadores⁴⁵⁵.

Em demonstração da importância do planejamento referido, cita-se um estudo sobre a quebra de contratos no âmbito da cadeia do fumo⁴⁵⁶ no sul do Brasil, o qual evidencia que na realidade do mundo econômico, em diferentes momentos das transações, os indivíduos possuem informações esparsas e incompletas sobre seus próprios interesses, o que significa que todo agente econômico pode sofrer uma ação oportunista ou mesmo agir dessa forma em algum momento de sua existência⁴⁵⁷.

Nesse contexto é que os contratos e as estruturas de governança figuram como métodos para atenuar tal problema e trazer certa previsibilidade às trocas

⁴⁵² CLARK, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁵³ *Ibidem, loc. cit.*

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 102.

⁴⁵⁵ *Ibidem, loc. cit.*

⁴⁵⁶ Desenvolvido a partir de referenciais teóricos da Economia dos Custos de Transação, o estudo em comento pretendeu demonstrar como a confiança constitui elemento central nas parcerias firmadas no setor fumageiro e como a intervenção dos atravessadores estimula a quebra oportunista de contratos, colocando em risco a sustentabilidade e a competitividade da cadeia produtiva do fumo no sul do Brasil.

⁴⁵⁷ BEGNIS, Heron Sérgio Moreira; ESTIVALETE, Vania de Fátima Barros; PEDROZO, Eugênio Avila. Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no Brasil. **Gestão de Produção**, São Carlos, v. 14, n. 2, p. 311-322, maio/ago. 2007.

econômicas. Mesmo assim, fatos supervenientes podem estimular a quebra dos contratos estabelecidos ou o rompimento das alianças que se formaram⁴⁵⁸.

Na cadeia produtiva do fumo, em especial - e usada aqui como exemplo - a confiança constitui um elemento básico das parcerias e a intervenção dos agentes atravessadores estimula a quebra oportunista de contratos colocando em risco a sustentabilidade e a competitividade desta estrutura de produção⁴⁵⁹.

A sustentabilidade de uma empresa tem a ver, assim, com a prática de atos devidamente planejados, que não firam o meio ambiente, o mercado no qual atua a entidade e os interesses da sociedade. O desenvolvimento sustentável de uma empresa relaciona-se com uma postura séria, ética e moral perante a coletividade, o meio ambiente e o próprio Estado⁴⁶⁰:

(...) para falar em sustentabilidade da empresa se torna necessário, antes, verificar se ela está cumprindo suas obrigações de forma ética e moral, contribuindo para o crescimento e desenvolvimento da sociedade de pessoas na qual se insere. A sustentabilidade tem, pois, relação direta e visceral com o cumprimento do objeto social da empresa, que, procurando manter-se no mercado, também busca reproduzir-se com responsabilidade social.⁴⁶¹

Há, portanto, um elo evidente entre os conceitos de desenvolvimento e sustentabilidade, especialmente porque o desenvolvimento de uma sociedade advém de condutas e posturas sociais e empresariais sustentáveis. No cenário concorrencial, essa postura é exigida perante os demais agentes do mercado, em prol de uma competição transparente e saudável. Ao Estado compete:

(...) criar regras de atuação que reduzam fraudes e outros abusos; que promovam a competição saudável, que restrinjam o poder de grupos de interesse e que criem incentivos para aumentar a probabilidade de os arquitetos de escolhas atenderem ao interesse público. Tanto no setor público como no privado, um objetivo primário deveria ser aumentar a transparência⁴⁶².

⁴⁵⁸ *Ibidem, loc.cit.*

⁴⁵⁹ *Ibidem, loc.cit.*

⁴⁶⁰ CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial**: sustentabilidade e função social da empresa. São Paulo: LTr, 2009, p. 188.

⁴⁶¹ *Ibidem*, p. 189.

⁴⁶² THALER, Richard H. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

Há, porém, quem não acredite nesse ideal de sustentabilidade para as empresas. Assim, por ocasião da abordagem específica da temática da sustentabilidade no âmbito da recuperação judicial, Carlos Roberto Claro defende que a empresa em crise não é capaz de compatibilizar sua busca pela reorganização e superação das dificuldades com o ideário de sustentabilidade⁴⁶³.

Desse modo, se é certo que o vocábulo exprime a ideia de que a empresa reunirá mínimas condições de cumprir os compromissos assumidos, não menos certo é o fato de que a empresa devedora, em situação de crise, muitas vezes sem recursos para o pagamento das despesas mais imediatas, deixará de pensar em sustentabilidade⁴⁶⁴.

Sob essa perspectiva, as expressões crise da empresa e sustentabilidade não podem ser ligadas quando se tem por escopo manter “em pé” e de forma atuante no mercado uma empresa em situação deficitária⁴⁶⁵. Seria impossível, portanto, nessa visão, conceber a ideia de que a empresa em crise terá condições de cumprir suas obrigações diárias; honrar os compromissos assumidos com credores; cumprir todas as obrigações assumidas no plano e ainda praticar sustentabilidade⁴⁶⁶.

São situações que dificilmente chegarão a um mesmo ponto, já que a empresa tem o “poder-dever de evitar a crise, buscando manter-se no mercado competitivo de uma forma tendente a cumprir seu objeto social, sob pena de retirada compulsória do mercado”⁴⁶⁷.

A dificuldade de manter as atividades empresariais em concomitância com o exercício da responsabilidade social e da conseqüente sustentabilidade também é defensável no âmbito dos monopólios, especialmente se levadas em conta as considerações de Milton Friedman a respeito:

O monopólio dá origem a duas classes de problemas para uma sociedade livre. Primeiro, a existência do monopólio significa uma limitação nas trocas voluntárias através de uma redução das alternativas disponíveis aos indivíduos. Segundo, a existência do monopólio levanta a questão da

⁴⁶³ CLARO, *op. cit.*, p. 189.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 203.

⁴⁶⁶ *Ibidem*, *loc. cit.*

⁴⁶⁷ *Ibidem*, p. 206.

"responsabilidade social", como é em geral denominada, do monopolista. Os participantes de um mercado competitivo não dispõem de poder apreciável para alterar os termos da troca; dificilmente se tornam visíveis como entidades. É, portanto, difícil argumentar que tenham "responsabilidade social", exceto a que é compartilhada por todos os cidadãos de obedecer à lei do país e viver de acordo com suas normas⁴⁶⁸.

Feitas essas ressalvas, impende registrar que a lei antitruste brasileira, quando prevê a repressão das infrações à ordem econômica, por meio do combate aos trustes e cartéis, por exemplo, visa assegurar a eficiência, o aumento da produtividade, a melhoria da qualidade dos bens ou serviços e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país, tendo como um de seus objetivos maiores, evitar a injusta transferência de riqueza do consumidor ao fornecedor⁴⁶⁹. A concorrência desenvolvida sob esses fundamentos é sustentável.

⁴⁶⁸ FRIEDMAN, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁶⁹ CASTRO, *op. cit.*, p. 63-78.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A AED se utiliza do instrumental analítico e empírico da economia para compreender a racionalidade do ordenamento jurídico, tendo por pressuposto o fato de que as normas devem ser criadas com o escopo já pré-definido de garantir o máximo de bem estar para o maior número de pessoas possível.

A concorrência entre as empresas é uma das esferas em que mais se visualiza a constante interdisciplinaridade entre o direito e a economia. Analisar o mercado e a forma como as empresas nele se relacionam, pressupõe a conjugação de conceitos atinentes tanto à ciência jurídica como à ciência econômica.

O próprio verbo concorrer remete ao entendimento de que há competição e onde há competição existe também uma busca incessante pelo "mais", pelo "maior", pelo "melhor". Busca-se, numa competição, a melhor posição, o auge, o alcance da linha de chegada. Ninguém compete para ficar onde está; o importante é avançar e superar, se não os outros, pelo menos a si mesmo.

Partindo desse pressuposto, não se pode descuidar do monitoramento desses competidores. E aí se observa a interação maior entre direito e economia, assumindo relevante papel os estudos da AED, vez que os reflexos das condutas praticadas pelas empresas que competem no mercado são sentidos por todos: clientes, fornecedores, funcionários e todos aqueles que de alguma forma dependem economicamente da existência e do sucesso daquele agente econômico. O Estado, nesse contexto, tem papel relevante e concretiza a sua vigilância sobre esses competidores por meio da positivação de normas e aplicação das leis antitruste, por ele mesmo estudadas e criadas.

Mas cuidar da interação desses agentes apenas com os olhos do direito ou somente sob o prisma da economia implica em graves distorções da realidade, além de prejudicar o mercado, o desenvolvimento econômico e toda a coletividade envolvida.

Por isso é que se faz relevante conhecer as premissas e preceitos básicos a AED, embora os estudiosos se debrucem com maior afinco a dois deles: a eficiência e os custos de transação, que mais instigam debates acerca de seu valor para a compreensão do mercado e seus reflexos.

Na Constituição Federal brasileira a eficiência está presente em diversas

passagens e além dos pontos específicos em que se aplica, deve orientar a elaboração e aplicação de regras jurídicas em função dos objetivos estabelecidos para a República. O desenvolvimento do país passa pela existência de um ordenamento jurídico eficiente.

A eficiência com que se deve trabalhar, no entanto, deve ser aquela cujos preceitos decorrem dos estudos de Kaldor e Hicks, no sentido de que será eficiente a decisão ou a conduta que permita ou esteja amparada em uma espécie de compensação, não importando, exatamente, que alguém saia prejudicado em uma relação, mas sendo relevante - para que haja eficiência - que o prejuízo suportado por uma das partes seja compensado pelos ganhos que a outra obtiver. Assim, sob o ponto de vista do mercado e não dos agentes, isoladamente - terá havido eficiência.

Pois bem. Mas o que, de fato, torna um ordenamento jurídico - ou qualquer outra coisa - eficiente? Aos olhos da AED, uma lei - ou qualquer outra coisa - é eficiente quando consegue os resultados que almeja pelos menores custos. E aqui o motivo pelo qual se falou dos custos de transação, outro objeto de estudo da AED e que repercute grandemente na compreensão da dinâmica do mercado.

Ora, se os agentes fazem troca nessa arena que é o mercado, essas trocas têm um custo e esses custos impactarão nos preços praticados pelo agente que vai colocar o seu produto à venda, bem como na qualidade dos bens e serviços. Logo, os competidores que disputam num dado mercado precisam ser eficientes a ponto de oferecer produtos com preços menores que seus concorrentes e, não se descuidando, todavia, de preservar a qualidade.

Assim sendo, não é verdadeira a assertiva de que o competidor que oferecer o menor preço terá sido mais eficiente aos olhos da AED. Os custos de transação vão muito além do fator preço. Esse, aliás, é o aspecto menos importante na composição de um produto ou serviço competitivo e na definição do sucesso ou fracasso da empresa competidora.

Os custos de transação, cujo maior estudioso foi Oliver Williamson, refletem as causas e as conseqüências das posturas adotadas no mercado, a tal ponto que se possa afirmar que inexistem um mundo sem custos de transação, tanto pelo fato de que há custos inerentes a todas as operações negociais, jurídicas ou econômicas, como em razão de existirem custos adicionais que, em maior ou menor grau, podem ser internacionalizados pelos agentes ou repassados adiante (externalização). Os

custos de transação influenciam fortemente a tomada de decisões pelos agentes econômicos.

A contratação de mão-de-obra, a busca por novas formas de organização, a descoberta de mecanismos mais eficientes, o desenvolvimento de produtos e serviços mais atraentes e a coordenação de ações e atividades são exemplos de custos de transação com os quais as empresas têm de se preocupar. Saber lidar com esses custos, decidindo, inclusive, sobre sua internalização ou externalização, é um dos aspectos hábeis a dizer se uma corporação é ou não eficiente.

Na verdade, sob a ótica da AED, o mercado, como um todo, será mais eficiente quanto mais reduzidos forem os custos de transação, o que permitirá o aumento do número de negociações. Essas negociações, todavia, não podem ocorrer de forma livre e desenfreada, sob pena de favorecer grupos específicos e prejudicar outros.

A conduta dos agentes econômicos tende a ser racional maximizadora, porque suas escolhas sempre são antecedidas da ponderação entre os custos e os benefícios de cada alternativa, sendo certo que as condutas escolhidas são sempre aquelas que propiciam maior bem-estar.

Dentro dessa lógica de busca pelo bem-estar, já se pode dizer que o objetivo da empresa já não é apenas o de gerar lucros e resultados, estando cada vez mais direcionado à estruturação das relações sociais - e não só jurídicas - de forma mais eficiente.

Fala-se, inclusive, em uma nova empresarialidade, justamente em razão dessa maior preocupação da empresa com aspectos sociais, institucionais, ambientais e culturais. Não se pode olvidar, entretanto, que suas atividades resultam das condições de mercado que ela enfrenta, além dos atributos específicos que possui. Assim, além de preocupar-se com o lucro, a empresa precisa obter menores custos de transação e desenvolver operações mais eficientes.

Esse novo escopo da empresa, e que acaba repercutindo nas operações que realiza no mercado, nada mais é do que a principal característica da sustentabilidade empresarial, cujos reflexos são percebidos - e exigidos - no ambiente concorrencial, na dinâmica das relações de mercado.

Como defendido por Karl Polany, os mercados sempre foram acessórios da vida econômica e pressupõem a coexistência de elementos como a terra, o trabalho e o dinheiro, sendo inafastável, em relação a todos eles, o controle sobre os preços.

E isso se justifica porque o mercado é formado por competidores, de modo que onde há concorrência, deve haver algum tipo de regulação e de controle.

Considerando, pois, que a concorrência entre os agentes econômicos é capaz de desenvolver um país, deve-se estimular e preservar ao máximo a rivalidade interna entre as empresas. Nesse caso, porém, essa rivalidade deve ser acompanhada de perto pelo Estado, a partir de políticas antitrustes eficientes.

Assim, se a livre concorrência e a livre iniciativa são princípios da ordem econômica, o desenvolvimento também o é, já que se caracteriza por ser um processo de transformações qualitativas dos sistemas vigentes. Além disso, conforme apontado por Amartya Sen, a liberdade é um dos principais meios de acesso ao desenvolvimento que, para ser sustentável, exige o atendimento das necessidades mais básicas dos indivíduos, além de incentivos à concretização de suas aspirações.

As empresas precisam estar alinhadas à dinâmica do mercado, porque quando permanecem estacionárias são ultrapassadas pelos competidores rivais. Desse modo, fácil concluir que a sustentabilidade das empresas se derrama também sobre a concorrência movida por elas.

Concorrência sustentável é aquela que provoca os agentes a cultivar melhores fornecedores, praticar os menores preços e a melhor qualidade, otimizar os processos de produção, dentre outros tantos aspectos relevantes. Traduz-se, também, pela estabilidade das normas antitruste e pela efetividade da sua aplicação, além da previsibilidade e da durabilidade dos preceitos legais. Pressupõe, por fim, a conformidade das regras jurídicas com o sistema econômico no qual a lei está inserida.

A concorrência, analisada sob a perspectiva da AED pode e deve ser sustentável, cabendo aos agentes a busca por um modo de agir mais direcionado à satisfação de seus interesses sem desatender à norma jurídica positivada e as conseqüências que dela advém.

A busca pela eficiência faz parte dessa postura sustentável e saber equacionar os custos de transação envolvidos nas operações diversas às quais a concorrência conduz. Apenas concorrer já não é suficiente, exigindo-se dos agentes econômicos que querem competir em condições de igualdade e manter-se no mercado uma preocupação para além da competitividade pura e simples. A AED é o instrumento propício para essa mudança de postura.

REFERÊNCIAS

AGUILLAR, Fernando Herren. **Direito econômico**. Do direito nacional ao direito supranacional. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

ALMEIDA, Rafael Galvão de; FERNÁNDEZ, Ramón Vicente García. **Hayek versus Polanyi**: espontaneidade e desígnio no capitalismo. Disponível em: <<http://www.anpec.org.br>>. Acesso em 8 fev. 2014.

ALVAREZ, Alejandro Bugallo. Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. **Direito, Estado e Sociedade**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006.

ANDRADE, Thompson A. Notas sobre a nova lei antimonopólio da China. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 16, jan. 2009. Disponível em: <<http://revistadoatribunais.com.br>>. Acesso em 3 out. 2013.

ASQUINI, Alberto. Perfis da empresa. **Revista de Direito Mercantil**, São Paulo, v. 35, n. 104, 1996.

BARAN, Paul A. **A economia política do desenvolvimento**. Tradução de S. Ferreira da Cunha. Rio de Janeiro: Zahar, 1985.

BEGNIS, Heron Sérgio Moreira; ESTIVALETE, Vania de Fátima Barros; PEDROZO, Eugênio Avila. Confiança, comportamento oportunista e quebra de contratos na cadeia produtiva do fumo no Brasil. **Gestão de Produção**, São Carlos, v. 14, n. 2, p. 311-322, maio/ago. 2007.

BELL, John Fred. **História do pensamento econômico**. Tradução de Giasone Rebuá. 3. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

BELLEN, Hans Michael Van. Desenvolvimento sustentável: uma descrição das principais ferramentas de avaliação. **Ambiente e Sociedade**, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 67-88, jan./jun. 2004.

_____. **Indicadores de sustentabilidade**: uma análise comparativa. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

BONFIM, Diego. **Tributação e livre concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em 19 nov. 2011.

_____. Decreto-Lei n. 869, de 18 de novembro de 1938. Define os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br>>. Acesso em: 02 out. 2013.

_____. Lei n. 8.884 de 11 de junho de 1994. Transforma o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em Autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8884.htm>. Acesso em 22 nov. 2011.

_____. Lei n. 12.529 de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm> Acesso em 31 jul. 2012.

BUSSE, Diogo Nascimento. Direito econômico e complexidade. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, a. 10, n. 40, p. 1-264, out./dez. 2012.

CALABRESI, Guido. **The Cost of Accidents**. A Legal and Economic Analysis. New Haven: Yale University Press, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Princípio da sustentabilidade como princípio estruturante do direito constitucional. **Revista de Estudos Politécnicos**, Barcelos, v. 8, n. 3, p. 7-18, 2010.

CARVALHO, Cristiano. **A análise econômica do direito tributário**. Disponível em: <<http://www.cmted.com.br/restrito/upload/artigos/18.pdf>>. Acesso em 4 jan. 2014.

CARVALHO, Nathalie de Paula. **Sistema de mercado e sustentabilidade econômica**: a responsabilidade social das empresas. Disponível em: <http://www.fa7.edu.br/recursos/imagens/File/direito/ic2/vi_encontro/RSE.pdf>. Acesso em 20 nov. 2013.

CARVALHO, Vinicius Marques de; SILVEIRA, Paulo Burnier da. A cooperação internacional na defesa da concorrência. **Revista de Direito Internacional**. Brasília, v. 10, n. 1, p. 97-103, 2013.

CASTRO, Ramsés Maciel de. Repressão ao abuso de poder econômico em face da reforma do sistema brasileiro de defesa da concorrência (SBDC). **Revista de Ciências Jurídicas e sociais da Unipar**, Umuarama, v. 11, n. 1, p. 63-78, jan./jun. 2008.

CAVALLI, Cássio Machado. **Empresa, direito e economia**. 2012. 304 f. Tese. Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012.

CHANG, Ha Joon. **23 coisas que não nos contaram sobre o capitalismo**. Tradução: Cláudia Gerpe Duarte. São Paulo: Cultrix, 2013.

CLARK, John Maurice. **A concorrência como processo dinâmico**. Rio de Janeiro:

Forense, 1963.

CLARO, Carlos Roberto. **Recuperação judicial**: sustentabilidade e função social da empresa. São Paulo: LTr, 2009.

COASE, Ronald. The problem of the social costs. **Journal of Law and Economics** (October 1960).

COMISSÃO Mundial Sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Nosso futuro comum. 2. ed. Rio de Janeiro: FGV, 1991.

CORDOVIL, Leonor et al. **Nova lei de defesa da concorrência comentada**. São Paulo: RT, 2012.

COUTINHO, Paulo C. Prolegômenos da economia da defesa da Concorrência. **Revista do IBRAC - Direito da Concorrência e Comércio Internacional**, v. 8, jan. 2001. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 4 out. 2013.

CURTINAZ, David. **Reformulação do sistema brasileiro de defesa da concorrência e suas implicações na redução dos custos de transação**. Disponível em: <http://www.seae.fazenda.gov.br/conheca_seae/premio.../davidcurtinaz>. Acesso em 23 jan. 2014.

DE GIORGI, Raffaele. **O risco na sociedade contemporânea**. Tradução de Cristiano Paixão, Daniela Nicola e Samantha Dobrowolski. **Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito da UFSC**, Florianópolis, n. 28, p. 01-08, jun. 1994.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FAGUNDES, Jorge. Critérios alternativos e eficiência econômica e suas implicações para as políticas de defesa da concorrência: diferenciação de produtos, eficiência x custos de transação. **Revista do IBRAC - Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 12, p. 49, jan. 2005. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 3 out. 2013.

FARIA, Guiomar T. Estrella. **Interpretação econômica do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1994.

FARIA, José Eduardo. **Direito e economia na democratização brasileira**. São Paulo: Malheiros, 1993.

FEIJÓ, Carmem Aparecida; LAMONICA, Marcos Tostes. **Mudança da estrutura industrial e desenvolvimento econômico**: as lições de Kaldor para a indústria brasileira. Textos para discussão. Universidade Federal Fluminense, Niterói, dez. 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu. **Lições de direito econômico**. 4. ed. Rio de

Janeiro: Forense, 2011.

FOLLONI, André. Direito tributário e desenvolvimento sustentável no Estado socioambiental. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 110, p. 265, maio 2013. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 21 dez. 2013.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. Cartéis: tratamento legal. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 19, p. 105, jan. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 7 out. 2013.

FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do antitruste**. 4. ed. São Paulo: RT, 2010.

_____. **A evolução do direito comercial brasileiro**. Da mercancia ao mercado. 2. ed. São Paulo: RT, 2012.

FORTES, Fellipe Cianca; BASSOLI, Marlene Kempfer. Análise econômica do direito tributário: livre iniciativa, livre concorrência e neutralidade fiscal. **Scientia Iuris**, Londrina, v. 14, p. 235-253, nov. 2010.

FRIEDMAN, Milton. **Capitalismo e liberdade**. Tradução de Luciana Carli. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

_____; FRIEDMAN, Rose. **Liberdade para escolher**. 2. ed. Portugal: Europa-América, 1980.

FURTADO, Celso. **Desenvolvimento e subdesenvolvimento**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2009.

_____. **O mito do desenvolvimento**. 4. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1974.

_____. **Teoria e política do desenvolvimento econômico**. São Paulo: Victor Civita, 1983.

GABAN, Eduardo Molan; DOMINGUES, Juliana Oliveira. **Direito antitruste**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e legitimidade do Estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003.

_____. **Interesse público e subsidiariedade**: o Estado e a sociedade civil para além do bem e do mal. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

GAMA, Marina Moreira. A prática da defesa da concorrência no Brasil: uma análise econômica do CADE. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 13, p. 169, jan. 2006. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

GICO JUNIOR, Ivo. **Metodologia e epistemologia da análise econômica do direito**. Disponível em: <<http://www.abde.com.br/.../54>>. Acesso em 12 dez. 2013.

GONÇALVES, Oksandro Osdival; GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Tributação, concorrência e desenvolvimento econômico sustentável. In: FOLMANN, Melissa; _____ (org.). **Tributação, concorrência e desenvolvimento**. Curitiba: Juruá, 2013. p. 15-45.

_____; RIBEIRO, Marcelo Miranda. Incentivos fiscais: uma perspectiva da análise econômica do direito. **Economics Analysis of Law Review**, v. 4, n. 1, p. 79-102, jan./jun., 2013.

GONZÁLEZ, Alfredo Bullard. **Derecho y economía**: el análisis económico de las instituciones legales. Lima: Palestra, 2010.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

HART, Stuart I. **O capitalismo na encruzilhada**: as inúmeras oportunidades de negócio na solução dos problemas mais difíceis do mundo. Tradução de Luciana de Oliveira da Rocha. Porto Alegre: Bookman, 2006.

HATTWICK, Richard E.; SAILORS, Joel W.; BROWN Bernard G. **Oferta, procura e o mecanismo de mercado**. Tradução de Sérgio Góes. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura, 1973.

HICKS, John Richard. **Valor e capital**. Tradução de Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

ÍNDICE de Sustentabilidade Empresarial. Disponível em: <http://www.bmfbovespa.com.br/indices/ResumoIndice.aspx?Indice=ISE&idioma=pt-br>. Acesso em: 15 de mar. 2013.

JOBIM, Eduardo; TIMM, Luciano Benetti. A arbitragem, os contratos empresariais e a interpretação econômica do direito. **Direito e Justiça**, Porto Alegre, v. 33, n. 1, p. 80-97, 2007.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev.e atual. 1. reimp. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

KALDOR, Nicholas. The irrelevance of equilibrium economics. **The Economic Journal**, v. 82. n. 328, p. 1.237-1.255. Disponível em: <<http://links.jstor.org/sici>>. Acesso em 28 jan. 2014.

KANG, Thomas H. Justiça e desenvolvimento no pensamento de Amartya Sen. **Revista de Economia Política**, São Paulo, v. 31, n. 3, p. 352-369, jun./set. 2011.

KISSINGER, Henry. **Diplomacy**. Simon & Schuster: New York, p. 31, 1994.

LAVOURINHA, Andrea et al. A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento sustentável das empresas. In: OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha [orgs.]. **A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável**: a governança dos atores públicos e

privados. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2011. p. 17-34.

LOPEZ, Juan Torres. **Análisis económico del derecho**: panorama douctrial. Madri: Tecnos, 1987.

MALARD, Neide Terezinha. A inter-relação entre o estado e o mercado na promoção do desenvolvimento nacional e da justiça social. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 930, p. 119, abr. 2013. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 8 set. 2013.

MARSHALL, Alfred. **Princípios de economia**: tratado introdutório. Tradução revista de Rômulo Almeida e Ottolmy Strauch. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. v. 2.

MARTINS FILHO, Giovani Magalhães. **O provável confronto entre Alberto Asquini Ronald Coase**: uma análise dos perfis de empresa a partir da teoria da firma. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, Anais...Fortaleza, 9-12 jun. 2010.

MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos**. 2. ed. Traduções de José Carlos Bruni, Edgar Malagodi, José Arthur Giannotti, Walter Rehfeld e Leandro Konder. São Paulo: Abril Cultural, 1978. (Seleção de textos de José Arthur Giannotti).

_____. **O capital**. Tradução: Murilo Coelho. São Paulo: Folha de São Paulo, 2010.

MELO NETO, Francisco Paulo de; BRENNAND, Jorgiana Melo. **Empresas socialmente sustentáveis**: o novo desafio da gestão moderna. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Olbiano de. **Economia política**. 2. ed. São Paulo: RT, 1963.

MENDONÇA, Saulo Bichara. Função social da empresa. Análise pragmática. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, n. 23, p. 61-75, 2012.

MÉSZÁROS. István. **Para além do capital**: rumo a uma teoria da transição. Tradução de Paulo Cezar Castanheira e Sérgio Lessa. São Paulo: Boitempo, 2011.

MILARÉ, Edis. AGENDA 21. A cartilha do desenvolvimento sustentável. **Revista de Direito Ambiental**, v. 5, p. 53, jan.1997. Doutrinas Essenciais de Direito Ambiental, v. 6, p. 113, mar. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

MILL, John Stuart. **Princípios de economia política**. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1986.

MITCHELL, Willian C.; SIMMONS Randy T. **Para além da política**: mercados, bem-estar social e o fracasso da burocracia. Revisão: Clara Diamant. Rio de Janeiro:

Topbooks, 2003.

MONCADA, Luis S. Cabral de. **Direito Económico**. 4. ed. Coimbra: Coimbra, 2003.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MOREIRA, Egon Bockmann; CUÉLLAR, Leila. **Estudos de direito econômico**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MOREIRA, Vital. **A ordem jurídica do capitalismo**. Coimbra: Centelha, 1978.

MUNHOZ, Carolina Pancotto Bohrer. **Direito, livre concorrência e desenvolvimento**. São Paulo: Aduaneiras, 2006.

NABAIS, José Casalta. Política fiscal, desenvolvimento sustentável e luta contra a pobreza. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, Curitiba, n. 7, p. 361-378, jan./dez. 2007.

NALINI, José Renato. Ética e sustentabilidade no Poder Judiciário. **Revista dos Tribunais**, v. 884, p. 9, jun. 2009. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 22 dez. 2013.

NASCIMENTO, Benedicto Heloiz. **O desenvolvimento e seu modelo**. Seis estudos sobre o desenvolvimento econômico. São Paulo: USP/Instituto de Estudos Brasileiros, 1986.

NELSON, Richard R. **As fontes do crescimento econômico**. Tradução: Adriana Gomes de Freitas. Campinas: Unicamp, 2006.

NORTH, Douglass C. Economic performance through time. **The American Economic Review**, v. 84, p. 359-368, jun. 1994. Issue 3.

NUNES, A. J. Avelãs. **Teoria econômica e desenvolvimento econômico: a controvérsia monetarismo/estruturalismo na América Latina**. Lisboa: Caminho, 1986.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **O direito da concorrência e o poder judiciário**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

OLIVEIRA, Gesner; SCAZUFCA, Pedro. Diretrizes para uma política corporativa de defesa da concorrência. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional**, v. 19, p. 369, jan. 2011. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em: 13 mar. 2013.

OLIVEIRA, Carina Costa de; SAMPAIO, Rômulo Silveira da Rocha (org). **A economia verde no contexto do desenvolvimento sustentável: a governança dos atores públicos e privados**. Rio de Janeiro: FGV - Direito Rio, 2011.

PAGOTTO, Leopoldo. A nova lei de defesa da concorrência - Lei 12.529/2011. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, v. 55, p. 15, jan. 2012. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 12 jan. 2013.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. Tradução de João Guilherme Vargas Netto. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1987.

PEREIRA, Luiz C. Bresser. **Desenvolvimento e crise no Brasil**. 7. ed. São Paulo: Brasiliense, 1977.

_____. O modelo de desenvolvimento de Kaldor. **Revista Brasileira de Economia**, São Paulo, p. 51-67, abr./jun. 1975.

PÉREZ, Carlos Martínéz-Buján. **Derecho penal económico y de la empresa**. Valencia: Tirant Lo Branch, 2007.

PINHEIRO, Armando Castelar; SADDI, Jairo. **Direito, economia e mercados**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

POLANYI, Karl. **A grande transformação**: as origens de nossa época. Tradução de Fanny Wrabel. 2. ed. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

PORTER, Michael E. **A vantagem competitiva das nações**. Tradução de Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Campus, 1989.

POSNER Richard. **Problemas de filosofia do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Economic analysis of law**. Little, Brown and Company: EUA, 1977.

RANKING de IDH Global 2012. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/atlas/ranking/Ranking-IDH-Global-012.aspx>.

RICARDO, David. **Princípios de economia política e tributação**. 2. ed. Tradução de Paulo Henrique Ribeiro Sandroni. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

RISTER, Carla Abrantkoski. **Direito ao desenvolvimento**: antecedentes, significados e conseqüências. São Paulo: Renovar, 2007.

ROCKEFFELLER, Edwin S. **A religião do antitruste**. Como a crença cega no antitruste levou a uma ampliação confusa a arbitrária das leis antitruste. Tradução de Lucia Helena de Sena Franca. São Paulo: Singular, 2008.

SALAMA, Bruno M. O que é pesquisa em direito e economia? **Cadernos Direito GV**, São Paulo, v. 5, n. 2, março de 2008. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/2811>. Acesso em 1 jul. 2012.

_____. Sete enigmas do desenvolvimento em Douglass North. In: DIMOULIS, Dimitri; VIEIRA, Oscar Vilhena Vieira [orgs.]. **Estado de direito e o desafio do desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 404-428.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Regulação da atividade econômica**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANCHES, J. L. Saldanha. **Direito econômico**: um projecto de reconstrução. Coimbra: Coimbra, 2008.

SANDEL, Michael J. **Justiça**: o que é fazer a coisa certa. Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 6. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTOS, Selma Regina Simões; AZEVEDO, Paulo Furquim. **Concorrência no mercado de refrigerantes**: impactos das novas embalagens. Disponível em: <<http://UFSCar.br>>. Acesso em 2 fev. 2014.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da coisa julgada em matéria tributária e livre concorrência. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da Unibrasil**, Curitiba, n. 5, p. 155-177, jan./dez. 2005.

SCHAPIRO, Mário Gomes. Amarrando as próprias botas do desenvolvimento: a nova economia global e a relevância de um desenho jurídico-institucional nacionalmente adequado. **Revista Direito GV**, São Paulo, p. 341-352, jan./jun. 2011.

SCHUMPETER, Joseph Alois. **Teoria do desenvolvimento econômico**: uma investigação sobre lucros, capital, crédito, juro e o ciclo econômico. Tradução de Maria Sílvia Possas. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. Entrevista imperdível com o nobel de economia Amartya Sen: ele fala sobre China, Índia, Brasil — e diz que a crise na Europa se resolve com ênfase no crescimento. **Revista Veja**, São Paulo. Coluna do Ricardo Setti. Disponível em <<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti>>. Acesso em 18 jan. 2014.

SILVEIRA, Marco Antonio Karam. A atuação do Estado Constitucional na atividade econômico-empresarial e análise econômica do direito. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 912, p. 171-207, 2011.

SIMÃO FILHO, Adalberto. A nova empresarialidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, São Paulo, v. 18, p. 5, jul. 2006. Disponível em: <<http://revistadotribunais.com.br>>. Acesso em: 7 nov. 2013.

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Investigação sobre sua natureza e suas causas. Tradução de Luiz João Baraúna. São Paulo: Nova Cultural, 1996. v. 2.

SOUZA, Nali de Jesus. **Desenvolvimento econômico**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

SZTAJN, Rachel. Law and economics. *In*: ZYLBERSZTAJN, Decio; _____ (org.). **Direito e economia**. Análise Econômica do direito e das Organizações. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005. p. 74-83.

THALER, Richard H. **Nudge**: o empurrão para a escolha certa. Aprimore suas decisões sobre saúde, riqueza e felicidade. Tradução de Marcello Lino. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

TOMAZETTE, Marlon. A viabilidade da análise econômica do direito no Brasil. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, v. 75, jul. 2007. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 3 out. 2013.

VALENTE DOS REIS, Gabriel. Direito concorrencial internacionalizado: entre a teoria dos efeitos e os efeitos da teoria. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, v. 73, p. 303, out. 2010. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>>. Acesso em 4 out. 2013.

WAISBERG, Ivo. **Direito e política da concorrência para os países em desenvolvimento**. São Paulo: Lex, 2006.

WALD, Arnold. O direito do desenvolvimento sustentável. **Revista dos Tribunais**, v. 930, p. 105, abr. 2013. Disponível em: <<http://revistadostribunais.com.br>> Acesso em: 7 nov. 2013.

WILLIAMSON, Olivier E. **Las instituciones económicas del capitalismo**. Ciudad del Mexico: Fondo de Cultura Económica, 1989.

_____. The economic institutions of capitalism: firms, markets, relational contracting. **The Free Press**, New York, p. 20, 1985.

_____. **As instituições econômicas do capitalismo**: firmas, mercados, relações contratuais. Tradução e revisão: Frederico Araújo Turolla. São Paulo: Pezco, 2012.