

A LIVRE CONCORRÊNCIA COMO NOVO MARCO INSTITUCIONAL PARA O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO DO BRASIL: UMA ANÁLISE HISTÓRICA E CONTRIBUIÇÕES DAS TEORIAS DA NOVA ECONOMIA INSTITUCIONAL, DA ECONOMIA DOS CUSTOS DE TRANSAÇÃO E DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves¹

Igor Andrei Bogdanow de Abreu²

Resumo: O intervencionismo desenvolvimentista do Estado no domínio econômico e concorrencial, desde a década de 70 até meados dos anos 90, correspondia ao marco institucional brasileiro na política de desenvolvimento econômico. Concomitantemente, o Brasil adotava, como modelo de administração pública, o modelo burocrático. Assim era o arranjo do *Welfare State* (Estado do Bem-Estar) brasileiro na conjuntura política e econômica. O Brasil, entretanto, não colheu os melhores frutos dessa política de intervenção, pois revelou a ineficiência do Estado no papel de fomentador e planejador da economia. Com o advento da Constituição Cidadã, em 1988, o Brasil se torna uma economia de mercado, impulsionada, mormente, pela livre

¹ Advogado. Mestre e Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Comercial do Centro Universitário do Brasil (UNIBRASIL). Coordenador do LLM em Direito Empresarial Aplicado das Faculdades da Indústria. Membro do Núcleo de Direito Privado Comparado e do Núcleo de Direito Empresarial Comparado do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

² Bacharel em Direito. Advogado. LLM em Direito Empresarial Aplicado pela IEL – Faculdades da Indústria, Curitiba, Paraná.

concorrência. Livre concorrência é um princípio basilar da Ordem Econômica Constitucional, como também um norte para a política de desenvolvimento econômico – em outras palavras, representa para ela um novo marco institucional. O desenvolvimento do artigo está dividido em três tópicos. Os dois primeiros, um breve apanhado histórico acerca do intervencionismo desenvolvimentista do Estado e do modelo Burocrático de Administração, tão arraigado na cultura brasileira, com a menção dos custos que tais políticas – e legislação decorrente – geraram e ainda continuam a gerar. No terceiro e derradeiro tópico, serão correlacionados, em linhas gerais, os conceitos de Nova Economia Institucional (NEI), Análise Econômica do Direito (AED) e Economia dos Custos de Transação (ECT) com o processo de afirmação da livre concorrência no seio da economia de mercado, enquanto alvo institucional e objeto de proteção do Estado.

Palavras-Chave: intervencionismo desenvolvimentista, modelo burocrático, livre concorrência, desenvolvimento econômico.

Abstract: The interventionism of the State in the economic and competitive domain towards development, from the 1970s to the mid-1990s, was indeed the Brazilian institutional framework in economic development policy. At the same time, Brazil adopted as a model of public administration the bureaucratic model. Thus was the arrangement of the Brazilian Welfare State in the political and economic conjuncture. Brazil, however, did not reap the best results of this intervention policy, since it revealed the inefficiency of the State as a promoter and planner of the economy. With the advent of the Citizen Constitution in 1988, Brazil became a market economy, driven mainly by free competition. Free competition is a basic principle of the Constitutional Economic Order, as well as a north for economic development policy. In other words, it represents a new institutional framework to it. The development of the article is divided into three topics.

The first two are a brief historical survey on the developmental interventionism of the State and the Bureaucratic Administration model, so rooted in Brazilian culture, with the mention of the costs that such policies and resulting legislation have generated and still continue to generate. In the third and final topic, the concepts of New Institutional Economics (NIS), Economic Analysis of Law (EAL) and Transaction Cost Economics (ECT) will be broadly correlated with the process of free competition in the heart of the market economy as an institutional target and object of State protection.

1. INTRODUÇÃO



Constituição da República, de 1988, enfim consolidou a base econômica do Brasil com a incorporação, expressa e implícita, de princípios de Ordem Econômica em seu bojo (por isso se falar em “Ordem Econômica Constitucional”). Dessa gama de princípios, a livre concorrência desponta como um dos mais essenciais ao fomento e desenvolvimento econômico.

O Brasil, no entanto, marcado historicamente por períodos de grande instabilidade política e econômica, ainda não se tornou uma economia de mercado plena. Para atender ao objetivo deste trabalho, delimitam-se dois motivos principais. São eles: (1) os modelos de intervencionismo adotados pelo Estado na economia, em especial o intervencionismo desenvolvimentista que predominou nas décadas de 1970 e 1980 – e encampado pela Constituição de 1946 – e (2) o modelo Burocrático da Administração Pública.

Como resultado, o Brasil experimentou uma forte crise fiscal e financeira entre os anos de 1979 e 1994, e muito em razão daquilo que elas mesmas ocasionaram: o excessivo crescimento da máquina estatal, com um modo de intervenção que não incentivava a concorrência.

Atualmente, com a reformulação do papel do Estado em sua intervenção no domínio econômico e a abertura de mercado, novas ferramentas devem ser buscadas para a asseguuração de um ambiente favorável aos negócios – à iniciativa privada como um todo. Nesse sentido, os conceitos da Nova Economia Institucional (NEI), da Análise Econômica do Direito (AED) e da Economia dos Custos de Transação (ECT) têm em muito a contribuir para o fortalecimento econômico, em especial da livre concorrência, princípio este angular da Ordem Econômica Constitucional.

O presente trabalho, portanto, tem o escopo não de esgotar os referencias teóricos acima citados, mas o de indicar, ainda que sucintamente, como eles podem fornecer uma melhor leitura e compreensão das relações do Estado – particularmente de Governo – com o os seus particulares, principalmente empresas, com a livre concorrência no cerne de uma política econômica que promova a inserção de novos *players* no mercado e estimule a competitividade entre eles – ou que, no mínimo, não a obstaculize nem a desestimule. Toda a sociedade tende a ganhar com isso.

2. RESGATE HISTÓRICO

O intervencionismo estatal encontra raiz já nos primeiros tempos do colonialismo brasileiro. Toda a política da Coroa era voltada à exploração do Brasil-Colônia, para o prevaecente fim de abaster seus cofres através da arrecadação de impostos. A cultura econômica da época jamais contemplou o progresso dentre seus ideais; nem colimava, tampouco, atender às necessidades da população. Esta estava à mercê dos mandos e desmandos da Coroa ávida por auferir receita da atividade exploratória de outrem no Novo Mundo. Tais eram os contornos da fase fiscalista, quando nenhum fomento havia à produção local, notadamente por conta da inércia da administração colonial em diversos

setores (PRADO JR., 1961, p. 333).

João da Gama Cerqueira (1982, p. 2) assere que esse momento histórico foi marcadamente forjado pelo domínio quase que absoluto da Coroa sobre os interesses da Colônia. Melhor descreve esse traço como “opulenta possessão”, a ver de trecho da sua obra *Tratado da Propriedade Industrial*:

a política da metrópole orientava-se exclusivamente no sentido de explorar as riquezas naturais de sua opulenta possessão americana e entrar por todos os meios qualquer surto de atividade que pudesse pôr em risco os interesses econômicos e financeiros da coroa ou ameaçar-lhe a soberania, favorecendo a independência política da colônia.

Percebe-se dessa análise prefacial que, desde o início, a Coroa jamais pretendeu estabelecer no Brasil uma extensão de seu povoado, o que, se fosse o caso, certamente rumaria em direção do progresso, com fomento à produção, à industrialização, à economia, à cultura e ao melhor manejo dos recursos naturais, tanto para o comércio (nacional e internacional), como para subsidiar as necessidades mais básicas da população local. Somam-se a isso, ainda, o estabelecimento de monopólios pela própria Coroa (a exemplo da Companhia do Comércio do Brasil) e o completo menoscabo com a figura do que hoje seria o “consumidor”.

Por essas e tantas é que a renomada Paula A. Forgioni (2016, p. 89) conclui ser “até ilógico falarmos, nos primeiros tempos do Brasil colônia, em ‘defesa da livre-concorrência’, uma vez que não havia qualquer concorrência significativa estabelecida entre os agentes econômicos.” De fato, a Coroa coibia toda e qualquer tentativa de formação de mercado ao impor, inclusive, um monopólio bilateral internacional, em que somente entre Brasil e Portugal poderia haver a comercialização de matérias-primas (e pelos preços por ela tabelados) (FORGIONI, 2016, p. 90).

Com a vinda da Corte Real portuguesa para o Brasil, em 1808, o que parecia eclodir o fomento ao desenvolvimento

econômico do país tinha, na verdade, a motivação de tornar a vida de seus membros mais fácil (vieram para cá com o intuito de transferir o governo português para o Brasil, o que explica o abandono da política fiscalista). As medidas de maior repercussão foram a abertura dos portos às nações amigas, a instituição do Banco do Brasil e da liberdade de manufatura e indústria (FORGIONI, 2016, p. 92).

Paula Forgioni (2016, p. 93) analisa, no entanto, que o alvará de 1º de abril de 1808 não acabou por fomentar a indústria nacional de forma decisiva, como por vezes é afirmado. Com efeito, se, ao mesmo tempo em que foi permitida a indústria, abriram-se portos às nações amigas, sujeitou-se, na verdade, a incipiente indústria nacional à devastadora concorrência estrangeira. Essa mesma concorrência, a que se refere Topik, e “que veio a perseguir os empresários e industriais durante todo o período do Império e da República.”

E Hélio Jaguaribe (1969, p. 146) complementa que D. João VI adotou um “liberalismo pragmático, não ortodoxo, que visava a retirar do princípio da liberdade de comércio e de iniciativa todas as vantagens que pudesse proporcionar, deixando de aplicá-lo quando contrariasse os interesses nacionais.” Veja-se, portanto, que o liberalismo econômico introduzido no Brasil foi um liberalismo supervisionado e contaminado pelo mau e velho paternalismo fisiológico que se instalou na cultura política brasileira: o intervencionismo de Portugal, no papel de pai de família, na realidade impôs uma série de restrições às atividades comerciais e industriais brasileiras, e muitas vezes conforme ditavam os interesses ingleses.

Nenhum avanço significativo houve no Brasil independente, uma sociedade erigida sobre preconceitos e falta de estímulos ao livre comércio e à produção. A mesma sede de outrora, de estabelecer monopólios, tinham seus regentes, beneficiando uns em detrimento de outros. Nesse período, a classe agrária, alavancada sobretudo pelo comércio de café, afirmava-se no governo, angariando para si outros tantos privilégios (é nessa fase que a priorização da atividade agrícola se dá com mais força), e

nenhum mercado consumidor de relevância havia. Os poucos “surto” de industrialização que houveram – um deles encabeçado por Mauá – foram sufocados pela intervenção do Estado sobre a economia.

Paula Forgioni (2016, p. 97), com a perspicácia de sempre, acrescenta que

em termos de disciplina da concorrência interna pouco há, também neste período, que possa ser estudado. O Brasil, na realidade, era abastecido por mercadorias estrangeiras, não oferecendo à indústria interna qualquer concorrência. A própria atividade comercial era dominada pelos estrangeiros. Não eram atuadas, também, políticas protecionistas que possibilitassem o desenvolvimento da indústria nacional.

Caio Prado Jr. (1972, p. 195) bem resume a intervenção estatal deste período:

O império não se mostrará mais progressista com relação às demais reformas econômicas e sociais exigidas pela conjuntura do momento. E será está quiçá a causa fundamental do seu desaparecimento. Por “império” não entendo aqui unicamente a administração pública e a estrutura política, mas o conjunto das instituições, bem como a posição ideológica dominante no regime imperial.

O autor bem observa o peso das *instituições* para o desenvolvimento econômico e social da nação. Aliás, em expressão de posição ideológica, Gilberto Bercovici (2004, p. 268) afirmava que o Código Comercial de 1850 mais se alinhava aos interesses estrangeiros, principalmente ingleses, do que propriamente aos interesses e crescimento da nação – em especial do mercado interno.

A primeira vez que um estatuto normativo falou em *liberdade econômica* foi em 1934, no art. 115 da Constituição daquele ano (FORGIONI, 2016, p. 98-99): “A ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna. Dentro desses limites, é garantida a liberdade econômica.”

Ainda assim, o Estado reservou para si amplas

possibilidades de intervir na economia, tudo em prol dos *princípios da justiça* e das *necessidades da vida nacional* – conceitos esse por demais vagos. Ao longo dos anos 30, o “Estado brasileiro *intensifica* sua atuação sobre e no domínio econômico, para não apenas corrigir as disfunções trazidas pela economia vigente, mas também (e principalmente) conduzir esse sistema, regulamentando a atividade dos agentes econômicos” (FORGIONI, 2016, p. 99).

A *iniciativa privada* é primeiramente tratada no art. 137 da Constituição de 1937, mas é tomada da seguinte forma: “Na iniciativa individual, no poder de criação, de organização e de invenção do indivíduo, exercido nos limites do bem público, funda-se a riqueza e a prosperidade nacional. A intervenção do Estado no domínio econômico só se legitima para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção, de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta.”

Novamente, é ampla a margem de discricionariedade do Estado para intervir na economia, visto faltar determinação mais objetiva de “deficiências da iniciativa individual”, que justifiquem ou legitimem tal intervenção. Na verdade, *controle, estímulo e gestão direta* acabaram por reforçar o dirigismo estatal, patenteando ao Estado a função de conduzir a economia. Historicamente, as *deficiências* da iniciativa privada já eram tantas (por conta do próprio Estado), que sua intervenção continuaria a ser “necessária” no domínio econômico. A inclusão de *iniciativa individual* no texto constitucional não passou de um artifício arquitetado pelo Estado.

Paulo Forgioni (2016, p. 99-100) concorda que a intervenção estatal, no Brasil, sempre houve:

Por exemplo, desde os tempo coloniais, a coroa portuguesa regulamentava a atividade econômica no Brasil (ainda que não

para fomentá-la), implementando, como dissemos, política fiscalista. Ora, se não atuasse sobre a economia, como poderia implementar a referida política pública? Durante toda a primeira república, no período que vai de 1889 a 1930, o Estado brasileiro já era um dos mais intervencionistas da América Latina (...). Na década de 1930, houve um *aumento quantitativo* (que acabou por gerar um *incremento qualitativo*) dessa intervenção: em virtude da crise [de 1929] que se apresentava, tornou-se necessário não apenas contorná-la, mas também conduzir o próprio sistema (...).

Eis o cenário que se descortinava para o intervencionismo desenvolvimentista e implementação do modelo burocrático de administração pública.

3. O INTERVENCIONISMO DESENVOLVIMENTISTA E O MODELO BUROCRÁTICO DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O intervencionismo desenvolvimentista, na conjuntura político-econômica, insere o Estado como desenvolvedor e executor direto da pauta econômica – embora desenvolvimento também esteja atrelado a ações sociais, culturais e intelectuais, com maior ênfase no desenvolvimento econômico (CONGRESSO PAN-AMERICANO DE SERVIÇO SOCIAL, 1965, p. 17).

Isso significa que um Estado intervencionista, nesses moldes, tende a “ocupar parcela determinante do mercado com o fim de fomentar o desenvolvimento nacional” (FARIA; REZENDE, 2014, p. 36). No caso Brasil, a intervenção caracterizou-se, principalmente, pelo industrialismo e nacionalismo, notadamente na era Vargas, com o fomento e nacionalização de indústrias, além da expansão da participação estatal em outros setores da economia.

Com o agigantamento das atribuições intervencionistas estatais e a consequente concentração das instituições formais nas mãos Administração Pública direta, o rigor burocrático foi igualmente aumentando. A filosofia administrativa burocrática

então ganhou terreno, propondo, para o sucesso do projeto intervencionista, “a impessoalidade, a racionalidade, o rígido controle dos procedimentos e a estrita obediência às regras no âmbito da Administração Pública” (FARIA; REZENDE, 2014, p. 37). Em suma, com o modelo Burocrático de Administração, o Brasil tencionou extirpar as práticas patrimonialistas do cenário socioeconômico (corrupção, nepotismo, corporativismo).

Entretanto, a burocracia tornou-se excessiva e orgânica dentro do arranjo de Estado do Bem-Estar Social (*Welfare State*) – ressalta-se que o modelo Burocrático Administrativo implantado no Brasil era de inspiração liberal-weberiana. Como consequência, o desenvolvimento nacional não arvorou como esperado. Para piorar, o Estado revelou-se ineficiente e sem condições de arcar com os custos de uma governança tão ostensiva.

A partir disso, algumas medidas foram sendo tomadas, como a instituição da Administração Pública Indireta; mas, o enfoque burocrático ainda persistia. Nada obstante, novos instrumentos gerenciadores começaram a eclodir. A crise da década de 70, no entanto, desnudou a incapacidade do Estado de coordenar o sistema econômico com o mercado. Inúmeras críticas foram então dirigidas ao intervencionismo estatal, culminando na elaboração do Programa Nacional de Desburocratização da Administração Pública (Decreto no 83.740, de 18 de julho de 1979) – o fato é que o programa nunca veio a ser efetivamente implementado e o país mergulhou na crise, enfrentando estagnação e superinflação por cerca de 15 anos.

A imagem de que o desenvolvimento econômico estaria sob risco caso o Estado afastasse sua participação no mercado – deixando este atuar por conta própria – alimentou uma falsa necessidade de controle dos mecanismos de mercado por parte do Estado. O problema maior dessa crença é o vínculo de dependência que se cria com o Estado, depositando em suas mãos, e nelas somente, todos os meios – se não todos, tantos quanto forem necessários – para que ele mesmo, e por si só, atenda às

demandas sociais.

A realidade foi outra: quanto maior a ingerência estatal, tanto maior foi a ineficiência do ente. No caso brasileiro, somasse o fato de que o Estado tomou financiamento externo para a consecução dos seus empreendimentos, endividando o país. Ainda, toma-se a excessiva carga tributária, que não evitou a crise fiscal – e o Estado não dá o retorno esperado ao cidadão/investidor com tamanha arrecadação, além de pulverizar os recursos financeiros obtidos com a manutenção e expansão de sua própria máquina.

Especialidade, flexibilidade e agilidade nunca foram alcançados pelo modelo Burocrático de Administração ortodoxo. Aliás, o enrijecimento e crescimento da burocracia não atingiram o seu escopo: o efeito almejado – o de prevenir, coibir e reprimir as práticas patrimonialistas (sobretudo a corrupção) – se tornou, na verdade, um efeito propagador. Conforme salientam Faria e Rezende (2014), o modelo burocrático

não foi capaz de impedir a corrupção, muito antes pelo contrário, pois o enrijecimento de procedimentos acabou criando um ambiente propício para a corrupção, decorrente das inúmeras exigências formais e da complexidade dos procedimentos que estimulam tanto tentativas diretas de subornos e propinas, a fim de desobstruir negócios, como a inserção das empresas na economia informal.

Em conclusão, conforme os referidos autores observam, burocracia não é “sinônimo de administração profissional e controle de moralidade” (FARIA; REZENDE, 2014).

Dentre as ações propostas de reforma administrativa, com o fim de readequar a aparelhagem estatal, destacam-se a ampliação da discricionariedade do Estado, a transparência administrativa e participação social, o controle de resultados – como forma de combate à ineficiência –, a criação de quase mercados – para estímulo à concorrência funcional e premiação de versatilidade – e redução do Estado à prestação de determinados serviços.

Defende-se que tais propostas, no entanto, não têm a

envergadura necessária para enfrentar e resolver o verdadeiro problema: a presença do Estado na economia de mercado enquanto agente. Diferentemente do que sugerem alguns movimentos sociais, o mercado, o empresariado, a iniciativa privada, não se reduzem à estreita visão da obtenção de lucro a qualquer custo e às expensas das massas trabalhadoras. Propugna-se que a gestão empresarial, com a participação ativa de *players* no mercado (inclusive no exercício de faculdades fiscalizatórias), é um jogo de regras claras, inteligentes e consensuais, que, ao serem seguidas – como naturalmente são, porque os participantes querem previsibilidade, segurança, estabilidade e boa-fé nas suas negociações –, proporcionam muita riqueza e a circulação/distribuição dessa riqueza.

Reduzir o tamanho do Estado é imperioso, e precipuamente para atuação na defesa dos princípios da Ordem Jurídica Constitucional – e por defesa entenda-se a função de reprimir a violação desses princípios (por exemplo, para coibir o abuso do poder econômico, o famigerado poder “indesejado” de mercado) e editar um marco regulatório enxuto e eficaz. Pode parecer, a princípio, que se trata de um retorno às vertentes *smithianas*, mas não é (nessa quadra, é bom lembrar que foi o intervencionismo desenvolvimentista brasileiro, impulsionado pelo intuito de fazer entrada no mercado internacional, que incrementou a concentração empresarial, formando verdadeiros trustes).

É de se observar que o liberalismo vivenciado pelo Brasil nunca foi um liberalismo de raiz, porque encabeçado por oligarquias que tiraram proveito do legado deixado pelo Brasil Imperial.

4. A LIVRE CONCORRÊNCIA NO CONTEXTO DA ECC, AED E NEI

Para que o desenvolvimento econômico seja constante, é elementar uma estrutura perene de incentivos. Mesmo em um

arranjo tão grande, como o Estado, esse é um alvo a ser atingido e mantido. Como visto anteriormente, o arranjo histórico do Estado brasileiro mais erigiu e conservou uma estrutura de desincentivos que o contrário. Uma sociedade que se proponha a crescer, a evoluir, deve lançar mão de instituições – nesse caso, formais, no contexto de uma grande complexidade de restrições informais – para intermediar as interações humanas.

Douglass C. North tinha em foco o desempenho econômico das nações. O economista estadunidense hasteia seu pensamento a partir de *instituições*, que nada mais são, para ele, que “*regras do jogo* em uma sociedade, ou seja, são as restrições concebidas pelo homem que moldam a interação com os demais membros da sociedade” (NORTH, 1990, p. 3). Ele distingue, ainda, outro grupo, as organizações, como sendo grupos de indivíduos ligados por algum interesse em comum e [que] podem ter natureza política, econômica, social e educacional (NORTH, 1990, p. 73-74).

Enquanto organização, como é possível avaliar a performance do Estado em sua missão de desenvolver economicamente o país? No contexto econômico, o Estado, comumente, estabelece regras ou restrições formais para alterar, induzir ou proibir determinados comportamentos – ou seja, medidas que moldem as escolhas de um indivíduo numa determinada direção. Certamente deve fazê-lo, mas para proporcionar o melhor ambiente institucional possível às interações econômicas (incluindo a redução dos custos de produção e de troca).

Entretanto, a cultura burocrática e intervencionista brasileira

impede a construção dimensional da gestão, da produção legislativa gerencial e compromete o desenvolvimento econômico e social da nação na medida em que os custos decorrentes do excessivo processo de controle e exigência reduzem a capacidade do mercado de se desenvolver na velocidade mundial e da Administração de gerir a *res* pública, ocasionando como consequência menor PIB *per capita*, desincentivo ao setor de produção, crescimento da economia informal, perda da

capacidade de competitividade no mercado e perda social [...] (FARIA; REZENDE, 2014, p. 44).

Em uma economia de mercado, embora o estabelecimento de suas regras – informais, na sua essência – seja lento, o processo de agregação paulatina (*incremental changes*) de conhecimento e de padrões de conduta desemboca numa cultura notavelmente sólida e estável. Afinal, mercado é um ambiente de trocas, de interações simultâneas em que uns oferecem bens e serviços e outros buscam obtê-los. Mais que simples operações, hoje ele é uma teia onde se travam processos bastante complexos, evoluindo especialmente rede de contratos. É exatamente nesse circuito comercial que pulula a concorrência, porque vários *players* querem participar dessas trocas e auferir algum benefício.

Dentre as teorias que compõem a visão Pós-Chicago, descritas como “novas teorias comportamentais”³, a *teoria dos mercados contestáveis* merece menção. Trata-se de uma teoria tida como *estruturalista* e atrelada fundamentalmente à indústria. Segundo ela, “a estrutura [industrial] é determinada endogenamente e simultaneamente com preços, quantidade ofertada e outras decisões das empresas pelas quais ela é constituída” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 24). A noção de *mercado contestável* é emprestada justamente da dinâmica do mercado, onde é franqueado aos seus diversos *players* a possibilidade contestar posições dominantes de outros *players*.

Calixto Salomão Filho (2003, p. 24), em obra ímpar a respeito da concorrência e dos *antitrustes*, disserta que

Isso faz com que a teoria dos mercados contestáveis proponha uma visão dinâmica das referidas estruturas. Consideram-se os mercados não como são, mas sim como podem ser em função da concorrência potencial existente. O mercado é “contestável”

³ O grande mote da Escola de Chicago era a *eficiência produtiva*. Floresceu dos estudos de R. Bork e R. Posner, que desenvolveram e aplicaram a teoria marginalista ao estudo do direito antitruste. Para esses autores, a *eficiência produtiva* é “sempre uma justificativa para a obtenção ou manutenção de posições dominantes” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 21).

exatamente porque existe uma série de empresas que podem nele entrar e *contestar* a prevalência das que já lá se encontram. Essa possibilidade determina o comportamento das empresas que estão no mercado e, em última análise, também a sua estrutura. (...) Define-se *mercado perfeitamente contestável* como sendo aquele em que a entrada é absolutamente livre e a saída não importa relevantes custos para o produtor. A expressão “entrada absolutamente livre” não significa ser ela fácil ou não importar custos. Significa apenas que a empresa nova não sofre desvantagem alguma em termos de técnica produtiva ou qualidade percebida de seu produto ao entrar no mercado. Além disso, a entrada é considerada livre também porque a saída não importa custos irrecuperáveis (*sunk costs*). São elas, como é sabido, as primeiras e fundamentais barreiras à entrada de concorrentes no mercado.

A essa altura, já é possível divisar a seguinte reflexão: será que o Estado brasileira não contribui para acirrar e elevar as barreiras de entrada de novos *players* no mercado brasileiro? Em que medida ele dificulta a saída de *players*? Será que sua intervenção não maximiza os *sunk costs*, afastado, assim, *players* potencialmente interessado em adentrar e competir no mercado brasileiro?

A inserção de novos *players* – a facilitação de sua saída – é de importância vital a qualquer economia que se diz de mercado, como a brasileira. Mackaay e Rousseu, analisando a importância dos mercados (MACKAAY; ROUSSEAU, 2015, p. 93), bem observam que

mercados reduzem custos que as partes suportariam para se reunir e fazer a troca, ou seja, “custos de transação”. Os “custos de transação” aparecem todas as vezes que uma operação que parece lucrativa não ocorre em virtude das restrições que impedem os atores do mercado de concluí-la. A redução dos “custos de transação” produz ganhos reais para todos os participantes e não lucros para alguns deles auferidos com as perdas dos outros. A troca é um jogo de soma positiva. Os ganhos não são planejados por ninguém. Eles se perfazem “no mercado”, de forma que cada participante, ofertante tanto quanto comprador, busca seu interesse na troca. Quanto mais ofertantes e adquirentes se encontrarem num mercado, ou numa feira, mais

importantes são os ganhos. Este, dir-se-á em jargão moderno, é o efeito da concorrência.

O Estado bem poderia tirar proveito do mercado (como inovação, receita e outros benefícios particulares da exploração de serviços tidos por tipicamente “públicos”) se estimulasse as transações – ao menos, não criando dificuldades – e incentivasse o ingresso de novos *players*. Enfim, se atuasse para reduzir os custos de transação. Mas a sede exagerada da ingerência estatal, especialmente por arrecadar, tornou improdutivo o setor produtivo – o jogo de palavras é intencional – e mais parece incrementar esses custos de transação.

Esse incremento deve ser visto a partir do recrudescimento de *incertezas* nas relações de mercado pelo ente estatal (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 28-32). Na economia dos custos de transação, a empresa (*firm*), diante dessas incertezas e, mais, da racionalidade limitada (“pequena capacidade da mente humana de formular e resolver problemas transcionais complexos”, nas palavras de Calixto Salomão Filho) e do inconveniente do oportunismo – que, no Brasil, são aspectos bastante presentes – é levada, então, a substituir as transações do mercado por transações internas.

Esse processo de substituição recebe a cunha de *concentração vertical*, e é dele – mas não só dele – que surgem os trustes. Para enfrentar o aumento dos custos de transação, as empresas escolhem não apenas incorporar, em sua estrutura (organização empresarial), toda a linha de fornecimento, produção, e distribuição – até a colocação do produto final no mercado –, como também procuram se unir a outras empresas (fusão). Esse também acaba por se tornar um comportamento prejudicial adotado no mercado concorrencial, com forte influência do Estado, porque tende à colusão de empresas, formando os monopólios e oligopólios. Se deve haver um aumento de custos transação, é justamente para dissuadir o comportamento colusivo, não o contrário (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 32).

A “administração da concorrência” sempre é tema

delicado e tomado com leviandade ou atecnia pelas autoridades (normalmente, é tratado politicamente, o que tem se demonstrado nocivo à concorrência). O Brasil não experimentou algo do tipo (*incremental changes*), porque sempre houve alguma forma de ingerência estatal ou imperialista. Como “herança” do Brasil-Colônia, muitos comportamentos deletérios foram sedimentados na cultura econômica, além das já mencionadas práticas patrimonialistas: o “jeitinho brasileiro”, a “lei do menor esforço com máximo ganho”, “caixa dois”, favoritismo, “balcão de trocas de favores”, etc.

Essa cultura distorcida quase que formou um *path dependence* no Brasil, pela forma com que as instituições estatais aumentaram os custos de informação, monitoramento e coerção da atividade econômica (veja-se, por exemplo, o que a Lava-Jato tem revelado a respeito dos “dutos de propina”). É assustadora a ideia de que as vantagens (*payoffs*) decorrentes dessas espúrias “relações econômicas” com o Estado (tal como o “*propinoduto*” para obtenção de contratos) são maiores que aquelas oriundas das relações de mercado.

Tudo isso conduz à seguinte reflexão, merecedora de uma análise séria e detida: como o atual marco institucional do Brasil tem conduzido os negócios em seu território? Os casos de corrupção e a crise econômica clamam por uma intervenção mais incisiva do Estado?

North vislumbra a possibilidade de mudança institucional. Evoluir envolve mudar, melhorar, corrigir erros. Nesse sentido, “o processo institucional ocorre quando empreendedores em organizações políticas e econômicas identificam que poderiam estar em situação melhor mediante alterações no marco institucional” (NORTH, 1990, p. 8). Ora, se o país quer crescer, deve ter em vista justamente isso.

O Estado deve agir com eficiência, enxugando sua máquina, corrigindo distorções, reprimindo qualquer tipo de abuso, reduzindo custos, aumentando a produtividade, além de compor

mecanismos ágeis de solução de conflitos, de cooperação e de incentivo à inovação: “a formulação de marcos institucionais preponderantemente ineficientes resulta na sedimentação de um caminho que no futuro não levará ao desenvolvimento – *path dependence*” (NORTH, 1990, p. 10).

Seria a atual regulação da livre concorrência um marco institucional eficiente ou um *path dependence*? Induvidoso que os princípios orientadores da Ordem Econômica contidos na Constituição são vitais para a harmonização da atividade econômica. Mas, deve o Estado prever, pormenorizadamente, todas as regras necessárias ao seu bom funcionamento? Seria isso possível diante do avanço tecnológico, que cada vez mais especializa e agiliza as interações econômicas? Quais os custos que a regulação associada à defesa da concorrência acarretaria nesse cenário?

É certo que a germinação da livre concorrência muito se deve aos avanços feitos na legislação – e não poderia ser diferente. Alguns com bom atraso e muitas amarras, mas que não deixam de compor o cabedal dos institutos protetivos. Porém, se a pretensão é regular no exato *timing* em que as transformações acontecem, então não, jamais se alcançará um marco institucional satisfatório – o mercado de tecnologia é um exemplo de quase mercado autorregulado, ainda que imperfeito, na medida em que pretensões monopolísticas se diluem com o constante e vultoso ingresso de novos concorrentes na economia sem grandes custos; sendo assim, a imposição de restrições regulatórias tende a se tornar contraproducente (LARA; BITTENCOURT, 2014, p. 130).

De todo modo, considera-se que a Constituição da República, de 1988, viabilizou a economia de mercado. Na teoria constitucional, o *top-down reasoning* (POSNER, 1992, p. 433-450) parece a melhor maneira de interpretar o artigo 170 da CRFB/1988 e definir um conceito para *economia de mercado* a partir dos princípios nele enumerados. Entende-se, de acordo

com esse pensamento, que a Constituição é um documento jurídico – a Carta Magna – que abarca o todo, pois o seu processo de criação, de modo ampla, conta com a maior variedade de fontes (pense que é toda é uma sociedade que participa desse processo, carregada de muita história). Destarte, ela acaba por conter os valores e as diretrizes políticas, morais e institucionais – inclusive os princípios da ordem econômica. Na tradição liberal (liberalismo econômico), essa abordagem holística tende, segundo Bork (POSNER, 1992, p. 433-434), a maximizar o bem-estar do consumidor (*consumer welfare maximization*). É nesse contexto que se inserem as leis antitrustes, na interpretação do princípio da *livre concorrência* para o bem-estar do consumidor (e para a entrada e permanência de *players* no mercado, uma vez que, junto com a concorrência, vem uma série de benefícios ao consumidor, ao cidadão).

O Estado deixa de ser ele mesmo “o grande empreendedor para se tornar o fomentador, o fiscalizador e o planejador da economia” (FONSECA; CARMO, 2014, p. 59). Em tese, nesse novo desenho, sua intervenção se limitaria a casos excepcionais. Disso deriva que a livre concorrência passou a ser mecanismo fundamental para a economia de mercado.

Na definição jurídica, livre concorrência “é a liberdade deixada aos comerciantes, para que exerçam suas atividades comerciais segundo a orientação ditada pelos seus próprios interesses”, pressupondo-se que “se desenvolvam ou se desenrolem naturalmente [...] pela força das leis econômicas” (Vocabulário Jurídico, De Plácido e Silva, p. 858). Em seu portal de “Perguntas Frequentes”, o CADE caracteriza a livre concorrência como aquela que “não pode ser restringida por agentes econômicos com poder de mercado”; e acrescenta que é o nicho no qual “as empresas buscam constantemente formas de se tornarem mais eficientes [...]”, beneficiando, de um lado, os consumidores – que experimentam preços menores – e incrementando o “estímulo à criatividade e à inovação das empresas”

(<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>).

Para Paula Forgioni (2012, p. 186), mais do que isso, é “instrumento para o alcance de outro bem mais maior, qual seja, ‘assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.’”

Com a incumbência de promover e salvaguardar a concorrência, foi criado, em 1962, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, hoje encarregado também de regular a atividade econômica. À época, não existia cenário propício à livre atuação da iniciativa privada – a intervenção estatal consolidara-se como *regra do jogo* por força da Constituição de 1946; como destacam Fonseca e Carmo (2014, p. 58), “esse período foi marcado pelo financiamento estatal da empresa privada, pela constituição de monopólios estatais e pela presença de grandes empresas públicas voltadas a desenvolver atividades típicas de mercado”, além “da intervenção do Estado por meio do forte controle de preços e o combate à inflação.” Ademais, o órgão era submisso ao chefe do Executivo – seu presidente era exonerável *ad nutum* e suas decisões submetidas ao Ministro de Justiça. Destarte, a atuação do CADE, de início, era meramente simbólica e parcial.

Com a mudança de cenário, lastreada na convicção de que a intervenção maciça do Estado, dada a sua ineficiência, era prejudicial ao desenvolvimento tecnológico, econômico e social (FONSECA; CARMO, 2014, p. 58), o CADE, com a edição de novo marco regulatório (Leis nº. 8.884/94 e 12.529/2011, sobretudo), conquistou largueza e autonomia funcional – embora ainda não ideais – para atuar em defesa da concorrência.

No que tange o marco regulatório da concorrência, inaugurado pela Constituição da República de 1988 e em expansão, a análise econômica prévia do impacto das leis e das decisões judiciais e administrativas no mercado, efetivas ou potenciais, é um instrumento curial e racional para minimização dos “atritos”

(custos de transação) existentes no mercado – isso inclui, na sua medida, uma intervenção eficiente do Estado e uma utilização racional dos seus recursos (frise-se “recursos públicos”) na implementação dos mecanismos de defesa da concorrência. Como coloca Arrow (1969, p. 1), custos de transação são “custos de manutenção do sistema econômico.”

No enfoque da eficiência pela análise econômica do direito, é curial enaltecer o princípio indutor do comportamento humano. O exame das escolhas racionais dos indivíduos, que leva à consideração do custo-benefício entre as opções possíveis, também deve orientar a intervenção do Estado sobre a economia. Não nos contornos de que os governados são seres irracionais que necessitem do “pai de família” para dizer o que devam fazer, mas no sentido de editar leis que cometam os indivíduos a comportamentos mais eficientes. Para isso, a Administração Pública também deve ser eficiente, maximizando os ganhos com a menor quantidade de recursos possível.

Concretamente, o conceito de eficiência não é aplicável somente aos empresários ou consumidores, mas também ao governo enquanto agente econômico. Significa, em termos práticos, melhorar as condições de vida sem provocar prejuízos a outros (Pareto); “é atingir os objetivos, traduzidos por boa prestação de serviços, de modo mais simples, mais rápido, e mais econômico, elevando a relação custo/benefício do trabalho público” (BITTENCOURT, 2016, p. 32).

Maurício Vaz Lobo Bittencourt (2016, p. 35), ao sopesar a importância do princípio da eficiência para a Análise Econômica do Direito, conclui que

Tem sido frequente a constatação de que os governos submersos em burocracia gastam mal o recursos que arrecadam e têm grandes dificuldades para solucionar os problemas relativos à eficiência e eficácia das suas ações em benefício da sociedade, pois a prática indica que as forças negativas são superiores às forças propulsoras da modernidade.

E assevera que

É dever do administrador agir de conformidade com o

ordenamento jurídico, com a moral administrativa e com o princípio da boa administração pública. Ou seja, os fins e os fundamentos da atuação administrativa devem ser definidos pelo Direito e a Economia, e deve ser um instrumento que indique o conjunto de alternativas que levem a um menor ou a um melhor gasto dos recursos, bem como um maior alcance de fins com ou sem ampliação de recursos. Em síntese, devido à existência de diversos graus de dificuldades na utilização do princípio da eficiência econômica pelos profissionais do Direito, é de extrema importância levar em consideração tais entraves na formulação, implementação, cumprimento e monitoramento das leis, de modo a se poder avaliá-las periodicamente não só em termos de eficácia e efetividade, mas também em termos de eficiência, pois assim as leis podem ser refinadas e aprimoradas de forma a melhor servir à sociedade.

Economias de mercado avançam quando há confiança, no sentido de que as pessoas podem negociar e contratar com segurança e tranquilidade. O Direito, nesse diapasão, é importantíssimo na geração de confiança, para que as pessoas se sintam inclinadas a adentrar o mercado – quanto mais *players* inseridos no mercado, mais benefícios a sociedade obterá com a competição entre eles. Leis, portanto, são necessárias para a redução dos custos de transação, porque preveem muitas regras que são comumente aplicadas nas relações contratuais e as políticas de concorrência, e devem facilitar o incurso de novos *players* no mercado. O processo legislativo tem esse alcance amplo e geral. (BARROS, 2015, p. 45-46).

No contexto de insuficiência das regras contratuais, o sistema judiciário, bem como o sistema administrativo, é fundamental na resolução de disputas, especialmente no que diz respeito à interpretação e esclarecimento das *regras do jogo* – retomando a analogia de North, de que a NEI (Nova Economia Institucional) funciona à semelhança de uma competição entre times de esporte – e deve ter como norte aquilo que as partes buscavam antes do conflito. Em suma, o Direito Concorrencial não pode ter outra finalidade que não a busca pela eficiência, como instrumento de incentivo à livre concorrência enquanto conjunto

de iniciativas e ações produtoras ao desenvolvimento econômico.

O CADE, em adquirindo parcelas cada vez mais significativas de autonomia para organizar-se institucionalmente, como órgão independente cada vez mais alforriado da ingerência de governo, tende a tornar a sua governança mais efetiva e integrada no exercício de sua atividade-fim, comportando-se mais como firma – principalmente no tocante à unificação das secretarias e CADE em um único órgão. Isso traduzir-se-á na diminuição de retrabalho e redundância de atribuições, na melhor apreciação dos casos complexos, na estabilidade do corpo técnico – com acúmulo de expertise –, na maior previsibilidade de procedimentos, além de tornar mais céleres e menos burocráticos os processos administrativos, etc.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil de hoje é produto histórico resultante de significativas intervenções estatais na gestão de políticas públicas e econômicas. O formalismo acirrado de seus instrumentos de controle, monitoramento e coerção muito se deve ao modelo Burocrático de Administração adota e inçado em todos os níveis da Administração Pública, que, como salientado, acarretaram muitos custos – quando menos – ao desenvolvimento econômico da nação.

Felizmente, transformações ocorreram e outras estão em pleno vigor para crescimento e fortalecimento da economia. Nessa quadra, a economia de mercado, consolidada pelo Constituição da República de 1988, representou um grande avanço, juntamente com o empoderamento do CADE, que é o órgão competente para regular e defender a concorrência no Brasil.

Neste trabalho, esforço foi empregado para situar a livre concorrência como eixo central da economia de mercado e principal matriz de fomento econômico. Isso porque a inserção de

novos *players* nos mercados faz aumentar a competitividade, e com ela a inovação e a produção. A fundamentação teórica ficou a cargo dos institutos da Nova Economia Institucional (NEI), da Análise Econômica do Direito (AED) e da Economia dos Custos de Transação (ECT), cujo instrumental e cuja lógica podem, e muito, auxiliar na construção do Direito Concorrencial e no aprimoramento das instituições – dentre elas o CADE – que lidam com esse Direito (eficiência).

Defende-se que a real mudança institucional deve advir da expurgação dos entraves burocráticos – que constituem modo de intervenção estatal indireto –, mas, sobretudo, de marcos regulatórios enxutos, inovadores, técnicos e que gerem menos custos aos *players* que queiram participar e se estabelecer no mercado. O Estado não deve intervir para obstaculizar, mas para incentivar.

Em conclusão, a livre concorrência constitui efetivo marco institucional para o desenvolvimento econômico do Brasil.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARROW, K. *The organization of economic activity: issues pertinent to the choice of market versus non-market allocation*. Joint Economic Committee of Congress in 1969, 91st Congress, first session. Disponível em: <<http://msuweb.montclair.edu/~lebel/p/sc643intpo-lecon/arrownonmktactivity1969.pdf>>. Acesso em: 12 de ago. 2014.
- BARROS, G. F. de M. *Análise econômica da Convenção das Nações Unidas sobre contratos de compra e venda internacional de mercadorias – CISG à luz do direito contratual brasileiro*. Curitiba, 2015. 155 f. Dissertação

- (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração: Direito Econômico e Socioambiental, Pontifícia Universidade Católica do Paraná.
- BERCOVICI, G. Dilemas da concretização da Constituição de 1988. *Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, v. 1, n. 2, 2004. ((NEO)CONSTITUCIONALISMO)
- BRESSER-PEREIRA, L. C. *Reforma do Estado para a cidadania*. São Paulo: Editora 34, 2002.
- CADE. Serviços. Perguntas Frequentes. Disponível em <<http://www.cade.gov.br/servicos/perguntas-frequentes/perguntas-gerais-sobre-defesa-da-concorrenca>>. Acesso em: 08 maio 2017.
- CERQUEIRA, J. da G. *Tratado da propriedade industrial*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1982.
- CONGRESSO PAN-AMERICANO DE SERVIÇO SOCIAL. 1965, Lima. *Bem-estar social e desenvolvimento na América Latina*. Lima: Departamento Social do comércio. 1965.
- DECOMTEC. Departamento de Competitividade e Tecnologia. *Relatório Burocracia: custos econômicos e propostas de combate*. FIESP, p. 14-15. 2010. Disponível em: <http://www.fiesp.com.br/indices-pesquisas-e-publicacoes/relatorio-burocracia-custos-economicos-e-propostas-de-combate/>. Acesso em: 18 fev. 2013.
- FARIA, E. F. de.; REZENDE, R. H. A cultura burocrática e o prejuízo ao desenvolvimento nacional. *Direito e Economia*, Curitiba, v. 11, p. 33-48, 2014. (CONPEDI/UNICURITIBA)
- FONSECA, J. B. L. da.; CARMO, A. S. do. A defesa da concorrência e a concretização dos princípios da ordem econômica constitucional. *Direito e Economia*, Curitiba, v. 11, p. 49-78, 2014. (CONPEDI/UNICURITIBA)
- FORGIONI, P. A. *Os fundamentos do antitruste*. 5. ed. São

- Paulo: RT, 2012.
- _____. Os fundamentos do antitruste. 9. ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- JAGUARIBE, H. *Desenvolvimento econômico e desenvolvimento político*. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969.
- LARA, F. T. de R.; BITTENCOURT, I. L. A. Abuso de poder de mercado e mercado relevante na nova economia: uma reflexão a partir do caso google. *Direito e Economia*, Curitiba, v. 11, p. 117-131, 2014. (CONPEDI/UNICURTIBA)
- LIVRE CONCORRÊNCIA. In: SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. 28. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010. p. 858.
- MACKAAY, E. *Law and economics for civil law systems*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013.
- MACKAAY, E; ROUSSEAU, S. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2015.
- NORTH, D. *Institutions, institutional change and economic performance*. Cambridge: Cambridge University Press, 1990.
- PRADO JUNIOR, C. P. *Formação do Brasil contemporâneo*. 6. ed. São Paulo: Brasiliense, 1961.
- _____. *História econômica do Brasil*. 15. ed. São Paulo: Brasiliense, 1972.
- POSNER, R. A. Legal reasoning from the top down and from bottom up: the question of unenumerated constitutional rights. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 59, n. 1, p. 433-450, 1992. (THE BILL OF RIGHTS IN THE WELFARE STATE: A BICENTENNIAL SYMPOSIUM)
- RIBEIRO, M. C. P; KLEIN, V (Coord.). *O que é análise econômica do direito*: introdução. BITTENCOURT, M. V. L. Princípio da eficiência. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016. p. 27-36.

SALOMÃO FILHO, C. *Direito concorrencial: as condutas*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2003.